_____OSSERVATORIO SULLE FONTI_____

FASCICOLO SPECIALE 2020

LE FONTI NORMATIVE NELLA GESTIONE DELL'EMERGENZA COVID-19

Contributi di S. BARONCELLI, R. BARTOLI, L. BUFFONI, P. CARETTI, A. CARDONE, E. CATELANI, G.L. CONTI, G. DE MINICO, U. DE SIERVO, G. DI COSIMO, E. D'ORLANDO, M.C. GRISOLIA, E. LONGO, N. LUPO, P. MILAZZO, G. MOBILIO, M. PICCHI, E. ROSSI, G. VERDE

© 2007-2020 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIII - Fascicolo speciale/2020
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

DIRETTORE RESPONSABILE

Paolo Caretti *(Università degli Studi di Firenze)*

COMITATO DI DIREZIONE

Adelina Adinolfi *(Università degli Studi di Firenze)*, Stefania Baroncelli (*Libera Università di Bolzano*), Andrea Cardone *(Università degli Studi di Firenze)*, Massimo Carli *(già Università degli Studi di Firenze)*, Ana M. Carmona Contreras *(Universidad de Sevilla)*, Elisabetta Catelani *(Università di Pisa)*, Marcello Cecchetti *(Università degli Studi di Sassari)*, Annalisa Ciampi *(Università degli Studi di Verona)*, Cecilia Corsi *(Università degli Studi di Firenze)*, Elena D'Orlando *(Università degli Studi di Udine)*, Gianmario Demuro *(Università degli Studi di Cagliari)*, Giovanna De Minico *(Università di Napoli "Federico II")*, Gianni Di Cosimo *(Università degli Studi di Macerata)*, Filippo Donati *(Università degli Studi di Firenze)*, Vincenzo Ferrari *(Università degli Studi di Milano Statale)*, Maria Cristina Grisolia *(già Università degli Studi di Firenze)*, Anna-Bettina Kaiser *(Humboldt-Universität zu Berlin)*, Franck Laffaille *(Université de Paris XIII)*, Pier Francesco Lotito *(Università degli Studi di Firenze)*, Nicola Lupo *(Università Luiss Guido Carli)*, Maurizio Malo *(Università degli Studi di Padova)*, Patricia Popelier *(Universiteit Antwerpen)*, Giusto Puccini *(Università degli Studi di Firenze)*, Orlando Roselli *(Università degli Studi di Firenze)*, Emanuele Rossi *(Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento Sant'Anna di Pisa)*, Andrea Simoncini *(Università degli Studi di Firenze)*, Rolando Tarchi *(Università di Pisa)*, Giovanni Tarli Barbieri *(Università degli Studi di Firenze)*, Giuseppe Verde *(Università degli Studi di Palermo)*

COMITATO DI REDAZIONE

Coordinamento scientifico: Maria Cristina Grisolia
Componenti della redazione: Pietro Milazzo *(responsabile)*, Leonardo Bianchi, Edoardo Caterina, Matteo Giannelli, Erik Longo, Costanza Masciotta, Giuseppe Mobilio, Marta Picchi, Monica Rosini.

Tutti i contributi devono essere inviati, nel rispetto delle scadenze indicate sul sito internet, della *Rivista* all'indirizzo mail: redazione@osservatoriosullefonti.it; una volta ricevuti saranno sottoposti alla procedura di valutazione disciplinata dal *Regolamento per la valutazione scientifica dei contributi proposti alla Rivista*

© Osservatoriosullefonti.it, fasc. speciale/2020

INTRODUZIONE

P. CARETTI, *I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di Stato* 295

RELAZIONI

U. DE SIERVO, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni* 299

A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile* contro *le battaglie di retroguardia* 313

G. MOBILIO, *La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze. L'epidemia da Covid-19 e i rapporti tra decreto-legge e altre fonti* 351

E. LONGO, *Episodi e momenti del conflitto Stato-regioni nella gestione della epidemia da Covid-19* 377

P. MILAZZO, *Le fonti del diritto e le diverse risposte ad una emergenza simmetrica: qualche lezione francese sul "rendimento" delle clausole di emergenza costituzionale* 409

INTERVENTI

S. BARONCELLI, *La didattica online al tempo del coronavirus: questioni giuridiche legate all'inclusione e alla* privacy 437

R. BARTOLI, *Legalità e coronavirus: l'allocazione del potere punitivo e i cortocircuiti della democrazia costituzionale durante l'emergenza* 453

L. BUFFONI, *L'ufficio di giurista: la forza/valore di legge e lo Stato d'eccezione* 471

E. CATELANI, *Centralità della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome durante l'emergenza Covid-19? Più forma che sostanza* 501

G.L. CONTI, *La crisi dello "Stato moderno" e l'emergenza pandemica: appunti sul ruolo delle Camere nella lotta contro il coronavirus* 517

G. DE MINICO. *Costituzionalizziamo l'emergenza?* 541

G. DI COSIMO, *Quel che resta della libertà di circolazione al tempo del coronavirus* 565

E. D'ORLANDO, *Emergenza sanitaria e Stato regionale: spunti per una riflessione* 577

M.C. GRISOLIA, *Il rapporto Governo-Parlamento nell'esercizio della funzione normativa durante l'emergenza Covid-19* 596

N. LUPO, *La proroga "innominata" delle deleghe legislative in scadenza. A proposito dell'art. 1, comma 3, della legge n. 27 del 2020 (di conversione del decreto-legge n. 18 del 2020)* 605

M. PICCHI, *Il potere "punitivo" delle Regioni* 623

E. ROSSI, *Appunti sull'abrogazione di decreti-legge in sede di conversione ad opera di successivi decreti-legge (nell'emergenza Coronavirus)* 641

G. VERDE, *La Regione Siciliana e la definizione delle misure per limitare il diffondersi della pandemia da Coronavirus Covid-19* 659

_____OSSERVATORIO SULLE FONTI_____

I RIFLESSI DELLA PANDEMIA SUL SISTEMA DELLE FONTI, SULLA FORMA DI GOVERNO E SULLA FORMA DI STATO *

PAOLO CARETTI**

Suggerimento di citazione
P. CARETTI, *I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di Stato*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il contributo costituisce la rielaborazione dell'introduzione tenuta al *webinar* "Le fonti normative dell'emergenza", organizzato dalla *Rivista* e svoltosi il 30 aprile 2020.

** Professore emerito di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Firenze. Direttore della *Rivista*. Contributo non sottoposto a referaggio.
Contatto: paolo.caretti@unifi.it

© 2007-2020 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIII – Fascicolo speciale/2020
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

All'inizio pochi o nessuno aveva in mente che la pandemia in atto avrebbe fatto nascere tanti problemi di diritto costituzionale e invece i suoi riflessi si registrano non solo sul piano sociale ed economico, ma anche sul versante del sistema delle fonti, della forma di governo e di Stato. Lo dimostra la copiosa letteratura che si è sviluppata al riguardo (solo per fare qualche nome, penso agi interventi di Luciani, Silvestri, Clementi, Cassese e Baldassarre) che ha messo in luce posizioni diverse se non opposte sui vari interrogativi che la prassi seguita per contrastare l'epidemia in atto ha posto agli studiosi.
Gli atti del seminario *on-line* che qui si pubblicano arricchiscono questo quadro e offrono utili chiave di interpretazione di una situazione per molti versi inedita, toccando quattro grandi questioni distinte ma intimamente legate tra loro

La prima questione riguarda ovviamente il rapporto tra *stato di emergenza e sistema delle fonti* che ha posto un primo interrogativo. Ci si è chiesti, infatti, se in circostanze come quelle attuali non sarebbe stato utile avere una disposizione costituzionale che, in analogia a quanto previsto dall'art. 78 Cost., provvedesse a dare una copertura costituzionale a casi di emergenza "interna" del tipo di quello che si è manifestato. Come è noto, altri ordinamenti hanno previsto disposizioni al riguardo (si pensi alla Spagna, alla Francia, alla Germania), mentre nulla dice al riguardo la Costituzione italiana. A questa lacuna (forse voluta dai costituenti) si è cercato di ovviare in passato avanzando tesi diverse: puntando sulla possibilità di un'applicazione analogica di quanto previsto dal richiamato art.78 Cost (Modugno, Nocilla), riconducendo al Parlamento la dichiarazione dello stato di emergenza e il potere di conferire al Governo le misure idonee a fronteggiarlo, da specificare in un'apposita legge ordinaria. Altri ha invece sostenuto l'esigenza di adottare al riguardo un'apposita legge costituzionale ad hoc, ad integrazione del dettato costituzionale, essendo in gioco la tutela dei diritti fondamentali. Non qui il caso di riprendere quella discussione (che in ogni caso riguardava un'emergenza interna dovuta a violazione dell'ordine pubblico), ma forse avere una disposizione costituzionale relativa a casi emergenziali diversi come quelli dovuti ai rischi per la salute pubblica o una legge ordinaria ad hoc come esiste in Francia e in Germania che infatti vi hanno fatto ricorso (si vedano la *loi* n. 2020-290 di modifica del *Code de la santé publique*, in Francia, e la legge per il contrasto delle malattie infettive del 20 luglio 2000, in Germania) avrebbe potuto utilmente evitare un uso delle fonti che si potrebbe definire disinvolto.

Il perno della legislazione sull'emergenza si è risolto in una serie di decreti-legge, contenenti l'abilitazione al Governo per l'adozione di specifiche misure di contrasto all'epidemia attraverso lo strumento del d.p.c.m.: una fonte interamente governativa, priva di ogni tipo di controllo, dalla natura ambigua (atto

amministrativo a contenuto normativo) spesso usato in sostituzione della fonte regolamentare.

Tutto si è giocato su questo rapporto tra decreto-legge e d.p.c.m., all'inizio concepito in modo improprio come una sorta di delega in bianco e successivamente in modo più corretto, attraverso una più puntuale tipizzazione delle misure adottabili. Resta l'interrogativo se la strada intrapresa fosse davvero una strada obbligata o se non sarebbe stato preferibile, tenuto conto dei riflessi che il contenuto dei d.p.c.m. produce sulla tutela dei diritti fondamentali, esaurire nei decreti-legge la previsione delle misure da adottare e rinviarne la disciplina specifica alla fonte regolamentare, fonte, come è noto sottoposta ad una serie di controlli preventivi (Consiglio di Stato e Presidente della Repubblica).

Questa prassi ha posto una seconda questione di carattere generale relativa agli equilibri della forma di governo e, più in particolare in ordine al ruolo del Parlamento: escluso dalla dichiarazione dello stato d'emergenza ed escluso dalla definizione del contenuto dei d.p.c.m. la sua funzione si è limitata all'approvazione delle leggi di conversione dei decreti-legge via via presentati dal Governo alle Camere. Una situazione che oggettivamente vede dunque penalizzato l'organo parlamentare, tanto da convincere il Governo ad impegnarsi a presentare alle Camere il contenuto dei d.p.c.m. prima della loro adozione, al fine di raccoglierne le osservazioni. Una previsione debole e che conferma, anche da questo punto di vista, i dubbi sulla correttezza del ricorso a questo tipo di fonte.

Ancora, la terza questione riguardai riflessi che il contrasto all'epidemia ha prodotto nei rapporti tra Stato e sistema delle autonomie. Al riguardo mi pare che due siano le considerazioni da fare. La prima è che in una situazione come quella che è venuta a crearsi è forse inevitabile che si sviluppi una spinta all'accentramento dei poteri decisionali (non foss'altro che per ragioni di tempestività degli interventi e delle misure messe in campo e per la necessaria unitarietà dei medesimi): La seconda è che questa spinta avrebbe dovuto essere bilanciata dalla previsione del rafforzamento degli strumenti di partecipazione a monte delle decisioni governative. Invece, proprio su questo piano, la prassi adottata ha visto l'attivazione di forme di coordinamento deboli, con la conseguenza del nascere di frizioni sfociate in certi casi in un aperto contenzioso nascente dal contrasto tra ordinanze regionali e la disciplina dettata dai d.p.c.m. Si è toccato così con mano, per l'ennesima volta, quanto sia necessario ripensare a fondo il tema dei meccanismi che oggi regolano i raccordi centro-periferia, tema di cui si discute da almeno un trentennio senza che si sia arrivati a soluzioni pienamente soddisfacenti.

Infine, la quarta questione attiene alle limitazioni imposte all'esercizio dei diritti di libertà, pressoché tutti coinvolti dalle misure restrittive adottate dal Governo, ben al di là della sola libertà di circolazione e soggiorno di cui all'art.

16 Cost. Al riguardo, oltre ai dubbi già espressi sul tipo di fonte utilizzata nella prassi, un discorso a parte merita la verifica di quanto le misure stesse rispondano ai criteri di ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza rispetto alle finalità perseguite. Criteri che oltre che patrimonio della nostra giurisprudenza costituzionale sono stati fatti propri anche dalla CEDU, là dove agli artt. 15 ss., nel disciplinare lo "stato d'urgenza", autorizza deroghe alla tutela dei diritti previsti nella Convenzione, ma solo per periodi limitati e "nella stretta misura in cui la situazione lo esiga". Una verifica che non sempre dà un esito positivo (si pensi ad esempio al divieto di riunione anche in luogo privato).

© Osservatoriosullefonti.it, fasc. speciale/2020

EMERGENZA COVID E SISTEMA DELLE FONTI: PRIME IMPRESSIONI*

UGO DE SIERVO**

Sommario
1. Una disciplina emergenziale che deroga temporaneamente per motivi solidaristici a molteplici disposizioni costituzionali. – 2. Le varie modificazioni apportate alla disciplina delle fonti relative agli eventi emergenziali mediante i tre decreti-legge che si sono succeduti. – 3. Il sistema di produzione normativa creato e più volte modificato. – 4. La forza temporaneamente derogatoria della normativa emergenziale. – 5. Il perdurante primato della disciplina costituzionale.

Abstract
The article describes the institutional measures introduced by the Italian Government to curb the effects of the pandemic emergency from COVID-19. It focuses on the various changes made to the rules related to the lockdown through the decrees-laws no. 6, 19 and 33 of 2020. By depicting the evolution of these measures, the Author underlines the undoubtedly hegemonic role of the Government during this period, which is based more on the use of the decree-laws issued by the Government than on the mere decrees of the President of the Council of Ministers.

Suggerimento di citazione
U. DE SIERVO, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al *webinar* "Le fonti normative dell'emergenza", organizzato dalla *Rivista* e svoltosi il 30 aprile 2020.

** Presidente emerito della Corte costituzionale. Già ordinario di diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Firenze.
Contatto: ugo.desiervo@gmail.com

© 2007-2020 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIII - Fascicolo speciale/2020
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Una disciplina emergenziale che deroga temporaneamente per motivi solidaristici a molteplici disposizioni costituzionali

L'imponente corpo normativo adottato per contenere la pandemia COVID-19, fenomeno straordinariamente grave e pervasivo, sta sottoponendo il nostro sistema costituzionale ad una seria prova di resistenza, ma sfida anche i giuristi a mettere in mostra una adeguata capacità analitica e di giudizio, davvero in grado di indagare il nuovo che si sta verificando.

Molte critiche sono naturali ed anzi doverose su ciò che è stato fatto, spesso in modo frettoloso (qualche volta anche in modo improvvisato), soprattutto nel merito delle molteplici e mutevoli normative e disposizioni adottate, ma non mancano purtroppo anche superficiali giudizi liquidatori, non poche volte espressi anche da parte di giuristi, su tutto ciò che è intervenuto sul versante del sistema normativo utilizzato. Ciò perché alcuni commentatori sembrano aver ricercato in queste vicende la riprova delle loro critiche valutazioni della nostra Carta costituzionale, mentre altri hanno espresso una generale valutazione di illegittimità di tutte le fonti utilizzate e prescrizioni adottate, senza peraltro fondare i loro giudizi su analitiche letture dei documenti ed adeguate argomentazioni.

Anche limitandoci a coloro che hanno valutato il sistema normativo relativo a questa emergenza all'interno del nostro quadro costituzionale, purtroppo non sono neppure mancati giudizi critici tanto perentori quanto non documentati, non di rado perfino fondati – come accenneremo più avanti – sulla mancata considerazione di parti significative dei vari decreti-legge succedutisi e dei molti d.P.C.M. adottati, con anche l'utilizzazione di linguaggi molto discutibili, spesso inutilmente polemici e giustificabili solo in termini di sommaria critica politica o di spasmodica ricerca del successo come polemisti. Proprio per questo eviterò riferimenti puntuali ai tanti commenti apparsi sulla stampa quotidiana e periodica.

Per poter esprimere un giudizio accettabile occorre, invece, in via preliminare intendersi con chiarezza su quelle che sono davvero le disposizioni costituzionali, legislative e normative coinvolte in questo nuovo contesto, certamente di vistosa natura emergenziale, e su quanto si è davvero verificato sul piano normativo. Come non mai, appare opportuno che gli studiosi di diritto non si limitino a dibattiti teoretici, ma esaminino con doverosa e grande attenzione le fonti utilizzate ed i contenuti effettivi degli atti adottati in questo contesto tanto innovativo, nonché la dinamica dei loro reciproci rapporti e la stessa evoluzione nel tempo dell'innovativo sistema delle fonti emergenziali che è stato creato.

In via preliminare vanno quindi escluse le considerazioni di coloro che sembrano convinti che si stia operando necessariamente al di fuori della Costituzione, che non permetterebbe discipline emergenziali compatibili con la

Costituzione repubblicana, o sulla base di disposizioni del tutto eccezionali come quelle derivanti dall'applicazione dell'art. 78 Cost.: già colleghi autorevoli[1] hanno giustamente polemizzato -e quindi non voglio ripetere le loro fondate critiche- con coloro che sembrano pensare di essere nella Repubblica di Weimar, o in arcaici regimi dittatoriali, o in situazioni belliche.

Nel nostro assetto costituzionale, dinanzi a situazioni emergenziali, l'intervento dei pubblici poteri non può che utilizzare alcuni degli istituti disciplinati dalla Costituzione, seppure evidentemente in un contesto del tutto eccezionale, e fondarsi in ultima istanza su quanto sinteticamente espresso dall'art. 2 della Costituzione, vero e proprio caposaldo del nostro sistema costituzionale: "la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo", ma al tempo stesso "richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale". Intendo dire che proprio in riferimento a gravissime situazioni di emergenza sanitaria di livello mondiale, che esigono necessariamente plurimi comportamenti da parte della totalità della nostra popolazione per poter contenere e combattere questi gravi fenomeni, viene in primaria evidenza l'ineludibile solidarietà sociale, da disciplinare ai sensi dell'art. 23 della Costituzione e cioè tramite leggi o atti con forza di legge che, in tempi necessariamente ristrettissimi, devono riuscire ad imporre o comunque a modificare molteplici prestazioni personali o patrimoniali, con ciò però incidendo in modo più o meno profondo anche sulla sfera delle diverse situazioni soggettive e su molteplici regole della organizzazione e della convivenza collettiva.

Molto rivelatrici appaiono, da questo punto di vista, le impressionanti elencazioni contenute in alcune disposizioni dei decreti-legge nn. 6 e 19 del 2020, che individuano nei rispettivi artt.1 l'area dei fenomeni sociali che si prevede che debbano essere disciplinati mediante limitazioni, sospensioni o divieti dei comportamenti individuali e collettivi: in questi sterminati elenchi si trovano, infatti, non solo le disposizioni limitatrici della mobilità delle persone colpite dal virus o sottoposte a quarantena precauzionale o comunque coinvolte in rischi epidemiologici, ma poteri relativi alle più diverse attività sociali, culturali e professionali, all'utilizzabilità degli spazi collettivi e dei più vari servizi pubblici e privati, allo svolgimento di tutte le attività produttive e lavorative sia pubbliche che private, alla possibilità di riunirsi in luoghi pubblici, aperti al pubblico e perfino privati, alla stessa mera mobilità di chiunque al di fuori dalla propria abitazione o dimora. Ma previsioni del genere, finalizzate a porre in essere il contrasto, seppure per tempi ridotti e attraverso strumenti eccezionali, alla pandemia in un contesto emergenziale, evidentemente limitano o

[1] G. SILVESTRI, *COVID-19 e Costituzione*, in *Unicost. Unità per la Costituzione*, aprile 2020; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, p. 4 ss. del dattiloscritto.

contraddicono anche molte disposizioni costituzionali che tutelano le più diverse libertà individuali o collettive o che disegnano il normale funzionamento di una società aperta e democratica.

In altri termini, mi sembra vano il tentativo di dare una lettura consolatoria o artificiosamente riduttiva di quanto hanno operato i pubblici poteri a tutela del contenimento e della lotta alla pandemia, quasi che si potesse giungere a rendere compatibile tutto ciò che è stato deliberato nelle diverse fasi scandite dai decreti-legge nn. 6, 19 e 33 del 2020 con la vigente disciplina in tema di libertà costituzionali o dell'attuale ordinamento costituzionale: non basta notare che varie disposizioni costituzionali prevedono che per motivi di tutela della salute pubblica si possono limitare alcune disposizioni costituzionali (si vedano, ad es., gli artt. 16, 17, 42) o che fortunatamente nelle misure emergenziali – malgrado ciò che pure si è scritto – nulla riguardi la vera e propria libertà personale di cui all'art. 13 Cost.[2], ma occorre riconoscere la pressocché illimitata potenziale negazione temporanea di moltissime libertà sociali e politiche che è implicita in quanto è stato previsto come possibile oggetto di compressione dalle disposizioni dei decreti-legge e delle relative leggi di conversione (estremamente al di là dei soli limiti apponibili alla libertà di circolazione, a cui invece si riferiscono espressamente le premesse al secondo ed al terzo dei decreti-legge prima citati). Basta scorrere, ad esempio, l'enorme elencazione dei settori nei quali - ai sensi del secondo comma del decreto-legge n. 19/2020 - si legittima la limitazione, sospensione o divieto di facoltà individuali o collettive. Ciò che in tal modo viene perseguito sembra eccedere largamente la ricerca del mero limite alla circolazione delle persone, mentre si entra in contrasto con le più varie disposizioni costituzionali: in via meramente esemplificativa delle molteplici incidenze estranee alla circolazione delle persone, basti notare che la lettera g) prevede limitazioni o negazioni di ogni forma di riunione anche in luogo privato[3], che la lettera l) sembra vietare "ogni tipo di riunione o di evento sociale" relativamente ad ogni organismo associativo[4], che la lettera h) prevede, tra l'altro, la sospensione delle cerimonie religiose e limita l'ingresso ai luoghi di culto[5], che molteplici alinea si riferiscono a divieti relativi allo svolgimento delle più diverse attività economiche, commerciali, professionali, ecc., ecc.

Se quindi non sono accettabili generiche e perentorie affermazioni sul fatto che le discipline adottate avrebbero in modo illegale contraddetto il nostro sistema costituzionale di tutela delle libertà, tanto da giustificare perfino alcuni

[2] Si vedano le corrette considerazioni di M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, in *Questione giustizia*, aprile 2020.

[3] Come è noto, si tratta di una nozione estranea ai limiti costituzionali relativi alla libertà di riunione.

[4] Con ciò incidendosi in modo radicale alla stessa libertà associativa.

[5] In puntuale contrasto con quanto garantito dall'art. 19 Cost.

impropri appelli al Presidente della Repubblica, non appare neppure sufficiente riferirsi genericamente alla pacifica possibilità di garantire la tutela della salute mediante limitazioni "ordinarie" alla libertà di circolazione, dal momento che si è, invece, posta in essere una disciplina largamente eccedente alle limitazioni all'art. 16 della Costituzione.

2. Le varie modificazioni apportate alla disciplina delle fonti relative agli eventi emergenziali mediante i tre decreti-legge che si sono succeduti

Diversamente da come in genere rappresentato, vi sono stati tre decreti-legge che, nel breve periodo febbraio/maggio del 2020, hanno disciplinato e poi modificato il sistema delle fonti relative al contenimento dell'emergenza epidemiologica da COVID-19[6]. Nel medesimo periodo il Governo ha adottato altri undici ampi decreti-legge[7] per intervenire nel merito dei problemi sanitari, economici e sociali originati dalla pandemia, mentre il Presidente del Consiglio dei Ministri ha adottato dodici d.P.C.M. [8], secondo la disciplina fissata nei tre decreti-legge "sulla produzione normativa" prima citati.

Dopo la deliberazione relativa allo stato di emergenza del 31 dicembre 2020, in seguito alla constatazione ufficiale dei primi casi della malattia in Italia, la subitanea necessità di porre in essere moltissimi e complessi interventi, anche a livello nazionale, di contenimento della diffusione della epidemia COVID-19 mediante atti con forza di legge, ha evidentemente messo in luce l'assenza di una completa ed adeguata legislazione in materia di situazioni emergenziali del genere, malgrado quanto previsto in particolare nella legislazione sulla protezione civile: questa legislazione è stata, in effetti, utilizzata dal Governo con la deliberazione dello stato di emergenza di livello nazionale adottata il 31 dicembre 2020, mentre però è stato ritenuto pericolosamente inadeguato quello che ne avrebbe dovuto conseguire e cioè la sufficienza di utilizzare il potere di ordinanza ad opera del vertice del Dipartimento per la protezione civile, organo evidentemente ritenuto non adeguato dal punto di vista della forza politica per eventi dalla natura e dimensione di una grave pandemia.

L'unica fonte utilizzabile per integrare immediatamente la legislazione sulla protezione civile appariva quindi l'utilizzazione della decretazione di urgenza, di cui purtroppo tanto spesso si è abusato nell'esperienza repubblicana, ma che comunque è rimasta come eccezionale funzione legislativa utilizzabile dal Governo "in casi straordinari di necessità e di urgenza" (inutile soffermarsi sulla

[6] Decreto-legge n. 6/2020, convertito in legge 13/2020 ; decreto-legge n.19/2020, convertito in legge 35/2020; decreto-legge n.33/2020, non ancora convertito.

[7] Si vedano i decreti-legge nn. 9, 11, 14, 18, 22, 23, 26, 28, 29, 30, 34 (di cui i primi tre risultano abrogati).

[8] I Decreti del Presidente del Consiglio risultano adottati in data 1 marzo, 8 marzo, 9 marzo, 11 marzo, 22 marzo, 1 aprile, 10 aprile, 26 aprile, 12 maggio, 17 maggio, 18 maggio.

radicale diversità fra gli art. 77 e 78 Cost., norma che comunque mantiene al Parlamento il potere decisionale e non concerne l'ordinamento gestionale).

Il decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 (poco dopo convertito in legge 13/2020) appare quindi come una apposita norma sulla produzione normativa nella specifica situazione emergenziale "per evitare la diffusione del COVID-19": infatti nel secondo comma dell'art. 1 si individuano ben quindici diversi ed ampi settori nei quali si legittima l'imposizione di radicali limitazioni a molteplici libertà individuali e collettive tramite la loro specificazione e la possibile determinazione di divieti, sospensioni, limitazioni ed obblighi ad opera di appositi d.P.C.M.; di questi ultimi atti all'art. 3.1 si disciplina la speciale procedura di adozione (proposta del Ministro della sanità, sentiti i Ministri dell'Interno, della Difesa, dell'Economia e degli altri che operino nel settore interessato; sentiti sono pure i Presidenti delle Regioni o il Presidente della Conferenza delle Regioni). Al tempo stesso, il secondo comma del medesimo articolo 3 risistema anche la gerarchia fra i d.P.C.M. e le diverse ordinanze contingibili ed urgenti, statali, regionali e sindacali, lasciando però ad esse solo uno spazio in caso di assenza dei d.P.C.M e ove sussistano "casi di estrema necessità ed urgenza".

Non sono quindi i d.P.C.M. (come, invece, non pochi commentatori hanno erroneamente sostenuto) a porre limitazioni a precedenti facoltà o diritti, ma è il legislatore (prima governativo e poi parlamentare) a determinare la liceità e possibilità di queste compressioni per contrastare la pandemia, affidando ai d.P.C.M. il solo compito di specificarne esattamente la misura all'interno delle materie più o meno analiticamente elencate. Forse alcuni commentatori sono stati erroneamente dominati dall'impressione prodotta dall' indubbia quantità ed eterogeneità di questi decreti, che hanno fissato e poi affannosamente modificato, specie nel mese intercorrente fra il decreto-legge n. 6 ed il decreto-legge n.19, le prime discipline di contenimento (in un mese si sono, in effetti, succeduti ben sei d.P.C.M., mentre si manifestava in tutta la sua pericolosità la gravità della situazione epidemiologica e la necessità assoluta di continui adeguamenti e specificazioni del quadro normativo).

Se, come vedremo, nel decreto-legge n. 6/2020 vi erano alcuni errori rilevanti, questi non riguardavano però certamente l'utilizzazione dei d.P.C.M., un tipo di decreto amministrativo del Presidente del Consiglio (che non solo è il vertice dell'apparato governativo, ma – come noto – è anche "autorità nazionale" di protezione civile ed in quest'ambito titolare di potere di ordinanza), un decreto esistente da tempo e che non di rado si è caratterizzato per contenuti di tipo genericamente normativo, se non regolamentare in alcuni casi (pur con tutte le lecite discussioni che possono derivare dalla sua episodica

previsione e disciplina[9]). Davvero poco comprensibili sono apparsi molti giudizi, di opinionisti e di politici, estremamente polemici e riduttivi di questi atti del Presidente del Consiglio, che dovrebbero invece essere ben noti per la loro crescente frequenza e pluralità di contenuti, tanto da aver anche attirato l'attenzione di organi parlamentari, oltre che degli studiosi[10].

Dovrebbe essere altrettanto noto che il nostro ordinamento (non solo la legislazione sul potere di ordinanza, ma anche la giurisprudenza della Corte costituzionale, come accenneremo), riconosce da molto tempo che la legge possa non solo prevedere che atti amministrativi concretizzino quanto genericamente previsto nella legge, salvo che nelle materie coperte da riserve assolute di legge, ma anche derogare temporaneamente alla legislazione vigente, specie in situazioni di emergenza, sulla base della individuazione legislativa della speciale situazione presupposta, della "materia" in cui intervenire, nonché delle "finalità" da perseguire[11]. Ma il tema verrà ripreso al par. 4.

Come prima accennato, il decreto-legge n. 6/2020 appariva però di dubbia costituzionalità relativamente ad alcuni importanti aspetti della sua disciplina: un primo gravissimo problema era prodotto dalla previsione all'art.1.1, che, al di là del pur vastissimo elenco delle misure adottabili elencate nel secondo comma, "le autorità competenti sono tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica"; inoltre l'art. 2 del medesimo DL prevedeva espressamente che "le autorità competenti possano adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza" rispetto a quelle elencate nell'articolo precedente. Queste palesi e vistose elusioni della necessaria determinatezza delle norme che attribuiscono eccezionali poteri alle "autorità competenti", violavano infatti in modo palese il dettato costituzionale, che esige l'individuazione delle materie derogabili e che queste non siano tutelate da riserve assolute di legge.

Analogamente appariva di assai dubbia costituzionalità l'utilizzazione generalizzata di una sanzione penale, come quella prevista dall'art. 650 c.p., per sanzionare il mancato rispetto delle misure di contenimento adottate sulla base del DL n.6, che appunto avrebbero potuto essere discrezionalmente espandibili mediante il dettato dei d.P.C.M. e degli altri atti delle "autorità competenti", così contraddicendo la riserva di legge assoluta in materia penale.

[9] Per tutti si vedano: V. DI PORTO, *La carica dei D.P.C.M.*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2016, p.1 ss.; D. PICCIONE, *Il Comitato per la legislazione e la cangiante natura dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *Federalismi.it*, 2018; G. TARLI BARBIERI, *L'attività regolamentare*, in F. Musella (a cura di), *Il Governo in Italia,* il Mulino, Bologna 2019, p. 187 ss.

[10] Negli scritti di cui alla nota precedente si dà atto che il Comitato per la legislazione ha operato nel 2016 una ricognizione di tutti i d.P.C.M. pubblicati sulla G.U. nel biennio precedente, ""per un totale di 213".

[11] Cfr., ad es., Corte cost. sentt. 617/1987 e 115/2011.

3. Il sistema di produzione normativa creato e più volte modificato

Come accennato, il DL 25 marzo 2020, n. 19, che pure ha confermato alcune caratteristiche fondamentali del decreto-legge n. 6/2020, ne ha opportunamente molto mutato varie disposizioni, abrogandolo quasi per intero. Ciò al fine principale - come dice la relazione illustrativa del ddl di conversione - di "sottoporre a una più stringente interpretazione del principio di legalità la tipizzazioni delle misure" adottabili. A tale scopo, da una parte scompare ogni formula generica di legittimazione a disporre al di fuori delle materie elencate, e dall'altra si legittima appunto l'elencazione, contenuta al secondo comma dell'art. 1 del decreto-legge, di ben 29 tipologie di misure di contenimento e contrasto dei rischi prodotti dalla pandemia; solo all'interno di questa pur impressionante elencazione, gli atti delle varie autorità competenti (a cominciare dai d.P.C.M.) , secondo principi di adeguatezza e proporzionalità ed in stretta applicazione del principio di tassatività, possono adottare "una o più misure tra quelle" elencate "per periodi predeterminati, ciascuno di durata non superiore a trenta giorni" (si veda il primo comma dell'art.1 del decreto-legge n. 19/2020).

Si tenga inoltre presente che la temporaneità delle misure decise dai d.P.C.M. (sulla cui presunta assenza da alcuni pure si è erroneamente polemizzato) viene invece pienamente confermata e addirittura ridotta -ad esempio- dal primo d.P.C.M. successivo: infatti, l'art. 10 del d.P.C.M. 26 aprile 2020 prevede in generale l'efficacia delle sue disposizioni soltanto per il breve periodo di due settimane.

Il DL n.19 all'art. 2, significativamente intitolato "attuazione delle misure di contenimento", e poi all'art.3, conferma sostanzialmente la funzione assegnata ai d.P.C.M. di attuazione di quanto previsto come possibili misure di contenimento dal DL n.19 e la loro procedura di formazione delineata nel decreto-legge n.6, nonché i loro rapporti di superiorità alle ordinanze delle altre autorità statali e locali.

Viene inoltre aggiunta al comma 5 dell'art.2 la previsione di una procedura di comunicazione, ogni quindici giorni, del Governo alle Camere relativamente alle misure adottate (nella evidente speranza di ridurre in tal modo le vivaci polemiche politiche nel frattempo sviluppatesi, a causa del presunto radicale svuotamento dei poteri delle Camere a favore del Presidente del Consiglio che deriverebbe dall'utilizzazione dei d.P.C.M.).

Un altro punto di innovazione concerne l'apparato sanzionatorio, puntandosi adesso quasi esclusivamente su pesanti sanzioni amministrative, oltre che sull'aggravamento di una specifica fattispecie penale (art. 260 del R.D. 1265/1934).

© Osservatoriosullefonti.it, fasc. speciale/2020

Il radicale mutamento degli atteggiamenti politici sulla normativa emergenziale è evidenziato in modo chiarissimo dalle opposte vicende che hanno caratterizzato la conversione in legge dei decreti-legge n.6 e n.19: mentre il primo decreto-legge, malgrado la sua assoluta novità e alcuni suoi contenuti molto opinabili, come abbiamo appena visto, risulta convertito con notevole rapidità (in neppure dieci giorni) e tramite votazioni quasi plebiscitarie, il secondo è stato convertito dai parlamentari della sola maggioranza di governo e quasi al termine dei sessanta giorni dalla sua presentazione, con anche il vistoso manifestarsi di tecniche di tipo parzialmente ostruzionistico (oltre 260 interventi, per lo più delle opposizioni, nel solo dibattito alla assemblea della Camera dei deputati). Ciò malgrado che siano stati introdotti alcuni emendamenti, almeno alcuni dei quali in parte originati da tentativi di "venire incontro" ad alcune delle critiche sollevate anche dai partiti dell'opposizione: emendamenti non particolarmente significativi, in realtà, ma che complessivamente tendono a risolvere alcuni problemi di categorie in seria difficoltà per l'applicazione generalizzata di certe limitazioni o il problema (in realtà già risolto nel frattempo dalle autorità governative[12]) dell'intesa fra Governo e confessioni religiose per lo "svolgimento delle funzioni religiose in condizione di sicurezza". In questo contesto l'innovazione più significativa appare allora la previsione che il Presidente del Consiglio o un Ministro da lui delegato possa illustrare preventivamente alle Camere la sua linea di attuazione del dettato legislativo, "al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi dalle stesse formulati", salvo situazioni particolari di urgenza. Non sembra però essere emersa nell'animoso confronto parlamentare la piena consapevolezza dei tempi assai ridotti entro i quali occorre necessariamente operare in una materia del genere, fra la continua rapida mutevolezza delle circostanze e la temporaneità delle diverse prescrizioni.

Il punto di arrivo appare davvero paradossale, dal momento che la legge n. 35 del 2020, di conversione del decreto-legge n. 19/2020, interviene il 22 maggio 2020 e cioè successivamente alla data di entrata in vigore del nuovo decreto-legge n. 33, entrato in vigore il 16 maggio 2020: nessun problema sul piano formale, dal momento che il decreto-legge n. 19/2020 è stato regolarmente convertito, ma in effetti il decreto-legge n. 33/2020 al suo art. 1 modifica radicalmente gli artt. 1, 2 e 3 del decreto-legge n. 19/2020, rendendo quindi inefficaci buona parte degli emendamenti introdotti in sede di conversione.

In effetti il decreto-legge n. 33/2020 sembra consolidare il precedente sistema di produzione normativa, per tutto ciò che riguarda i poteri governativi nell'adozione dei d.P.C.M. (cui molte volte si rinvia), espandere i poteri

[12] Si veda il "protocollo circa la ripresa delle celebrazioni con il popolo" stipulato fra il Governo e la CEI il 6 maggio 2020, sulla base di quanto previsto nell'art. 1 l del d.P.C.M. del 26 aprile 2020. Analoghi protocolli sono stati successivamente redatti con le rappresentanze delle confessioni acattoliche.

regionali e locali, ma soprattutto letteralmente demolire o mutare larga parte del grande elenco delle "misure urgenti per evitare la diffusione del COVID-19" che erano elencate nell'art. 1 del decreto-legge 19: in particolare vengono meno tutti i limiti alla circolazione all'interno del territorio regionale, salvi solo i limiti relativi alle cosiddette " aree rosse". Restano, invece, vietati o limitati fino ai primi di giugno gli spostamenti in una Regione diversa e gli spostamenti per l'estero (salvo il Vaticano e San Marino). Successivamente si potrà provvedere tramite l'applicazione del decreto-legge n. 19/2020.

Viene, al tempo stesso, confermata la disciplina della quarantena, le disposizioni contrarie all'assembramento di persone in luoghi pubblici od aperti al pubblico (con il potere del Sindaci di disporre eventualmente "la chiusura temporanea di specifiche aree pubbliche o aperte al pubblico"), la previsione che possano essere ammesse funzioni religiose "nel rispetto dei protocolli sottoscritti dal Governo e dalle rispettive confessioni religiose" [13].

Analogamente in sostanza ripetitive le disposizioni per "le attività didattiche nelle scuole di ogni ordine e grado".

Invece, per "le attività economiche, produttive e sociali" si prevede la redazione di protocolli e linee guida nazionali "idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio" , ma anche la loro eventuale adozione da parte delle Regioni o della Conferenza delle Regioni o delle Province autonome. Inoltre le Regioni in questi ambiti devono monitorare "con cadenza giornaliera l'andamento della situazione epidemiologica nei propri territori", comunicandone l'esito agli organi nazionali. In attesa dell'adozione di un nuovo d.P.C.M., la Regione può anche "introdurre misure derogatorie, ampliative o restrittive".

Questo decreto-legge sembra quindi segnare una nuova stagione degli interventi di contrasto all'emergenza epidemiologica, ormai parzialmente contenuta anche se sempre notevolmente pericolosa; ciò peraltro non fa minimamente venir meno il disegno istituzionale di fondo, costruito sul ruolo ineliminabile in questa contingenza del Governo, titolare sia del potere di adottare i decreti-legge (non si dimentichi che la disciplina del decreto-legge n. 33/2020 resta temporanea, dal momento che l'art. 3 ne dichiara applicabili le misure fino al 31 luglio 2020) da far successivamente convertire da parte delle Camere, sia del potere di adottare eventualmente nuovi d.P.C.M. Ciò al di là del dovere di guidare con rapidità ed efficacia gli apparati pubblici, sia statali che regionali e locali.

[13] Ma - come abbiamo visto alla nota precedente - il problema era già stato risolto sulla base del decreto 19/2020.

4. La forza temporaneamente derogatoria di alcune disposizioni costituzionali della normativa emergenziale

Resta da chiarire rapidamente la forza giuridica della normativa posta in essere in questa contingenza emergenziale e alcune caratteristiche della normativa emergenziale che ne devono conseguire. Il problema deriva dal fatto che sicuramente alcuni contenuti di questa disciplina appaiono (ed in realtà sono) estranei a varie disposizioni costituzionali: non posso che rinviare a quanto scritto al par.1, là dove mi sono permesso anche di criticare coloro che pongono erroneamente la sordina sul fatto che la disciplina posta in essere relativamente al contenimento dell'emergenza COVID-19 appare almeno in parte certamente estranea a non poche disposizioni della nostra Costituzione, pur senza essere il frutto di uno strappo stabile ed irrimediabile.

Ma il nostro ordinamento giuridico conosce da tempo e giustifica varie normative di tipo emergenziale che possono temporaneamente derogare alla legislazione vigente, con ciò quindi violando indirettamente anche varie disposizioni costituzionali: basti qui ricordare, oltre i classici e risalenti esempi dei poteri dei Prefetti e dei Sindaci in tema di ordinanze contingibili ed urgenti, le ordinanze del Capo del Dipartimento della protezione civile, definite addirittura dal legislatore come "ordinanze in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e secondo i criteri indicati nel decreto di dichiarazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico"[14] . Ciò per non riferirsi ai vari casi di potere di ordinanza attribuiti ai Ministeri nelle materie pur trasferite alle Regioni[15].

Appare allora assolutamente normale che la nuova ed eccezionale disciplina introdotta per la prima volta in un evidente contesto emergenziale, per contenere e combattere la pandemia del Coronavirus, permetta la temporanea deroga alla legislazione vigente ed alla corrispondente normativa costituzionale, pur nel permanente rispetto sia delle principali norme organizzative della nostra democrazia costituzionale, sia del principio di legalità e di permanente garanzia degli ambiti tutelati dalle riserve assolute di legge. Ciò naturalmente in aggiunta ai criteri più volte determinati dalla giurisprudenza costituzionale: individuazione legislativa della speciale situazione presupposta, della "materia" in cui intervenire, nonché delle "finalità" da perseguire.

Certo, è inevitabile che la rilevante novità dell'attuale situazione emergenziale possa ridurre quelli che dovrebbero essere i limiti del potere attribuito al Governo, ma sembra essere al di là di ogni dubbio l'evidente gravità della situazione pandemica e l'assoluta necessità di coinvolgere nella disciplina la

[14] Art. 5.2 della legge n. 225 del 1992, più volte integrata. L'art. 25.1 del d.lgs. n. 1/2008 esplicita anche il necessario rispetto delle "norme dell'Unione europea".

[15] Si ricordi la sentenza 187/1987 della Corte costituzionale.

totalità della popolazione residente e di dover regolare le sue molteplici attività. L'esperienza fatta finora, pur faticosa e sotto vari profili discutibile, sta però a dimostrare l'efficacia dei comportamenti che così si sono posti in essere (o magari semplicemente sopportati) da decine di milioni di persone, senza che si siano finora manifestati particolari problemi di degrado politico o culturale.

La stessa lenta evoluzione della normativa sull'utilizzazione delle diverse fonti normative – che abbiamo in parte ripercorso – sta a dimostrare che il ruolo indubbiamente egemone del Governo in questa materia si fonda sempre più sull'utilizzazione della decretazione d'urgenza, piuttosto che sui citatissimi decreti del Presidente del Consiglio. Peraltro questi ultimi decreti sembrano aver svolto una funzione essenziale in un contesto nel quale il fattore tempo è apparso come del tutto essenziale, a causa della mutazione continua delle situazioni, sulle quali occorre assolutamente intervenire entro termini brevissimi.

In effetti la decretazione d'urgenza, che pure è stata largamente utilizzata, si è dimostrata non sempre adeguatamente efficace, sia per i tempi per la conversione in legge, sia per l'esistenza di un fortissimo livello di polemica fra i diversi partiti, che tendono spesso ad utilizzare i dibattiti parlamentari sulla conversione come sedi di confronto politico pre-elettorale.

Anzi, in questo acceso contesto, è venuta meno la stessa ricerca -da alcuni tentata, ma prevalentemente respinta – di sperimentare innovazioni nell'assetto parlamentare per supplire ad una sorta di fuga di molti parlamentari dalla partecipazione ai lavori parlamentari: in effetti, all'iniziale fase di accentuato assenteismo per asserite insuperabili ragioni sanitarie è poi succeduta una fase di largo recupero delle presenze parlamentari, in coerenza con evidenti doveri di presenza e partecipazione.

5. Il perdurante primato della disciplina costituzionale

Il pur sommario esame dello svolgimento effettivo delle scelte istituzionali operate in questa difficile contingenza aiuta a giungere alla conclusione che – malgrado le grandissime difficoltà esistenti e non poche improvvisazioni ed errori – si è giunti ad una innovativa configurazione di un sistema di disciplina delle fonti dinanzi a gravi situazioni emergenziali di natura pandemica. Un sistema sostanzialmente compatibile con il nostro disegno costituzionale.

Il punto di partenza era oggettivamente molto carente poiché anche la più recente disciplina legislativa relativa alla protezione civile, che pure si riferisce anche ad "emergenze di rilievo nazionale", prevede (all'art. 24 del Codice della protezione civile) organizzazioni e poteri del tutto inadeguati per contingenze del tipo di quella attuale. Ma mentre nella delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 ci si muoveva totalmente all'interno del Codice della protezione civile, scelte molto innovative sono state operate dal decreto-legge n. 6/2020, poi in parte modificate e corrette dai successivi decreti-legge 19 e

33/2020, così integrando e stabilizzando il sistema, ma riferendolo sempre esclusivamente all'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale COVID-19. Ciò per di più solo in via transitoria e cioè fino al 31 luglio 2020, data nella quale dovrebbero non applicarsi ulteriormente le disposizioni del decreto-legge n. 33/2020[16].

Mi sembra, quindi, che la oggettiva carenza nella nostra precedente legislazione della disciplina relativa alle grandi emergenze di tipo sanitario sia stata colmata, per quanto assai faticosamente e con innumerevoli polemiche, attraverso le determinazioni dei tre decreti-legge e delle due leggi di conversione che sono state finora adottate. Il successivo vasto lavoro di "attuazione delle misure di contenimento" ad opera dei d.P.C.M. e dei diversi atti delle altre "autorità competenti", completano un panorama complesso e molto tormentato.

Ciò che però mi preme mettere in luce è che la forza delle prescrizioni costituzionali e anche delle reazioni prodottesi fra i diversi soggetti istituzionali e politici a difesa degli stessi principi costituzionali sembrano aver prodotto un netto ripensamento rispetto ad alcune iniziali scelte (contenute specialmente nel D.L. n. 6/2020) particolarmente discutibili sul piano della conformità al sistema delle fonti esistente nel nostro sistema e quindi ad alcuni essenziali valori costituzionali.

Certo, tutto questo si è svolto in modo alquanto confuso, con la manifestazione di non poche acute polemiche e anche con l'emergere di non pochi equivoci o di vere e proprie disinformazioni. Perfino alcuni rispettosi interventi della Presidente della Corte costituzionale a sostegno della possibilità di trovare un sistema di gestione della situazione emergenziale nel rispetto sostanziale del nostro sistema costituzionale [17] sono stati non poco equivocati ed addirittura rappresentati come se fossero una autorevole critica sul piano della costituzionalità alle soluzioni date tramite il decreto-legge n.19, tanto da dover render necessarie alcune nette smentite da parte dell'interessata.

[16] Come prevede l'art. 3.1 del D.L. n. 33/2020. Come è noto, la medesima data finale è nella delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020.

[17] Si tenga presente in particolare che Marta Cartabia si è riferita alla utilizzabilità temporanea, in situazioni di emergenza e di crisi, di "strumenti idonei a modulare i principi costituzionali in base a specifiche esigenze" (*L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, p. 25) e che in una intervista al Corriere della sera del 29 aprile 2020 ha così sintetizzato l'approccio della Corte costituzionale a casi del genere: " … più la compressione di un diritto o di un principio costituzionale è severa, più è necessario che sia circoscritta nel tempo. Le limitazioni si giudicano secondo il test di proporzionalità, che risponde a queste domande: si sta perseguendo uno scopo legittimo? La misura è necessaria per quello scopo ? Si è usato il mezzo meno restrittivo fra i vari possibili ? Nel suo insieme, la norma limitativa è proporzionata alla situazione ?"

Più in generale è da notare che il continuo vivace scontro politico fra i partiti, malgrado la gravità dei problemi, e il vistoso tentativo di sottoporre a continui attacchi il Presidente del Consiglio sembrano aver alterato molto il confronto istituzionale, già tanto complesso per la precedente carenza di una legislazione sui poteri emergenziali in tema di contenimento epidemiologico.

© Osservatoriosullefonti.it, fasc. speciale/2020

IL BARATRO DELLA NECESSITÀ E LA CHIMERA DELLA COSTITUZIONALIZZAZIONE: UNA LETTURA DELLA CRISI DELLE FONTI DEL SISTEMA DI PROTEZIONE CIVILE *CONTRO* LE BATTAGLIE DI RETROGUARDIA*

ANDREA CARDONE**

Sommario

1. L'eterno ritorno degli spettri dell'emergenza. – 2. La «normalizzazione» dell'emergenza e la rimodulazione del rapporto tra decreti-legge e ordinanze *extra ordinem*. – 3. La gestione alternativa dell'emergenza, tra ibridazioni del potere d'ordinanza e nuove formule normative. – 4. Il problematico contenuto dei d.P.C.M. alla luce delle norme attributive del potere contenute nei decreti-legge. – 5. La "mela avvelenata" della straordinarietà del caso e dell'adeguatezza di una gestione *ad hoc*. – 6. La "fuga" dal sistema delle fonti di protezione civile: la necessità come fonte del diritto è davvero la soluzione?. – 7. La derogabilità del sistema delle fonti di protezione civile: ha senso costituzionalizzare l'emergenza?

Abstract

In the context of the COVID crisis, Italy has witnessed a spate of extraordinary legal measures pressed by executive discretion, with a multitude of problems related to proper limitation of constitutional freedoms, relations among State, regions and municipalities, as well as difficult adaptation of the Parliament to this new reality. Against this background, this article tries to shed light on two problems: on one hand, the configurability of "necessity" as a source of law and, on the other, the necessity/opportunity of incorporating an "emergency clause" into the Italian Constitution. After having recalled the constitutional framework and analyzed the numerous decree-laws, ordinances and decrees issued during these months, the article argues that the major problem in the current crisis is the departure from the constitutional principles, rules and procedures created by legislature and administrative case-law in more than twenty-five years since the creation of the National Civil Protection System, which has efficiently and proportionally governed cases of emergency so far.

Suggerimento di citazione

A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al *webinar* "Le fonti normative dell'emergenza", organizzato dalla *Rivista* e svoltosi il 30 aprile 2020.

** Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli studi di Firenze.
Contatto: andrea.cardone@unifi.it

© 2007-2020 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIII – Fascicolo speciale/2020
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. L'eterno ritorno degli spettri dell'emergenza

La vicenda normativa che si è dipanata intorno alla gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19 ha riportato in auge tra i commentatori più attenti alle problematiche in materia di fonti del diritto – ma, più ampiamente, nel dibattito pubblico, grazie anche a numerosi interventi sulla stampa cartacea e *on line* – due temi che da sempre accompagnano l'evoluzione che l'ordinamento giuridico italiano ha conosciuto in tema di poteri e fonti della contingibilità e dell'urgenza. Due temi che carsicamente riaffiorano nei momenti in cui l'acutizzarsi delle crisi spalanca le porte agli spettri legati alle incrinature del principio di legalità e della rigidità costituzionale determinate da quegli eventi imprevisti e imprevedibili che non possono essere fronteggiati con il diritto ordinariamente vigente.

Si intende fare riferimento, da un lato, alla configurabilità della necessità come fonte del diritto, dall'altro, alla necessità/opportunità dell'inserimento in Costituzione di una disciplina dell'emergenza. Entrambi i temi, infatti, sono stati evocati come possibili strumenti per giustificare, *de iure condito*, e contenere in futuro, *de iure condendo*, le difficoltà cui la gestione dell'emergenza ha dato luogo in punto di limitazione delle libertà fondamentali e di compressione delle sfere di autonomia degli enti territoriali, nonché, in definitiva, di marginalizzazione del ruolo del Parlamento, che, attraverso le riserve di legge e il principio di legalità, avrebbe dovuto poter presidiare i due ambiti in questione e che, invece, è risultato estromesso da una politica normativa imperniata su atti prevalentemente governativi, ovvero i ben noti decreti-legge e d.P.C.M. di cui si avrà modo di dire in seguito.

Come ovvio, l'esatta comprensione della portata di questi non trascurabili problemi presuppone una ricostruzione della prassi, cui saranno dedicate alcune delle pagine che seguono. Ciò che, invece, si può rimarcare fin da subito, anche allo scopo di chiarire in via del tutto preliminare il piano su cui si intende portare il ragionamento, è che la duplice idea secondo cui per superare le ricordate difficoltà si possa (o, addirittura, si debba), per un verso, individuare nello stato di necessità indotto dall'epidemia la fonte ultima in grado di fondare le misure governative derogatorie della legge che limitano i diritti fondamentali e comprimono le competenze degli enti territoriali[1], per l'altro, inserire in Costituzione una previsione dello stato di emergenza che non obblighi ad immaginare l'applicazione analogica dell'art. 78 Cost. in tema di deliberazione dello stato di guerra[2], può risultare problematica sotto diversi profili.

In particolare, essa sembra basarsi, da un primo punto di vista, su una certa sottovalutazione degli approdi cui è giunto l'ordinamento nel perfezionare gli

[1] Vedi *infra*, § 6.
[2] Vedi *infra*, § 7.

strumenti per fronteggiare le fattispecie contingibili e urgenti, da un secondo punto di vista, su una non soddisfacente ricostruzione delle ragioni per cui la prassi normativa cui si è assistito ha posto le note questioni di compatibilità costituzionale con riferimento alle libertà fondamentali e alle competenze delle autonomie territoriali. Segnatamente, ciò che si vuole mettere in adeguata luce è che, se si ha ben presente la definizione dello stato dell'arte della gestione dell'emergenza nel nostro ordinamento costituzionale fino alla pandemia da Covid-19 e si ricostruisce alla luce di tale *acquis* la prassi sviluppata dal Governo a partire dalla fine del mese di gennaio 2020, ci si avvede che, ai fini di una valutazione problematica della gestione dell'emergenza da Covid-19 dal punto di vista delle fonti del diritto, la chiave di lettura più utile della prassi normativa del Governo è quella che porta a sottolineare come tale prassi si sia tradotta in un macroscopico scostamento dallo strumentario normativo del sistema di protezione civile e che questa sia la causa principale per cui gli atti adottati sono risultati, come detto, problematici, sia dal punto di vista della loro compatibilità con i diritti e le libertà fondamentali, sia con riferimento al rispetto delle competenze costituzionalmente garantite delle autonomie territoriali.

Si cercherà, quindi, di evidenziare che la deviazione dal paradigma normativo del sistema nazionale di protezione civile ha sottoposto il sistema delle fonti a delle torsioni che si sono manifestate, da un lato, nell'iniziale ibridazione del potere *extra ordinem* del Governo con il potere d'ordinanza del Ministro della Salute previsto dall'art. 32, l. n. 833/1978, istitutiva del Servizio sanitario nazionale, dall'altro, nella creazione di un canale parallelo e inedito, basato su decreti-legge istitutivi di un potere di decretazione del Presidente del Consiglio dei ministri. E questo per la fondamentale ragione che l'analisi della prassi alla luce dello stato dell'arte in tema di emergenza costituzionale dimostra chiaramente che quelle torsioni non appaiono, né dovevano apparire, necessarie a fronte delle risorse che l'ordinamento già conosce per la gestione delle emergenze.

Infine, sulla base di quella si considera l'esatta ricostruzione della genesi dei problemi richiamati, si potrà proporre qualche riflessione conclusiva sull'intenso dibattito che si è originato sull'opportunità di rievocare la necessità come fonte del diritto ed invocare la "costituzionalizzazione" dell'emergenza e/o di ricorrere alla dichiarazione dello stato di guerra di cui all'art. 78 Cost.

2. La «normalizzazione» dell'emergenza e la rimodulazione del rapporto tra decreti-legge e ordinanze *extra ordinem*

Per quanto riguarda lo stato dell'arte della gestione dell'emergenza costituzionale nel nostro ordinamento, si può sinteticamente affermare che il punto di arrivo di una più che secolare tradizione che affonda le sue radici nelle norme post-unitarie istitutive dei poteri di ordinanza *extra ordinem* di Prefetti e Sindaci in veste di ufficiali territoriali del Governo è rappresentato dal sistema nazionale di protezione civile. Utilizzo questa espressione, piuttosto che riferirmi al nuovo Codice della Protezione Civile adottato con d.lgs. n. 1/2018, essenzialmente per due ragioni.

Da un primo punto di vista, per mettere in evidenza che il Codice sistematizza, in larga misura, in un unico corpo normativo, la disciplina che si è sviluppata in seguito all'emanazione della l. 225/1992, istitutiva del Servizio nazionale della protezione civile[3]; legge la cui conformità a Costituzione – giova evidenziarlo in prima battuta – è stata chiarita dalla Corte costituzionale con la sentenza 418/1992. In primo luogo, infatti, al verificarsi degli eventi emergenziali, il Codice continua a prevedere la deliberazione dello stato di emergenza come primo atto delle gestioni contingibili e urgenti (art. 24). Lo stato di emergenza è deliberato dal Consiglio dei ministri, che ne fissa la durata e ne determina l'estensione territoriale, autorizzando l'emanazione di ordinanze di protezione civile che, con effetti temporanei, possono disporre anche in deroga alla legge (non è il caso qui di addentrarsi nella questione se di vera deroga si tratti o, piuttosto, di sospensione, dato il suo carattere temporaneo). Per evitare il protrarsi indefinito dello stato di emergenza, il Codice prevede, poi, all'art. 24 co. 3, una durata massima di 12 mesi, prorogabile per non più di altri 12 mesi[4]. È da subito il caso di rilevare che la deliberazione collegiale dello stato di emergenza è aspetto particolarmente significativo, perché la sua natura costitutiva – e non meramente dichiarativa – testimonia l'assunzione da parte del Governo della responsabilità politica della qualificazione dell'emergenza in atto come evento non fronteggiabile nel rispetto dell'ordinario diritto legislativo e, come tale, postulante la necessità di attivare il potere governativo di necessità e urgenza, che, per l'appunto, costituisce la conseguenza giuridica tipica della deliberazione in questione. In secondo luogo, per quanto riguarda più da vicino il potere di ordinanza *extra ordinem*, anche l'art. 25, co. 1, del

[3] U. ALLEGRETTI, *Il Codice della Protezione Civile (d.lg. 2 gennaio 2018, n. 1)*, in *Aedon*, *Rivista di arti e diritto* on line, 1/2018

[4] Cfr., però, l'art. 15 del d.l. n. 162/2019, che ha consentito una proroga fino a tre anni per la gestione dell'emergenza seguita al crollo del Ponte Morandi di Genova, nonché il recente art. 14, co. 4, del d.l. n. 34/2020, che proroga gli stati di emergenza, «diversi da quello dichiarato con delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020», in scadenza al 31 luglio 2020 e non più prorogabili ai sensi del Codice della Protezione Civile.

Codice riprende la disciplina precedente e, conseguentemente, prevede che le ordinanze siano adottate nei limiti e con le modalità indicate nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento (cui si aggiunge il limite del diritto dell'Unione europea), nonché raggiunta l'intesa con le Regioni interessate. Prevede, inoltre, che le suddette ordinanze rechino l'espressa indicazione delle norme derogate ed una idonea motivazione (art. 25, co. 2). Rispetto al sistema affermatosi in precedenza è, invece, venuto meno il controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti (art. 25, co. 3), che era stato affermato dallo stesso giudice contabile nell'ambito di un "braccio di ferro" con il Governo, che nel 2008 aveva tentato di escluderlo addirittura con una norma di interpretazione autentica introdotta attraverso la decretazione d'urgenza (art. 14, co. 1, d.l. n. 90/2008). In terzo luogo, il Codice consolida il ruolo di Regioni ed Enti locali all'interno del sistema di protezione civile prevedendo, tra le altre cose, che il sistema sia organizzato nel rispetto delle loro competenze (artt. 3, co. 1, lett. b, e 11); consolidamento realizzatosi anche per effetto della prassi con cui, nel rispetto del principio di leale collaborazione, i Presidenti delle Giunte regionali sono stati di sovente nominati Commissari delegati per la gestione delle emergenze.

Da un secondo punto vista, definire il sistema – e non il Codice – di protezione civile come il punto di arrivo dell'evoluzione del diritto dell'emergenza nel nostro ordinamento costituzionale consente di mettere in evidenza come lo stato dell'arte – fino alla pandemia in atto – era contraddistinto anche da una corposa serie di limiti al potere d'ordinanza definiti per via giurisprudenziale, anche nei decenni precedenti la legge del 1992, sia dalla Corte costituzionale, che ha scrutinato in astratto la costituzionalità delle singole norme attributive del potere *extra ordinem* del Governo e dei Prefetti, sia dal giudice amministrativo, che ha sindacato in concreto la legittimità dei singoli provvedimenti derogatori della legge. Si è, così, venuto definendo in via pretoria un chiaro regime giuridico delle ordinanze di protezione civile, che ha integrato la disciplina positiva e ne ha definito uno statuto normativo, i cui aspetti essenziali, come noto, possono essere cosi sintetizzati: 1) efficacia limitata nel tempo, con previsione di un termine finale e obbligo di motivazione delle proroghe e dell'impossibilità di provvedere in via ordinaria per la durata dell'emergenza[5]; 2) soggezione alla riserva di legge ed ai principi di rango legislativo (come quelli, ad esempio, di concorrenza, trasparenza, «giusto procedimento»)[6]; 3) possibilità di comprimere i diritti costituzionali in base ad un bilanciamento in

[5] A partire da Corte cost. n. 8/1956, in seguito tra le pronunce più rilevanti cfr. Corte cost. n. 127/1995; Cons. Stato, Sez V., n. 6280/2002, Sez. IV, n. 2795/2005, Sez. IV, n. 1270 2006, Sez. V, n. 6029/2006.

[6] A partire da Corte cost. nn. 8/1956 e 26/1961; Cons. Stato, Sez. V, n. 1003/2005, sez. IV, n. 2795/2005

concreto tra interessi costituzionalmente protetti che sia esplicitato in motivazione, proporzionato e ragionevole, intendendosi i due aggettivi come espressione di una complessiva adeguatezza spazio-temporale delle misure[7]; 4) capacità di derogare le competenze degli enti territoriali, senza poter giungere ad annullarle e, comunque, nel rispetto del principio di leale collaborazione[8]; 5) obbligo di pubblicazione in caso di effetti non individuali[9].

Grazie al sistema nazionale di protezione civile – inteso qui, storicamente, come risultante della l. n. 225/1992, del Codice della protezione civile del 2018 e della (anche) pregressa giurisprudenza costituzionale e amministrativa – si è, dunque, strutturato un vero e proprio ordinamento attraverso cui si è compiuto un percorso che, in altra sede, è parso di poter chiamare di "normalizzazione dell'emergenza"[10], proprio per alludere alla procedimentalizzazione e alla definizione dei limiti giurisprudenziali che hanno inalveato la potenziale eversività delle ordinanze *extra ordinem* del Governo (e, in particolare, quelle di protezione civile, ma il discorso vale anche per quelle sanitarie del Ministro della Salute) nel solco della Costituzione repubblicana. Un percorso che fa oggi ritenere, per un verso, superati molti dei dubbi sulla legittimità costituzionale del potere d'ordinanza prospettati negli anni (si pensi, in particolare, alle note critiche di Giuseppe Ugo Rescigno[11], Giuseppe Marazzita[12] e Cesare Pinelli[13]), per l'altro, capitalizzati gli sforzi compiuti dalla dottrina nello stesso senso (si pensi, soprattutto, a quelli di Alessandro Pizzorusso, basati sull'uso del modello della delegificazione[14], o a quelli di Roberto Cavallo Perin, fondati

[7] Corte cost. nn. 4/1977, 100 e 201/1987 e 51/1991; Cons. Stato, Sez. V, n. 1371/2003, e Sez. IV, n. 2246/2006.

[8] Corte cost. nn. 127/1995, 39/2003, 222/2006, 105 e 169/2009; Cons. Stato, Sez. V, n. 6809/2002, Sez. VI, n. 2426/2006.

[9] Si tratta di un'affermazione («efficace pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non abbia carattere individuale») contenuta in Corte cost. n. 8/1956 che, come noto, non ha trovato seguito nella successiva giurisprudenza ma che è stata raccolta, in parte, dallo stesso legislatore (v. art. 5, co. 6, l. n. 225/1992 e, ora, art. 24, co. 5, d.lgs. n. 1/2018)

[10] Cfr. A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere* extra ordinem *del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011, *passim*.

[11] G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Utet, Torino, 1965, 90 ss., e, ID., *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità ed urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1995, 2189 ss.

[12] G. MARAZZITA, *Le ordinanze di necessità dopo la l. 225 del 1992 (Riflessioni a margine di Corte cost. n. 127 del 1995)*, in *Giur. cost.*, 1996, 519 ss., e, in particolare, ID., *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Giuffrè, Milano, 2003.

[13] C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Dir. Pubbl.*, 2009, 317 ss.

[14] A. PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Il Foro Italiano, Roma, 1984, 640 ss.

sull'idea del rinvio a tutte le facoltà derogatorie che la legge attribuisce alla p.a.[15]).

Sul piano più strettamente delle fonti, attraverso questo processo di normalizzazione, il potere *extra ordinem* di protezione civile esercitato attraverso le ordinanze si è progressivamente sostituito alla decretazione d'urgenza come strumento di gestione delle emergenze. Non sono, però, già in passato mancati i casi in cui il Governo ha agito sulla disciplina del potere di ordinanza attraverso la decretazione d'urgenza: a) modificando in via generale e astratta il sistema di protezione di civile oppure, alternativamente, derogandolo in parte in relazione alla singola situazione emergenziale; b) istituendo con d.l. specifici poteri d'ordinanza per singole fattispecie emergenziali, prevedendo il conferimento del potere di ordinanza a soggetti diversi da quelli previsti in via generale dalla legge del 1992 e contestualmente modulando i contenuti sostanziali del potere attribuito sul piano temporale e/o procedimentale[16]. In particolare, dall'analisi della prassi dei vent'anni che hanno seguito l'istituzione del Servizio nazionale di protezione civile emerge una casistica molto variegata, che permette di censire: ordinanze che sono state espressamente qualificate come attuative di precedenti decreti-legge; disposizioni di decreti-legge che rimandano ad ordinanze per la propria attuazione; ordinanze che hanno derogato espressamente disposizioni di decreti-legge; ordinanze che agiscono, con riferimento allo spazio o al tempo, sugli effetti di disposizioni di precedenti decreti-legge; infine, decreti-legge che modulano gli effetti temporali o materiali delle ordinanze[17].

Come si accennava, però, al di là delle singolarità che emergono dalla prassi appena ricordata, l'evoluzione del diritto dell'emergenza dopo il 1992 ha conosciuto – quanto al rapporto tra ordinanze e decreti-legge – dapprima un progressivo "affiancamento" e poi un vero e proprio "passaggio di consegne" (emblematici i dati quantitativi della produzione delle due fonti), tanto che è parso altrove di poter dire che il ricorso al potere d'ordinanza ha "soppiantato" il potere di decretazione in relazione alla funzione tradizionale di provvedere per il caso straordinario di necessità ed urgenza di natura calamitosa[18]. È anche possibile individuare il ben preciso momento storico in cui le due fonti

[15] R. CAVALLO PERIN, *Giudici ordinari e collaudo di opere pubbliche*, in Foro it., 1989, III, 117, ma, soprattutto, ID., *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Giuffrè, Milano, 1990.

[16] Cfr, per tutti, il caso dell'art. 5-bis del d.l. n. 343/2001, che ha autorizzato il Governo, in particolare il Presidente del Consiglio in quanto titolare della funzione di protezione civile, a spendere poteri di ordinanza per l'organizzazione dei cosiddetti "grandi eventi" (previsione a sua volta abrogata con decreto-legge: cfr. art. 40-bis del d.l. n. 1/2012).

[17] Per una ricognizione completa sia consentito rinviare al mio *Il rapporto tra le ordinanze del governo e i decreti-legge*, in ASSOCIAZIONE PER GLI STUDI E LE RICERCHE PARLAMENTARI, Quaderno n.22. Seminario 2011, Giappichelli, Torino, 2013, 33 ss.

[18] *Ivi*, 38-39.

dell'emergenza in questione si sono "passate il testimone"; momento che si data all'anno della storica sentenza della Corte costituzionale n. 360/1996 in tema di reiterazione dei decreti-legge. La coincidenza degli eventi appare in questo caso come la metafora di un'ideale successione, rendendo fondato il sospetto che la prassi governativa, quando ha avvertito che lo strumento del decreto-legge, proprio perché sottoposto a controllo di costituzionalità con riguardo alla reiterazione, andava progressivamente perdendo la propria duttilità, abbia iniziato a privilegiare l'uso sistematico del potere d'ordinanza. Quest'ultimo, infatti, presenta ancora oggi un notevole grado di flessibilità, non solo perché dal contenuto non tipizzato (né *in toto* tipizzabile per la contingibilità degli eventi che deve fronteggiare), ma anche in quanto non sottoposto ai controlli cui soggiace, invece, il decreto-legge: non al controllo parlamentare in sede di conversione, non al controllo del Capo dello Stato in funzione di emanazione, ma esclusivamente al controllo preventivo di legittimità sugli atti normativi dello Stato da parte della Corte dei conti, che ad oggi rappresenta il solo presidio preventivo della legalità delle ordinanze di protezione civile.

La ricostruzione della prassi dell'ultimo decennio conferma, infine, che nel fronteggiare le situazioni emergenziali i decreti-legge non solo sono sempre meno frequenti (perché sostituiti dalle ordinanze di protezione civile), ma sono anche di meno immediata adozione, come emerge, in particolare, nelle vicende dei terremoti de L'Aquila nel 2009[19], di Amatrice nel 2016[20] e in quella del già ricordato crollo del Ponte Morandi a Genova nel 2018[21]. Ma, soprattutto, lo studio della prassi fa emergere che essi appaiono per lo più relativi non alle misure di diretta e subitanea gestione dell'emergenza, ma all'adozione di interventi complementari, a carattere prevalentemente economico, orientati a contenere gli effetti socio-economici dell'evento e ad accelerare il superamento del contesto emergenziale attraverso l'introduzione e il finanziamento di misure per la ripresa delle ordinarie attività[22].

[19] In seguito all'evento del 6 aprile 2009, il primo decreto-legge è stato emanato in data 28 aprile (d.l. n. 39/2009, recante «Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici nella regione Abruzzo nel mese di aprile 2009 e ulteriori interventi urgenti di protezione civile»).

[20] In seguito all'evento del 24 aprile 2016, il primo decreto-legge è stato emanato in data 17 ottobre (d.l. 189/2016, recante «Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dal sisma del 24 agosto 2016»).

[21] In seguito all'evento del 14 agosto 2018, il primo decreto-legge è stato emanato in data 28 settembre (d.l. n. 109/2018, recante «Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze»).

[22] Come appare evidente anche dalla mera lettura dei titoli dei decreti-legge citati nelle note precedenti.

3. La gestione alternativa dell'emergenza, tra ibridazioni del potere d'ordinanza e nuove formule normative

Si è anticipato che la prassi seguita dal Governo nella gestione della pandemia si è tradotta, dal punto di vista dell'uso delle fonti, in un poderoso scostamento dallo strumentario normativo del sistema di protezione civile, il quale ha condotto, per un verso, alla sua iniziale ibridazione con il potere d'ordinanza del Ministro della Salute previsto dall'art. 32 della l. n. 833/1978, per l'altro, alla creazione di un canale parallelo e inedito, basato sui decreti-legge che hanno istituito il potere del Presidente del Consiglio dei ministri di decretare l'adozione delle misure necessarie. In particolare, ciò che preme rimarcare ai nostri limitati fini è che, fin da principio, la gestione dell'emergenza sanitaria è stata condotta attraverso l'uso parallelo di due distinti strumenti: da un lato, il potere d'ordinanza in materia sanitaria che il citato art. 32 attribuisce al Ministro della Salute, dall'altro, il potere d'ordinanza in materia di protezione civile, che il Codice radica nel Capo Dipartimento della protezione civile e nel Commissario eventualmente nominato.

I primissimi provvedimenti adottati, infatti, sono rappresentati dalle ordinanze del Ministro della Salute del 25 gennaio 2020, recante misure di sorveglianza attiva per gli individui rientrati dalle aree interessante dalla diffusione del virus e di potenziamento del reclutamento del personale sanitario destinato ad attività di controllo, e del 30 gennaio 2020, in tema di sospensione dei voli diretti per la Cina.

A soli sei giorni di distanza dalla prima ordinanza, però, nella seduta del 31 gennaio 2020, il Consiglio dei ministri ha, invece, deliberato lo stato di emergenza per 6 mesi (fino al 31 luglio 2020), disponendo che per «l'attuazione degli interventi dell'articolo 25, co. 2, lett. a) e b) del d.lgs. 1/2018, da effettuare nella vigenza dello stato di emergenza, si provvede con ordinanze, emanate dal Capo del Dipartimento della protezione civile in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, nei limiti delle risorse di cui al comma 3».

In seguito – tra il 3 febbraio e il 22 febbraio 2020 – sono state, quindi, adottate una serie di ordinanze del Capo del Dipartimento della Protezione Civile attuative dello stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei ministri (in totale sei). In particolare, con la prima, l'ordinanza 3 febbraio 2020, n. 630, recante «Primi interventi urgenti di protezione civile […]», per un verso, sono state indicate sia le finalità degli interventi coordinati dal Capo Dipartimento (soccorso, assistenza, ripristino o potenziamento della funzionalità dei servizi pubblici, etc.) (art. 1), sia le deroghe alle disposizioni normative (in particolare, al Codice dei contratti pubblici) per la realizzazione delle misure ivi previste (art. 3), per l'altro, è stato istituito l'ormai noto Comitato tecnico-scientifico di supporto al Capo Dipartimento (art. 2).

Parallelamente, è proseguito l'esercizio del potere d'ordinanza in materia sanitaria. Tra il 31 gennaio e il 22 febbraio 2020, infatti, sono state adottate altre tre ordinanze del Ministero della Salute *ex* art. 32 l. n. 833/1978, con le quali sono state adottate una serie di misure profilattiche e indicazioni operative (come, ad esempio, la quarantena e la sorveglianza attiva per coloro che sono entrati in contatto con soggetti risultati positivi al test). In particolare, anche quando l'emergenza ha conosciuto un punto di svolta per effetto dell'identificazione dei primi "focolai" italiani nei Comuni di Codogno e Vo' Euganeo, nell'immediatezza vengono emanate due (delle tre prima citate) ordinanze del Ministro della Salute, prese d'intesa con il Presidente della Regione Lombardia e della Regione Veneto, rispettivamente nelle date del 21 febbraio e del 22 febbraio, che prescrivono misure per il contenimento dell'epidemia (quali, ad esempio, la sospensione delle manifestazioni pubbliche, delle attività lavorative, delle attività scolastiche, la chiusura degli esercizi commerciali diversi da quelli essenziali, etc…) nei 10 Comuni della Lombardia e nel Comune di Vo' Euganeo in Veneto che poi diventeranno le c.d. "zone rosse" del d.l. n. 6/2020.

Emblematico della denunciata sovrapposizione tra poteri d'ordinanza in materia di protezione civile e poteri *extra ordinem* in materia sanitaria appare il decreto del Capo del Dipartimento della Protezione Civile 7 febbraio 2020, n. 414, con cui il Segretario generale del Ministero della Salute viene qualificato come soggetto attuatore per la gestione delle attività connesse all'emergenza relativa al rischio sanitario, realizzando così una vera e propria ibridazione funzionale tra i due poteri.

Per effetto dell'aggravarsi della diffusione del virus si realizza, però, una svolta anche dal punto di vista degli strumenti di gestione dell'emergenza e, segnatamente, delle fonti utilizzate. Immediatamente dopo le due ordinanze da ultimo citate, infatti, nella seduta del 22 febbraio 2020, il Consiglio dei ministri ha adottato un primo – ne sono seguiti, ad oggi, altri otto – decreto-legge, emanato il giorno successivo. In via del tutto preliminare, si può osservare che la tempistica di adozione del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 (recante «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19»), intervenuto a quasi un mese di distanza dai primissimi ricordati provvedimenti del Ministro della Salute, pare confermare il già rilevato *trend* di sempre minor immediatezza della decretazione d'urgenza quale strumento di diretta gestione delle emergenze. Dall'analisi del contenuto del decreto emergono, però, ulteriori e più rilevanti considerazioni sul piano delle fonti.

Segnatamente, il d.l. dispone, all'art. 1, co. 1, che le autorità competenti sono tenute ad «adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica», nei Comuni e nelle aree in cui risultino casi di positività al virus. L'art. 1, co. 2, poi,

esemplifica in un elenco non tassativo (come appare chiaro dalla formulazione letterale: «tra le misure di cui al comma 1, possono essere adottate anche le seguenti»), una serie di possibili provvedimenti di contrasto all'emergenza. Il successivo art. 2 autorizza, invece, le autorità competenti a adottare «ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza […] anche fuori dei casi dell'art. 1, comma 1».

Ma a destare interesse, dal punto di vista delle fonti, è soprattutto l'art. 3, il cui co. 1, dettato con riguardo all'attuazione di tali misure, dispone che esse «sono adottate, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro della salute, sentito il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri Ministri competenti per materia, nonché i Presidenti delle regioni competenti, nel caso in cui riguardino esclusivamente una sola regione o alcune specifiche regioni, ovvero il Presidente della Conferenza dei presidenti delle regioni, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale». Il co. 2 del medesimo articolo dispone, poi, che «nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al co. 1, nei casi di estrema necessità ed urgenza» le misure di cui agli articoli 1 e 2 possono essere adottate ai sensi dell'art. 32, l. n. 833/1978, dell'art. 117 d.lgs. n. 112/1998 e dell'art. 50 d.lgs. n. 267/2000 (art. 3, co. 2), rinviando, quindi, al potere di ordinanza del Ministro della Salute e del Sindaco quale rappresentante della comunità locale. Il co. 3 dell'art. 3, infine, fa espressamente salvi «gli effetti delle ordinanze contingibili e urgenti già adottate dal Ministro della salute ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833».

In sostanza, l'art. 3, per un verso, istituzionalizza in via transitoria (fino all'adozione dei d.P.C.M.) la sovrapposizione dei due sistemi paralleli di gestione dell'emergenza che fin da principio erano stati attivati dal Governo (poteri *extra ordinem* in materia sanitaria e in materia di protezione civile), dall'altro introduce un nuovo, e apparentemente terzo[23], canale di attuazione delle misure emergenziali, rappresentato dai d.P.C.M., il quale pare collocarsi addirittura fuori dal sistema di protezione civile[24], come sembrerebbe potersi dedurre dalla circostanza che la deliberazione dello stato di emergenza non viene neppure richiamata né nel preambolo, né nella definizione delle misure, ma solo all'art. 4 limitatamente all'incremento economico dello stanziamento destinato al "Fondo per le emergenze nazionali".

[23] Così M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi*, *Osservatorio Emergenza Covid*-19, 18 marzo 2020, 2 ss.

[24] Ma si veda M. LUCIANI secondo cui i d.P.C.M. si fondano allo stesso tempo sui decreti-legge e sul Codice di protezione civile, cfr. *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, spec. 121 ss.

La data del 23 febbraio 2020 appare, dunque, particolarmente significativa perché innesca un meccanismo di sovrapposizione di strumenti sul piano delle fonti, la cui testimonianza più evidente è data, da un lato, dal concorso di un numero molto elevato di fonti adottate dai diversi livelli di governo (statale, regionale ma anche locale)[25], dall'altro, dal conseguente (ma – a differenza della pandemia – questo prevedibile) caos interpretativo generato da questa moltitudine di atti, cui hanno fatto seguito non poco problematici tentativi di fornire chiarimenti, innanzitutto ai cittadini che li reclamavano[26].

In attuazione del d.l. n. 6/2020 è stato, poi, adottato il 23 febbraio un primo d.P.C.M.: ne seguiranno in totale altri sette, nelle date del 25 febbraio, 1° marzo, 4 marzo, 8 marzo, 9 marzo, 11 marzo e 22 marzo. Per quanto incidentalmente in questa sede, non è privo di interesse sottolineare che la modalità di coinvolgimento delle Regioni nel procedimento di formazione di tali d.P.C.M. non è stata quella dell'intesa – prevista, invece, come detto, per le ordinanze di cui all'art. 25, co. 1, del Codice di Protezione Civile – ma che le medesime, ai sensi del ricordato art. 3, co. 1, d.l. n. 6/2020, sono state solo "sentite". Del contenuto di tali d.P.C.M. si dirà più avanti[27].

In questa fase preme rilevare che il d.l. n. 6/2020 – convertito, con minime modifiche, dalla l. 5 marzo 2020, n. 13 – è stato abrogato, salvo alcune disposizioni, dal d.l. 25 marzo 2020, n. 19, il quale ha dettato nuove e più stringenti misure di contenimento a gestione dell'emergenza. A differenza di quanto avvenuto con il primo decreto-legge, l'art. 1, co. 1, richiama espressamente, per la prima volta, la delibera sullo stato di emergenza del 31 gennaio, prevedendo che le misure di attuazione possano essere adottate tramite d.P.C.M. fino al

[25] Sui numerosi «intrecci» che si sono determinati cfr. A. CELOTTO, Necessitas non habet legem? *Prime riflessioni sulla gestione costituzionale dell'emergenza coronavirus*, Mucchi, Modena, 2020, 13 ss. Per una raccolta ragionata degli atti e delle fonti si veda la rubrica *Emergenza Covid-19* curata da questa *Rivista*.

[26] Tra le vicende più significative al riguardo vi è quella riguardante la possibilità per i genitori di uscire di casa con i propri figli minori, su cui, il 31 marzo, è intervenuta una discussa nota interpretativa del Capo di gabinetto del Ministero dell'Interno. L'intento della circolare era quello di fornire alcuni «chiarimenti in merito a profili applicativi in tema di divieto di assembramento e di spostamenti di persone fisiche» e, a tal fine, vi si poteva leggere che era «da intendersi consentito, ad un solo genitore, camminare con i propri figli minori […], purché in prossimità della propria abitazione». Il giorno successivo, 1° aprile, in seguito alle numerose critiche pervenute da parte dei Sindaci e dei Presidenti delle Regioni, lo stesso Ministero ha diffuso un comunicato – dall'emblematico titolo «Regole sugli spostamenti, chiarimenti sulla circolare del 31 marzo» – in cui si qualificava «la possibilità di uscire con i figli minori [come] consentita a un solo genitore per camminare purché questo avvenga in prossimità della propria abitazione e in occasione di spostamenti motivati da situazioni di necessità o di salute». Dalla lettura di quest'ultimo presupposto, che non era richiesto come concorrente con la vicinanza a casa nella nota ministeriale del giorno prima, risulta, però, evidente che il comunicato non si è limitato – cosa, di per sé, quasi paradossale – a chiarire il contenuto della circolare interpretativa, ma ha effettuato una sua vera e propria novazione della fonte.

[27] Vedi *infra*, § 4.

termine dell'emergenza stessa (ovvero, il 31 luglio 2020). Si realizza, così, una sorta di apparente riconduzione del nuovo canale di gestione dell'epidemia – quello basato, appunto, sui d.P.C.M. previsti nella decretazione d'urgenza – nell'alveo del sistema di protezione civile, rispetto al quale, però, il nuovo strumentario mantiene la significativa eccentricità determinata dalla circostanza che le misure attuative non vengono poste in essere attraverso atti – ovvero le ordinanze *extra ordinem* – dotate di propria capacità derogatoria del diritto legislativo e, più in generale, contraddistinte dal regime giuridico che si è prima sommariamente richiamato[28].

In attuazione del d.l. n. 19/2020 è stato in prima battuta adottato il d.P.C.M. 1° aprile 2020, con cui, tra le altre cose, è stata disposta – in maniera non poco problematica, come si dirà in seguito[29] – la proroga fino al 13 aprile 2020 delle misure «ancora efficaci alla data del 3 aprile 2020» tra quelle precedentemente previste con i d.P.C.M. dell'8, 9, 11 e 22 marzo 2020, nonché con le ordinanze del Ministro della Salute del 20 marzo e del 28 marzo 2020.

Sempre in attuazione del medesimo d.l. è stato adottato il d.P.C.M. 10 aprile 2020, che, per molti aspetti, porta ad ulteriori conseguenze la transizione della gestione della pandemia verso il nuovo modello delineato dalla decretazione d'urgenza. Tale decreto, infatti, non solo prevede un'ampia gamma di misure di contenimento e gestione, sulla scorta di quanto previsto dal d.l. n. 19/2020, ma interviene a disciplinare ambiti fino a quel momento oggetto del potere contingibile ed urgente del Ministro della Salute; potere che, non a caso, risulta non essere stato più esercitato dopo il 3 aprile, data dell'ultima ordinanza ministeriale finora adottata. Lo stesso schema si ritrova nel successivo d.P.C.M. 26 aprile 2020 che, per la prima volta, attenua le misure precedentemente previste.

In seguito all'evoluzione positiva della situazione epidemiologica, il Governo ha, poi, provveduto con il decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, che detta una serie di ulteriori misure di contenimento e gestione, che iniziano ad andare verso il superamento del *lockdown*, senza, tuttavia, procedere all'abrogazione espressa del d.l. n. 19/2020, cui anzi rinvia in più punti. L'art. 1, co. 1, stabilisce, ad esempio, che «a decorrere dal 18 maggio 2020, cessano di avere efficacia tutte le misure limitative della circolazione all'interno del territorio regionale di cui agli artt. 2 e 3 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, e tali misure possono essere adottate o reiterate, ai sensi degli stessi articoli 2 e 3, solo con riferimento a specifiche aree del territorio medesimo interessate da particolare aggravamento della situazione epidemiologica». In alcuni casi, dunque, il nuovo decreto-legge contiene direttamente le misure (si veda, ad esempio, l'art. 1, co.

[28] Vedi *supra*, § 2.
[29] Vedi *infra*, § 4.

2, sul divieto di spostamenti interregionali fino al 2 giugno 2020), in altri rinvia ai «provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 2 del decreto-legge n. 19 del 2020» (è il caso, ad esempio, dell'art. 1, co. 8-11, relativo allo svolgimento di riunioni, specie a carattere religioso). In attuazione di tali previsioni sono, quindi, stati adottati, secondo lo schema ormai consolidato, i d.P.C.M. 17 maggio e 18 maggio 2020 (quest'ultimo, in realtà, si limita a modificare una sola disposizione del d.P.C.M. del giorno precedente).

Dal punto di vista procedurale, è appena il caso di rilevare che nessuno dei d.P.C.M. sin qui adottati ha seguito il procedimento di formazione previsto per i regolamenti dall'art. 17 l. 400/1988: non è stato, infatti, richiesto il parere del Consiglio di Stato, mentre per quanto riguarda il controllo preventivo della Corte dei conti l'art. 3, co. 6, d.l. n. 6/2020 e l'art. 2, co. 4, d.l. n. 19/2020 hanno stabilito che i termini del controllo fossero dimezzati e che i provvedimenti emanati fossero provvisoriamente efficaci, esecutori ed esecutivi in pendenza del visto e della registrazione, a norma degli articoli 21-bis, 21-ter e 21-quater, l. n. 241/1990. Tutti i d.P.C.M. sono stati, poi, pubblicati in Gazzetta Ufficiale.

4. Il problematico contenuto dei d.P.C.M. alla luce delle norme attributive del potere contenute nei decreti-legge

Sulla scorta delle considerazioni sui pilastri del sistema di gestione dell'emergenza fin qui conosciuto e di quelle sulla ricostruzione della prassi emersa in occasione della pandemia da Covid-19, è possibile individuare alcuni problemi, cui il ricorso all'inedito "sotto-sistema" delle fonti dell'emergenza articolato nel binomio d.l./d.P.C.M. pare aver dato luogo.

Appare in proposito dirimente rilevare che la legittimità del sistema basato sui decreti-legge istitutivi del potere di decretazione del Presidente del Consiglio riposa sulla condizione che l'effetto derogatorio delle norme di legge (anche di quelle attributive di competenze agli enti territoriali o ad altri rami dell'amministrazione dello Stato), così come la compressione delle libertà fondamentali che le misure comportano[30], sia disposto direttamente dalla fonte primaria e solo attuato mediante i d.P.C.M., altrimenti risultando questi ultimi illegittimi, da un lato, per violazione di legge (eventualmente anche di quella che dovesse prevedere funzioni regionali o locali o attribuire competenze a organi statali diversi da quelli di protezione civile), in quanto sprovvisti della capacità derogatoria tipica invece delle ordinanze *extra ordinem*, dall'altro, per violazione della riserva di legge in materia di diritti e libertà fondamentali.

[30] Sul punto si veda l'analisi di R. CHERCHI, A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria covid-19: prime riflessioni*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, 1/2020, 656 ss.

Nel rispetto di tale condizione, potrebbe addirittura dirsi, com'è stato detto, che la scelta di procedere con la decretazione d'urgenza per la singola emergenza valorizzi, secondo la logica del provvedere per il caso concreto, le specificità, la gravità e l'assoluta novità della pandemia in atto, esprimendo quindi un condivisibile criterio generale di adeguatezza rispetto al fatto; laddove, per converso, "seguire" il sistema di protezione civile, nato storicamente sul modello degli eventi calamitosi e definito in via generale e astratta dal legislatore, non avrebbe consentito di tener conto delle peculiarità di questa emergenza sanitaria e avrebbe affidato la deroga al diritto legislativo e la limitazione delle libertà fondamentali ad atti (ovvero, le ordinanze di protezione civile) della cui natura di fonte si discute ancora oggi[31], ma che certamente non possono essere annoverati tra le fonti primarie, che costituiscono un *numerus clausus*.

Per le ragioni esposte, rilevato che i d.P.C.M. adottati contengono, come noto, un'ampia gamma di previsioni derogatorie e di limitazioni a diritti fondamentali, appare decisivo, per poter certificare la tenuta costituzionale del sistema introdotto, escludere che vi siano deroghe a norme (anche di quelle attributive di competenze agli enti territoriali e alle amministrazioni dello stato) o compressioni di libertà fondamentali che si sono realizzate per effetto diretto dei d.P.C.M., ossia senza essere previamente disposte dai decreti-legge che hanno abilitato l'esercizio del potere[32]. Più in generale, ciò che deve essere verificato – in concreto, cioè in relazione al contenuto delle singole previsioni – è che i d.P.C.M. non abbiano disposto *ultra vires* rispetto ai decreti-legge cui erano chiamati a dare attuazione. I decreti-legge che devono essere considerati in questa indagine sono esclusivamente i due fin qui citati, ovvero il d.l. n. 6/2020 e il d.l. n. 19/2020, ossia gli unici che, come detto, rinviano per la loro attuazione a questi nuovi strumenti di gestione dell'emergenza. Dall'analisi comparata dei testi dei decreti (legge e del Presidente del Consiglio) emergono tre fondamentali criticità, che attengono all'istituzione e alla limitazione del potere di attuare le norme previste in sede di decretazione d'urgenza e che, quindi, sollevano problemi di compatibilità con il principio di legalità in senso sostanziale.

La prima attiene all'ambito territoriale di applicazione delle misure, alla loro efficacia nello spazio. Nel d.l. n. 6/2020, l'ambito di efficacia territoriale dei d.P.C.M. è circoscritto, in misura indeterminabile a priori, ai «comuni o

[31] Per tutti, si veda l'analisi conclusiva del recente lavoro monografico di E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bononia University Press, Bologna, 2019, spec. 248 ss.

[32] B. CARAVITA DI TORITTO, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi*, 6/2020, vi-vii; A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, 1/2020, 525 ss.

[alle] aree nei quali risulta positiva almeno una persona per la quale non si conosce la fonte di trasmissione o comunque nei quali vi è un caso non riconducibile ad una persona proveniente da un'area già interessata dal contagio del menzionato virus». Nel d.l. n. 19/2020, invece, si fa riferimento a «specifiche parti del territorio nazionale ovvero, occorrendo, [alla] totalità di esso». A partire dal 1° marzo, e già in attuazione del primo decreto-legge, però, i d.P.C.M. adottati hanno disposto deroghe a norme e limitazioni delle libertà fondamentali con riferimento all'intero territorio nazionale e, nel caso dei tre d.P.C.M. adottati dopo il d.l. n. 19/2020, ovvero dei d.P.C.M. 1°, 10 e 26 aprile 2020, senza alcuna specifica motivazione sulla adeguatezza dell'efficacia territoriale nazionale. L'ultimo d.P.C.M. citato è particolarmente interessante perché, nel disporre un allentamento delle misure previste, non fa alcun riferimento all'evoluzione della situazione emergenziale (il preambolo è, peraltro, identico a quello del d.P.C.M. precedente).

La seconda criticità emerge, invece, in relazione all'efficacia temporale delle misure. A questo proposito il riferimento cade sul solo d.P.C.M. 1° aprile 2020 (ovvero il primo dei tre adottati dopo il d.l. n. 19/2020), il quale si è limitato a prorogare l'efficacia di alcuni dei d.P.C.M. e delle ordinanze del Ministro della Salute precedenti attraverso una disposizione che, come si accennava[33], appare di dubbia legittimità (cfr. art. 1, co. 1, il quale ha segnatamente disposto che «l'efficacia delle disposizioni dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri dell'8, 9, 11 e 22 marzo 2020, nonché di quelle previste dall'ordinanza del Ministro della salute del 20 marzo 2020 e dall'ordinanza del 28 marzo 2020 adottata dal Ministro della salute di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti ancora efficaci alla data del 3 aprile 2020 è prorogata fino al 13 aprile 2020»). Infatti, mentre con riguardo alla proroga dei precedenti d.P.C.M. la misura sembra aver ecceduto i limiti del potere attribuito perché essa avrebbe dovuto essere disposta direttamente attraverso la decretazione d'urgenza, trattandosi, come visto, di misure derogatorie del diritto vigente e limitative di diritti e libertà fondamentali adottate in forza di un precedente decreto-legge pressoché integralmente abrogato, in relazione, invece, alla proroga delle ordinanze del Ministro della Salute, l'aver inciso sull'efficacia temporale delle medesime ha rappresentato una deroga alla competenza di cui all'art. 32, l. n. 833/1978, anch'essa in alcun modo prevista dal d.l. n. 19/2020.

Una terza criticità riguarda, infine, la tipicità e la rispondenza delle misure adottate con i d.P.C.M. rispetto alle previsioni dei decreti-legge. Quanto alla tipicità, si deve sottolineare che, nel d.l. n. 6/2020, l'individuazione delle misure che possono essere adottate con d.P.C.M. è, come si è avuto modo di

[33] Vedi *supra*, § 3.

evidenziare[34], di tipo meramente esemplificativo e si è realizzata attraverso un elenco, rubricato dalla lettera a alla lettera o (cfr. art. 1, co. 2, secondo cui «tra le misure di cui al comma 1, possono essere adottate *anche* le seguenti», *corsivo nostro*). Non solo: l'art. 1, co. 1, ha specificato che «le autorità competenti sono tenute ad adottare *ogni misura* di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica» (*corsivo nostro*) e, addirittura, l'art. 2 ha disposto che le medesime autorità potessero «adottare *ulteriori misure* di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dai casi di cui all'articolo 1, comma 2» (*corsivo sempre nostro*). Nel d.l. n. 19/2020, invece, si è disposto che, «ai sensi e per le finalità di cui al comma 1, possono essere adottate, secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso, una o più tra le seguenti misure» (art. 1, co. 2), seguendo poi un elenco non solo tassativo ma anche molto analitico e articolato (rubricato dalla lettera a alla lettera hh).

Quanto alla rispondenza delle misure rispetto alle previsioni normative primarie, l'analisi dei singoli d.P.C.M. adottati in forza del primo dei due decreti-legge evidenzia che in non pochi casi sono state introdotte misure derogatorie del diritto legislativo e/o limitative di diritti e libertà non previste nel ricordato elenco esemplificativo[35]. Ad esempio, a fronte delle previsioni del decreto-legge che disponevano il «divieto di allontanamento» e «di accesso al Comune e nell'area interessata» (art. 1, co. 2, lett. a e b), l'art. 1, co. 1, lett. a, d.P.C.M. 8 marzo 2020 ha limitato la libertà di circolazione vietando non solo, con formulazione peraltro ambigua, ogni spostamento delle persone fisiche «in entrata e in uscita dai territori di cui al presente articolo», ma anche «all'interno dei medesimi territori, salvo che per gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute» (come noto, veniva consentito, invece, il «rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza»). Inoltre, con la disposizione di cui alla lett. c – ancora una volta andando ben al di là delle limitazioni consistenti nell'allontanamento e nell'accesso al territorio comunale o dell'area interessata – il d.P.C.M. ha inciso fortemente sulla libertà personale imponendo il «divieto assoluto di mobilità dalla propria abitazione o dimora per i soggetti sottoposti

[34] Vedi *supra*, § 3.

[35] Su questo aspetto cfr. V. BALDINI, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, in *Diritti fondamentali*, 1/2020, 885 ss., e L.A. MAZZAROLLI, «Riserva di legge» *e* «principio di legalità» *in tempo di emergenza nazionale. 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, Osservatorio Emergenza Covid-19*, 23 marzo 2020, 8 ss.

alla misura della quarantena ovvero risultati positivi al virus». Ciò che è significativo rilevare è che tali misure, che, come appena detto, in base al primo decreto-legge apparivano decisamente *ultra vires*, vengono inserite nel d.l. n. 19/2020 (cfr. art. 1, co. 2, lett. a ed e).

Analogamente, il sesto d.P.C.M., quello del 9 marzo 2020, ha introdotto, all'art. 1, co. 2, il divieto «sull'intero territorio nazionale» di «ogni forma di assembramento di persone in luoghi pubblici o aperti al pubblico», assolutamente non previsto nell'elenco di misure del primo decreto-legge. E anche in questo caso la misura è stata, poi, tipizzata, dall'art. 1, co. 2, lett. f, d.l. n. 19/2020.

Ancora, particolarmente problematico risulta l'art. 1, co. 1, del d.P.C.M. 11 marzo 2020, che ha previsto, tra l'altro, che con decreto «Il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro della salute, può disporre, al fine di contenere l'emergenza sanitaria da coronavirus, la programmazione con riduzione e soppressione dei servizi automobilistici interregionali e di trasporto ferroviario, aereo e marittimo, sulla base delle effettive esigenze e al solo fine di assicurare i servizi minimi essenziali», mentre il decreto-legge stabiliva che le misure limitative dei trasporti pubblici fossero adottate con il d.P.C.M. stesso. Rispetto a questa fattispecie, si assiste, dunque, ad un vero e proprio trasferimento di competenza, dall'autorità amministrativa in cui la fonte primaria l'aveva radicata (il Presidente del Consiglio dei ministri) ad altro ramo dell'amministrazione statale (il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti) individuato da atto (il d.P.C.M.) che alla norma attributiva del potere era soggetto e a cui doveva dare attuazione, senza poterla derogare.

Inoltre, l'ottavo d.P.C.M., quello del 22 marzo 2020, ha introdotto limitazioni ancora più stringenti alla libertà di circolazione disponendo, all'art. 1, co. 1, lett. b, che «è fatto divieto a tutte le persone fisiche di trasferirsi o spostarsi, con mezzi di trasporto pubblici o privati, in un comune diverso rispetto a quello in cui attualmente si trovano, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute» e ha aggiunto che «conseguentemente all'articolo 1, comma 1, lettera a), del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 8 marzo 2020 le parole "È consentito il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza" sono soppresse». Anche tale misura, che per le già evidenziate ragioni non trovava adeguato fondamento nel primo decreto-legge – e che, come si ricorderà, è stata adottata per contrastare i c.d. "esodi" dal Nord al Sud del Paese – è stata poi prevista dall'art. 1, co. 2, lett. a, del d.l. n. 19/2020.

All'elenco si può aggiungere anche l'art. 2 del medesimo d.P.C.M., con il quale è stata disposta un'altra misura controversa, ovvero quella che ha prorogato l'efficacia (riproponendo il problema già citato) dell'ordinanza del Ministero della Salute adottata nella vicenda dei cd. *runners* («le disposizioni del

presente decreto […] si applicano cumulativamente […] a quelle previste dall'ordinanza del Ministro della salute del 20 marzo 2020 i cui termini di efficacia, già fissati al 25 marzo 2020, sono entrambi prorogati al 3 aprile 2020»), la quale, a sua volta faceva seguito ad alcune ordinanze dei Presidente delle Giunte Regionali e dei Sindaci che vietavano l'accesso ai parchi e lo svolgimento di attività motoria (cfr., in particolare, l'ordinanza 13 marzo 2020 n. 15 del Presidente della Giunta regionale della Campania). Qui, dunque, il d.P.C.M. interviene a limitare la libertà di circolazione attraverso la rimodulazione degli effetti nel tempo di una misura non solo non prevista dal decreto-legge, ma che il Ministro della Salute aveva adottato in forza del ricordato art. 32 l. n. 833/1978, che il d.P.C.M. non aveva la "forza" di derogare.

Dovrebbe a questo punto risultare chiaro perché si è inteso sottolineare che, dopo la ricordata serie di provvedimenti, è intervenuto il d.l. n. 19/2020, il quale ha introdotto un elenco, stavolta tassativo e dettagliato, di misure adottabili con d.P.C.M., che tipizza tutti i provvedimenti che erano stati precedentemente adottati. Tale rilievo, unitamente alla considerazione che lo stesso decreto-legge ha, come detto[36], contestualmente fatti salvi gli effetti prodotti dai d.P.C.M. adottati in forza del d.l. n. 6/2020 (art. 2, co. 3), instilla, infatti, la sensazione che lo stesso Governo sia stato consapevole che diverse delle misure adottate non risultassero sufficientemente sorrette dalla fonte primaria.

Sulla base di tale decreto-legge, il d.P.C.M. 10 aprile 2020, come si accennava[37], oltre a adottare misure già precedentemente introdotte dal Ministro della Salute, raccoglie in unico testo le misure fino a quel momento previste (ai sensi dell'art. 8, co. 2, infatti, cessano di produrre effetti i d.P.C.M. ancora in vigore) e realizza la sostanziale riproduzione dell'elenco contenuto nel d.l. n. 19/2020 (anche se permangono alcuni problemi di rispondenza, come nel caso del divieto di «ogni spostamento verso abitazioni diverse da quella principale comprese le seconde case utilizzate per vacanza» di cui all'art. 1, co. 1, lett. a). Le medesime considerazioni valgono anche per il successivo d.P.C.M. 26 aprile 2020, che presenta un elenco di misure interamente sostituivo del precedente e non fa venir meno le discrasie rispetto al decreto-legge: si veda, ad esempio, l'art. 1, co. 1, lett. b, che prevede l'obbligo di rimanere presso il proprio domicilio per «i soggetti con sintomatologia da infezione respiratoria e febbre [maggiore di 37,5° C]»; misura già contenuta, come mera "raccomandazione", nei d.P.C.M. 8 marzo 2020 e 10 aprile 2020. Particolarmente problematica appare anche la disposizione dell'art. 1, co.1, lett. d), che consente al «Sindaco di disporre la temporanea chiusura di specifiche aree» in cui non sia possibile garantire l'effettività del divieto di assembramento. E ciò per la ragione che essa

[36] Vedi *supra*, § 3.
[37] Vedi *supra*, § 3.

finisce per attribuire una competenza all'amministrazione locale attraverso un atto formalmente amministrativo, in maniera difficilmente compatibile con il principio di legalità delle funzioni amministrative (su questo aspetto è poi intervenuto l'art. 1, co. 9, del d.l. n. 33/2020).

Il medesimo schema si ripropone in seguito all'adozione del citato decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, e del successivo d.P.C.M. 17 maggio 2020 (modificato per quanto riguarda una singola disposizione dal d.P.C.M. 18 maggio 2020). In quest'ultimo caso viene, infatti, replicato il citato obbligo di cui all'art. 1, co.1, lett. b), del d.P.C.M. 26 aprile 2020. Appare, infine, di dubbia compatibilità con il principio di tipicità, la disposizione dell'art. 1, co. 1, lett. i), che consente lo svolgimento delle «manifestazioni pubbliche […] soltanto in forma statica», dando così attuazione al generico art. 1, co. 8, del d.l. n. 33/2020, che rinviava allo stesso d.P.C.M. la determinazione delle "modalità" di svolgimento senza alcuna precisa indicazione.

5. La "mela avvelenata" della straordinarietà del caso e dell'adeguatezza di una gestione *ad hoc*

L'analisi sommariamente effettuata dimostra che lo schema di gestione dell'emergenza basato sul binomio d.l./d.P.C.M. desta non poche perplessità da un punto di vista formale, ovvero di relazioni tra le fonti del diritto. E ciò essenzialmente perché dalla prassi emerge che tanto le deroghe normative, quanto le limitazioni ai diritti e alle libertà fondamentali sono state, per più aspetti, disposte dai d.P.C.M. attraverso la spendita di un potere e un'articolazione dell'efficacia delle misure nello spazio e nel tempo che non trovano adeguato fondamento nei decreti-legge. Ciò inevitabilmente comporta che si debba dubitare della legittimità delle misure così adottate[38], ma non è questo il punto su cui si vuole centrare l'attenzione.

La riflessione, infatti, dovrebbe a questo punto risultare sufficientemente matura perché si torni a quanto si diceva in apertura e si metta in evidenza che i problemi appena rilevati sono tutti collegati alla scelta di procedere alla gestione dell'emergenza attraverso un sistema di fonti che, dopo l'iniziale utilizzo del potere d'ordinanza del Ministro della Salute e, soprattutto, dopo la deliberazione dello stato di emergenza da parte del Consiglio dei ministri, si è "bruscamente" discostato – come visto, in occasione dell'*escalation* sanitaria della crisi, rappresenta dalla scoperta dei primi focolai nazionali[39] – dal potere di ordinanza *extra ordinem* del Governo in materia sanitaria e, soprattutto, di protezione civile. Con ciò, evidentemente, non si intende affatto sostenere che ogni

[38] Come emerge dal contributo di M.G. CIVININI, G. SCARSELLI, *Emergenza sanitaria. Dubbi di costituzionalità di un giudice e di un avvocato*, in *Questione Giustizia*, 14 aprile 2020.

[39] Vedi *supra*, § 3.

illegittimità prospettabile circa il contenuto dei d.P.C.M. adottati sarebbe stata evitata per il mero fatto di procedere attraverso lo strumento delle ordinanze contingibili e urgenti e ciò per l'assorbente ragione che, da un lato, anche le ordinanze avrebbero potuto, potrebbero e potranno in futuro risultare in concreto non conformi al complesso dei limiti normativi e giurisprudenziali previsti all'interno del sistema di protezione civile, dall'altro, che alcuni limiti previsti per arginare le ordinanze di protezione civile non valgono per i d.P.C.M. di nuova generazione, come nel caso, soprattutto, delle riserve di legge, che nel caso dei d.P.C.M. sono soddisfatte dai decreti-legge che li prevedono (sempre a patto che si mantengano nei limiti – anche sostanziali – del potere attribuito).

Diversamente, si vuole dire che le ordinanze contingibili e urgenti del Governo rappresentano, per le ragioni strutturali prima evidenziate[40], ovvero per il regime giuridico che le caratterizza per effetto del più che secolare travaglio che l'ordinamento ha sofferto per coniugarle prima, in epoca statutaria, con il principio di legalità e poi, in età repubblicana, con il quadro costituzionale, lo strumento più idoneo alla gestione delle emergenze che non possono essere fronteggiate attraverso il diritto legislativo ordinariamente vigente. Infatti, sia le questioni sul rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, sia quelle sulle deroghe alle norme primarie, anche attributive di competenze agli enti territoriali, trovano nel regime giuridico delle ordinanze di protezione civile un preciso quadro di presupposti e limiti del potere *extra ordinem*, che rende l'atipicità e la contingibilità del fenomeno coerente con l'assetto costituzionale. Questo perché tale complesso di presupposti e limiti legittima il potere come espressione della pretesa regolativa che le norme della Costituzione – tutte, quelle sui diritti, ma anche quelle sui poteri o "organizzative"[41] – continuano a esprimere anche nel contesto emergenziale, per quanto la loro portata precettiva risulti in concreto (ri)dimensionata. È, infatti, nell'adeguatezza delle misure nello spazio e nel tempo, nella ragionevolezza della motivazione che sostiene la deroga al diritto legislativo e nella proporzionalità della limitazione dei diritti fondamentali e della compressione delle autonomie territoriali che riposa la pretesa conformativa che la Costituzione esprime negli stati di eccezione e che rende quelle limitazioni e compressioni, disposte attraverso le ordinanze *extra ordinem*, tollerabili dal punto di vista del diritto costituzionale. Quest'ultimo, dunque, lungi dall'abdicare alla propria connaturata funzione di limite al potere (come sostiene di recente Agamben con un ingeneroso atto

[40] Vedi *supra*, § 2.

[41] Distinzione che qui si utilizza per mera comodità espositiva, convinti, all'opposto, che essa non possa avere alcuna validità prescrittiva: cfr., per tutti, E. CHELI, *Nata per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, il Mulino, Bologna, 2012.

d'accusa che si ritiene di restituire al mittente[42]), riafferma anzi la propria validità normativa e legittima direttamente quelle misure che non possono trovare nella legge il loro fondamento sostanziale perché la contingibilità e l'urgenza ne spuntano ogni tentativo di tipizzazione da parte del legislatore.

Tutto questo non può, invece, dirsi per i d.P.C.M. previsti dalla decretazione d'urgenza che abbiamo ricostruito. Si tratta, infatti, di provvedimenti che nascono per l'attuazione del diritto primario, che a questo scopo istituisce e limita il potere dell'autorità indicata come competente per la loro adozione, ovvero di misure che soggiacciono integralmente al principio di tipicità e quello di legalità in senso anche sostanziale e che non dispongono di alcuna propria forza nel derogare la legge, limitare i diritti e comprimere le competenze delle autonomie territoriali. Ed è, dunque, tale inadeguatezza strutturale nel fronteggiare la contingibilità a costituire la causa principale delle non secondarie criticità che è parso di poter rilevare nel rapporto con i decreti-legge che li hanno previsti. Sia la difficoltà di mantenere l'esercizio del potere nei limiti di spazio e di tempo previsti in sede di decretazione d'urgenza, sia la debordante forza compressiva, da un lato, dei diritti e delle libertà fondamentali, dall'altro, delle competenze delle autonomie territoriali rappresentano, infatti, la manifestazione tangibile dell'inevitabile affanno in cui cade la logica della tipicità dinnanzi al baratro della contingibilità e dell'urgenza.

Ma il ragionamento può essere, forse, portato ad ulteriori conseguenze, che possono apparire più interessanti nella prospettiva del diritto costituzionale. In particolare, è utile chiedersi – nonostante la domanda possa risultare retorica – se, pur essendo tutti i d.P.C.M. adeguatamente fondati sui decreti-legge che li prevedono, la conformità a Costituzione di un sistema di gestione dell'emergenza quale quello sperimentato in questi mesi possa, comunque, risultare minata da altri fattori. Che l'ovvia risposta positiva, derivante dal rilievo che a causare l'invalidità derivata dei decreti presidenziali potrebbe essere l'incostituzionalità "a monte" dei decreti-legge, non riguardi un'ipotesi trascurabile e peregrina, è dimostrato proprio dalla vicenda dell'emergenza da Covid-19. Le fattispecie potrebbero, infatti, essere diverse, soprattutto in relazione al bilanciamento tra diritti antagonisti (ad esempio, quello tra diritto alla salute e iniziativa economica privata) o tra diritti che normalmente sono concorrenti, ma che, nel contesto emergenziale, si pongono in contrasto tra loro (come, ad esempio, il diritto alla salute e il diritto all'istruzione o il diritto al lavoro) o, ancora, tra posizioni giuridiche soggettive tutelate all'interno dello stesso diritto costituzionalmente garantito: è sotto gli occhi di tutti, ad esempio, come,

[42] Cfr. gli articoli apparsi all'interno della rubrica *Una voce* sul sito della casa editrice *Quodlibet* al link https://www.quodlibet.it/una-voce-giorgio-agamben. Sul punto si veda L. BUFFONI, *L'ufficio del giurista: la forza/valore di legge e lo stato di eccezione*, pubblicato in questo numero della *Rivista*.

soprattutto in alcune Regioni, la riorganizzazione sanitaria imposta dall'emergenza sanitaria abbia privato di effettività il diritto alle prestazioni sanitarie dei soggetti non colpiti dal virus ma da altre "ordinarie", anche gravissime, patologie: emblematici i casi angoscianti dei portatori di *handicap* e degli affetti da malattie genetiche o degenerative.

Ma non è necessario inoltrarsi nella discussione sulla possibile incostituzionalità derivante di bilanciamenti (per loro natura complessi e controvertibili) effettuati dai decreti-legge sul Covid-19 per avere contezza della possibile dimensione odierna del fenomeno. Si pensi, ad esempio, alla nota previsione dell'art. 1, co. 2, lett. a, d.l. n. 19/2020 che autorizza i d.P.C.M. a prevedere «limitazioni alla possibilità di allontanarsi dal proprio domicilio, residenza o abitazione», che è apparsa ad una parte della dottrina in contrasto con l'art. 13 Cost.[43], sia sotto il profilo della riserva assoluta di legge che della riserva di giurisdizione o, comunque, della necessità di un atto limitativo individuale e non collettivo[44].

La circostanza da ultimo evidenziata, ossia che anche nel caso di d.P.C.M. tutti conformi alla norma attributiva del potere introdotta con la decretazione d'urgenza, la non conformità al quadro costituzionale possa derivare dal contenuto dei singoli decreti-legge induce una conclusione di carattere più generale sul modello di gestione dell'emergenza dal punto delle fonti utilizzate (d.l./d.P.C.M.). In particolare, spinge a *mettre en cause* la scelta di derogare il sistema di gestione dell'emergenza basato sul potere *extra ordinem* del Governo in materia di protezione civile (ma anche su quello del Ministro della Salute di cui all'art. 32 cit. per la parte più propriamente sanitaria), preferendo la logica del "provvedere" in relazione alla singola emergenza – incarnata, appunto, dalla scelta di ricorrere alla decretazione d'urgenza – rispetto a quella del "prevedere" in astratto, imperniata, all'opposto, sul rispetto del sistema disegnato dal legislatore a partire dal 1992 per la gestione della generalità delle emergenze. Si è già detto delle ragioni di adeguatezza al fatto e di ricorso alla fonte primaria che possono far apparire addirittura preferibile il modello basato sul binomio d.l./d.P.C.M. Adesso è il caso di soffermarsi sulle "controindicazioni costituzionali" di questo sistema alternativo e parallelo.

In particolare, ciò che si vorrebbe sottolineare è che, nel caso delle gestioni emergenziali fondate sul sistema di protezione civile, l'articolato reticolo di

[43] Cfr. A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta OnLine,* 1/2020, 207; G. LATTANZI, *La pandemia aggredisce anche il diritto?*, Intervista a cura di F. DE STEFANO, in *Giustizia insieme*, 2 aprile 2020, e A. NATALE, *Il decreto legge n. 19 del 2020: le previsioni sanzionatorie*, in *Questione Giustizia*, 28 marzo 2020.

[44] G.L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Consulta OnLine*, 1/2020, 193 ss.

contenuti e limiti del potere *extra ordinem* è già definito a priori in un quadro che, come abbiamo evidenziato, ha progressivamente "normalizzato" il potere rendendolo compatibile con la Costituzione repubblicana dal punto di vista procedurale e sostanziale, per cui a residuare è "solo" il rischio dell'illegittimità "a valle" delle singole ordinanze di protezione civile, che trova peraltro un compiuto assetto di limiti giurisprudenziali. Nel caso della gestione emergenziale fondata sul singolo o sui singoli decreti-legge e sulle loro misure attuative adottate con d.P.C.M., invece, le svariate pretese regolative che la Costituzione avanza in tema di diritti, di principi e di competenze degli enti territoriali risultano prive di tutela "a monte" e restano affidate alla legittimità della singola gestione, in un quadro del tutto inedito in cui non valgono tutte le coordinate giurisprudenziali sulle ordinanze di protezione civile; e ciò per l'evidente ragione che queste ultime sono misure *extra ordinem* in quanto, allo stesso tempo, derogatorie e atipiche, mentre i d.P.C.M. in questione sono, come detto, provvedimenti meramente attuativi e dal contenuto tipizzato.

Non solo. Per alcuni aspetti, anzi, la logica del "provvedere" in relazione alla singola emergenza rischia di apparire paradossalmente contraria alle ragioni di efficacia e di efficienza che devono presiedere alla gestione di qualsivoglia emergenza, soprattutto di quelle che, come la pandemia in atto, attentano su larga scala non solo alla vita della popolazione, ma anche alla sopravvivenza del sistema economico e sociale del Paese. Infatti, il modello d.l./d.P.C.M. funziona sulla capacità dei primi di tipizzare le misure adottabili con i secondi, ma tale capacità si scontra inevitabilmente, e altrettanto inesorabilmente soccombe rispetto ad essa, con la contingibilità e urgenza della fattispecie emergenziale, che non permette di definire univocamente ed *ex ante* le misure necessarie, anche perché queste possono cambiare con l'evoluzione dell'emergenza in corso. E proprio la vicenda normativa del Covid-19 ha dato di ciò un'ennesima – e, a parere di chi scrive, non necessaria – conferma, perché, come si è cercato di rimarcare nella ricostruzione della prassi[45], la decretazione d'urgenza, che doveva essere fonte istitutiva e limitativa del potere, si è invece trasformata in uno strumento di "sanatoria" e tipizzazione *ex post* delle misure che erano state nel frattempo già adottate con i d.P.C.M., evidentemente andati ben al di là della mera attuazione dei decreti-legge stessi.

Peraltro, anche ove la decretazione d'urgenza, all'interno dello schema d.l./d.P.C.M., restasse, pur con tutte le difficoltà evidenziate, sul piano della previsione generale e astratta delle misure e dell'istituzione e limitazione del potere *pro futuro*, l'uso della fonte quale atto legittimante e tipizzante i successivi provvedimenti attuativi, innescherebbe una tendenza a diluire quella funzione provvedimentale del decreto-legge che lo rende, invece, proprio lo

[45] Vedi *supra*, § 3.

strumento idoneo a intervenire su tutti quegli aspetti collaterali (ma non per questo meno importanti) alla stretta gestione dell'emergenza che vanno dallo stanziamento di risorse aggiuntive alla previsione di misure economiche, dal contenimento degli effetti sociali ed economici della crisi alla disciplina del rientro nell'ordinarietà. Ma, a ben vedere, v'è forse di più.

Se, infatti, per converso, il decreto-legge mantenesse salda la propria natura provvedimentale, ciò determinerebbe la sostanziale inutilità dei successivi provvedimenti attuativi, ai quali resterebbe ben poco da attuare, al massimo l'applicazione individuale delle misure (si pensi, ad esempio, alle requisizioni). In estrema sintesi, allora, utilizzare il decreto-legge come fonte istitutiva e limitativa del potere di adottare i successivi d.P.C.M., non solo evidenzia i limiti di ogni tipizzazione e lo allontana dalla logica del provvedere, ma in quella logica introduce un evidente vizio di coerenza interna. Infatti, delle due l'una: o il decreto-legge ha contenuto generale e astratto e, allora, viene messa sotto stress la sua propria dimensione provvedimentale; oppure il decreto-legge reca direttamente le singole misure e, allora, i successivi d.P.C.M. rischiano di perdere la propria ragion d'essere, come sembra essere accaduto nei ricordati casi in cui essi si sono limitati a riprodurre l'elenco di interventi già previsti in sede di decretazione d'urgenza.

Alla luce di quanto fin qui evidenziato, pare a chi scrive di poter dire che l'aver voluto valorizzare al massimo la straordinarietà del caso e la necessità di procedere alla gestione dell'emergenza attraverso un sistema delle fonti specificamente "inventato" per essa abbia prodotto una "mela avvelenata", che è consistita, da un lato, nel porre sotto un'insostenibile tensione il principio di legalità in senso formale e sostanziale, dall'altro, nell'infilarsi nel vicolo cieco cui conduce il sottostimare le caratteristiche strutturali della contingibilità e dell'urgenza.

Per tali ragioni, si ritiene che davvero poco giovi alla ricostruzione giuridica del fenomeno il mantra, diffuso non solo nel mondo politico e sanitario, per cui "questa sarebbe la prima volta" e "non sarebbe mai successo prima". Ogni nuova catastrofe, o ogni catastrofe con effetti particolarmente pronunciati, infatti, può rappresentare la "prima volta", ma ciò non toglie nulla al dato storicamente consolidato che il tasso di tipizzabilità delle misure – come fattore cui affidare l'attenuazione dei contrasti con il principio di legalità in senso formale e sostanziale (perché a ogni misura corrispondono dei limiti anche sostanziali del potere) – non aumenta perché si appalesa una nuova morfologia o sintomatologia dell'emergenza, perché esso è, come si è evidenziato, un dato in larga parte estrinseco al contesto fattuale e strutturalmente problematico rispetto a tutti i casi contingibili e urgenti. E ciò è tanto vero che, storicamente, l'ordinamento ha reagito a questo stato di cose attraverso un percorso che ha progressivamente "normalizzato" la gestione delle emergenze in deroga alla legge

compensando l'anelasticità del tasso di tipizzabilità delle misure con la procedimentalizzazione del potere e con la ricostruzione giurisprudenziale, quindi *ex post* e in concreto, di un articolato quadro di limiti volto a garantire la complessiva adeguatezza e proporzionalità degli interventi derogatori: percorso che, non a caso, come detto, ha portato alla strutturazione del sistema nazionale di protezione civile.

6. La "fuga" dal sistema delle fonti di protezione civile: la necessità come fonte del diritto è davvero la soluzione?

Ci si può adesso chiedere, per provare a chiudere il cerchio aperto con le considerazioni introduttive del presente lavoro, se il ritorno alle teoriche della necessità, *de iure condito*, e le spinte verso l'introduzione di una disciplina costituzionale dell'emergenza, *de iure condendo*, rappresentino la soluzione preferibile alle evidenziate problematiche emerse nella gestione dell'emergenza sanitaria. Il che equivale a chiedersi, innanzitutto, se, a diritto costituzionale invariato, la decisione di derogare il sistema delle fonti di protezione civile possa trovare adeguato fondamento nella qualificazione della necessità come fonte del diritto in grado di giustificare le misure adottate per fronteggiare la pandemia.

Potrà appena apparire il caso, in questa sede, di ricordare che il tentativo di sopperire alla crisi del principio di legalità attraverso il richiamo fondativo alla necessità come fonte del diritto è stato esperito in seno a contesti storici e teorici tra loro molto diversi. Si ritiene, però, che ad essi giovi sinteticamente accennare – naturalmente, senza alcuna pretesa di esaustività – perché da tale contestualizzazione si ricavano importanti indicazioni sulla effettiva praticabilità delle relative soluzioni nel quadro degli ordinamenti pluralisti contemporanei. Il timore, infatti, è che, negli ultimi tempi, il riecheggiare della necessità sia tornato a farsi sentire più come reazione istintiva per colmare l'*horror vacui* che come scelta argomentativa razionale di riproposizione di un determinato orizzonte concettuale. Per questo motivo, chi scrive sente l'esigenza di rammentare a stesso di quali contesti storico-teorici e di quali orizzonti concettuali si parla quando si discorre della necessità come fonte.

Come noto, la più risalente e compiuta elaborazione dell'idea della necessità come fonte di produzione del diritto si deve a Santi Romano[46]. Ciò che in questa sede preme mettere in evidenza, ai limitati fini che qui si coltivano, è che, come si è appena accennato, la qualificazione della necessità come fonte del diritto può in gran parte essere considerata il portato dell'opzione di fondo della teoria istituzionistica. A tale conclusione si perviene se si pone mente alla

[46] S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909 ed ora in ID., *Scritti minori*, I, Giuffrè, Milano, 1950, 287 ss.

circostanza che la costruzione romaniana considera la relazione esistente tra ordinamento giuridico ed organizzazione sociale tanto insolubile da ritenere ogni accadimento necessario che si afferma nella realtà capace di assumere il crisma della giuridicità. Se si muove da queste premesse, infatti, è pressoché necessitato concludere che la necessità politica e sociale che si produce nelle relazioni sottostanti l'ordinamento, come quella che si concretizza negli stati di emergenza, è di per sé suscettibile di legittimare poteri sospensivi dell'ordine legislativo anche in difetto di una espressa previsione normativa. In questo senso, il concetto di necessità in Santi Romano si connota conseguentemente in termini di essenzialità, per il suo carattere di fonte originaria e suprema di tutto il diritto oggettivo[47].

Profondamente diverso – come altrettanto noto – è il contesto teorico in cui la dottrina della necessità come fonte di produzione viene sviluppata nel pensiero di Costantino Mortati. Come in Santi Romano, alla teorizzazione della forza iusgenerativa della necessità si arriva sempre per cercare di garantire, anche nell'emergenza giuridica, la coerenza della ricostruzione di base su cui si fonda la legittimazione dell'ordinamento e, inevitabilmente, al mutare di essa cambia anche la giustificazione che regge l'attribuzione alla necessità della qualità di fonte di produzione[48]. In particolare, nel pensiero mortatiano la capacità nomopoietica della necessità si presenta come il corollario posto a presidio della «Costituzione in senso materiale»: corollario necessario al fine di assicurare che il mantenimento della decisione politica fondamentale non venga frustrato dal legalistico rispetto dell'ordine costituito, in relazione al quale ogni deroga o sospensione rappresenta il mezzo per attuare nell'ordinamento i fini ordinari che di esso costituiscono il fondamento (*rectius*, la Costituzione) quando questi non possono essere perseguiti con gli strumenti della legge. Osservata da quest'angolo visuale, quindi, l'ordinarietà dei fini che si perseguono attraverso le norme contingibili ed urgenti rappresenta l'ideale *pendant* dell'altro pilastro della costruzione complessiva, ossia, come nel pensiero di Carl Schmitt[49], l'estraneità del potere d'eccezione alle previsioni ordinariamente vigenti. Come quella romaniana all'istituzionismo, la prospettiva mortatiana è, dunque,

[47] P.G. GRASSO, *Il potere costituente*, Giappichelli, Torino, 2006, 76.

[48] Non essendo possibile sviluppare compiutamente in questa sede il parallelo impostato nel testo, ci si limita ad un rinvio al mio *La «normalizzazione dell'emergenza»*, cit., 49 ss.

[49] C. SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von den Souveränität*, trad. it. P. Schiera, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla sovranità*, in ID., *Le categorie del «politico»: saggi di teoria politica*, a cura di G. MIGLIO - P. SCHIERA, Il Mulino, Bologna, 1972, 61, e ID., *Verfassungslehre*, trad. it. A. Caracciolo, *Dottrina della costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984, 24. La principale differenza tra le due teorizzazioni della costituzione materiale risiede, invece, come noto, nella circostanza che nella sua originaria formulazione schmittiana lo stato d'eccezione è assoluto, esterno all'ordinamento giuridico e generato dalla forza del nemico/straniero: cfr., per tutti, P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giuffrè, Milano, 1988, 51 ss.

da ricondurre alla scelta fondativa, ossia alla logica decisionista che si sviluppa intorno al problema dell'unità politica, a garanzia della quale vengono poste decisioni concrete, anche *contra ius*, che proprio per la loro strumentalità non necessitano di alcuna specifica ed ulteriore legittimazione. Questo perché essa riposa nell'«osservanza alle esigenze essenziali che la legge non prevede, ma tuttavia così essenziali che ne condizionano la sopravvivenza»[50].

Ancora, sempre per dare una misura della varietà di contesti teorici in cui maturano le idee sulla necessità come fonte del diritto, merita di essere ricordata la teoria della c.d. «necessità funzionalizzata» elaborata da Giovanni Miele, secondo cui la necessità, pur non essendo espressamente qualificata come fonte del diritto, rappresenta il criterio di risoluzione del conflitto che si origina tra la legislazione e l'istituzione statale quando i fini che quest'ultima deve perseguire per soddisfare i bisogni della collettività non possono essere raggiunti mediante gli strumenti ordinari previsti dalla legge[51]. La violazione dell'ordine legislativo, attraverso il ricorso a mezzi non preveduti dal legislatore, dunque, è considerata in questa diversa prospettiva un male necessario, cui lo stato non si può sottrarre, pena la compromissione della sua stessa ragion d'essere.

Tra le teoriche della necessità non possono, poi, non essere per lo meno rammentate le ricostruzioni prospettate da quella dottrina che, in tempi più recenti, hanno battuto la via di qualificare la necessità non come autonomo fattore di produzione del diritto, ma di considerare piuttosto la norma attributiva del potere d'ordinanza come fonte *sulla* produzione giuridica. Tale impostazione, come noto, è dovuta essenzialmente alla riflessione di Giuseppe Ugo Rescigno[52] e prende le mosse dalla negazione di ogni differenza intrinseca tra le ordinanze contingibili ed urgenti ed i provvedimenti amministrativi. Dalla constatazione che non è possibile distinguere le ordinanze dai provvedimenti in funzione delle caratteristiche intrinseche degli atti viene, infatti, ricavata la conseguenza che l'«irriducibile ed essenziale differenza tra le ordinanze ed ogni altro provvedimento amministrativo», alla quale è difficile negare qualsivoglia dimensione prescrittiva, risiede in realtà nelle norme che li disciplinano e, segnatamente, nelle norme che attribuiscono il relativo potere. E ciò per la fondamentale ragione che le norme attributive del potere di ordinanza presentano due caratteristiche che valgono a contraddistinguerle da tutte le altre norme attributive di poteri amministrativi: la prima è che esse autorizzano la pubblica amministrazione a provvedere rispetto a fattispecie non previste dal legislatore; la seconda è che le medesime abilitano l'autorità a derogare ad un numero indeterminato di norme[53].

[50] C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Cedam, Padova, 1976, 715.
[51] G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 377 ss. e 425 ss.
[52] G.U. RESCIGNO, voce *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, cit., 1965, 93.
[53] *Ivi*, 93.

Non è, certo, questa la sede per discutere compiutamente delle teoriche della necessità, ma si spera che una pur sintetica abbozzatura, come quella proposta, possa risultare non inutile, come si accennava, non solo per contestualizzare il senso degli appelli odierni alla necessità, ma anche per comprendere la portata e l'attualità delle diverse critiche cui tali dottrine sono andate storicamente incontro.

In particolare, come noto, le teorie della necessità si sono progressivamente sgretolate sotto i colpi inferti da coloro che hanno rilevato come essa, per un verso, legittimi aprioristicamente qualsivoglia potestà normativa del Governo per quanto essa sia estranea all'ordinamento costituzionale[54], per l'altro, si regga sul postulato della funzione conservativa del potere sospensivo illegale e ciò in evidente ed irresolubile contrasto con la constatazione storica che lo stato d'eccezione può preludere anche ad una crisi costituzionale ed all'affermazione di un nuovo ordine *in fieri*[55]. Quest'ultima osservazione, in particolare, spezza il binomio creato dalla dottrina tra ordinarietà dei fini ed eccezionalità dei mezzi e, svelando l'apoditticità che si cela dietro l'affermazione della dimensione conservativa del potere sospensivo illegale, pone in insuperabile crisi l'idea di fondo che la teorizzazione della forza iusgenerativa della necessità possa garantire la coerenza della ricostruzione attraverso cui si fonda la legittimazione dell'ordinamento, sia essa rinvenuta secondo la prospettiva dell'istituzionismo nel legame con la realtà sociale o secondo la dottrina della «Costituzione in senso materiale» nella decisione politica fondamentale. Ammesso naturalmente – ed è questo uno dei punti fondamentali che non dovrebbe essere eluso da chi si appella alla necessità – che quelle scelte fondative siano praticabili anche oggi, nel quadro di un ordinamento costituzionale pluralista.

Ancora, è stato evidenziato che ricostruire il fondamento di validità di un determinato potere dovrebbe valere anche a chiarirne i limiti, perché tutte le singole manifestazioni di quel potere che non trovano radici nel fondamento individuato devono poter essere considerate invalide. Se, però, si tenta di applicare questo fondamentale criterio di falsificazione al caso dei provvedimenti contingibili ed urgenti ci si avvede che le difficoltà che le dottrine della necessità incontrano a chiarire la dimensione ordinamentale del potere *extra ordinem* difficilmente si superano perché, come osservava già Massimo Severo Giannini, venuta meno la situazione concreta che giustifica la sospensione dell'ordine legale, le ordinanze contingibili ed urgenti possono nel frattempo anche aver causato effetti irreversibili, travolgendo così la distinzione tra sospensione e deroga[56]. Del resto, anche coloro che vogliono salvare la

[54] P. PINNA, voce *Crisi costituzionali*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Utet, Torino, 1989, 479 ss.

[55] P. CARETTI, *Forme di governo e diritti di libertà*, in E. CHELI (a cura di), *La fondazione della Repubblica: dalla Costituzione provvisoria alla Assemblea costituente*, Il Mulino, Bologna, 1979, 31 ss.

[56] M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Giuffrè, Milano, 1970, 577 ss.

prescrittività della distinzione tra sospensione e deroga[57] non possono che constatare che la teoria della necessità eccezionale acquista effetti incompatibili con la supremazia del diritto ordinario via via che aumentano, proprio come abbiamo visto accadere di recente, la frequenza dei fatti sociali e politici da fronteggiare con misure *extra ordinem*, da un lato, e la rilevanza ordinamentale delle deroghe e delle compressioni alle libertà fondamentali, dall'altro.

Ma, soprattutto, ciò che delle critiche alle dottrine della necessità merita di essere ricordato ai nostri limitati fini è la sottolineatura che il fatto sociale e politico generativo di diritto può anche vivere fuori e prima dell'ordinamento, giustificandolo in tal senso "dall'esterno"[58]. Per tale ragione è stato acutamente osservato che la necessità in senso oggettivo e sociale può essere concepita in un quadro teorico di tipo giuspositivista se si considerano in grado di positivizzare l'emergenza esclusivamente i fatti sociali e/o politici che accadono dopo e dentro l'ordinamento, finendo però così nel risolversi in un parametro di effettività del medesimo[59].

Insomma, non sono poche le ragioni che inducono a dubitare che il quadro storico-teorico-concettuale delle dottrine della necessità possa attagliarsi, pur con le sue varie sfumature, alla realtà del nostro ordinamento costituzionale pluralista. Anche a tacere dei rilievi sopra formulati, infatti, il richiamo alla necessità sconta inevitabilmente l'annichilimento del ruolo e della forza precettiva della Costituzione, sotto più punti di vista: a) come fondamento giuridico del potere sospensivo illegale (che è, quindi, diverso da quello romaniano e da quello mortatiano); b) come regola da applicare, in deroga alla legge, al concreto caso emergenziale per risolvere l'antinomia con il diritto legislativo ordinario (alla Miele); c) come fonte autorizzativa del potere di provvedere *contra legem* nei casi non tipizzati (alla Rescigno). Detto altrimenti e in estrema sintesi, ciò che rende incompatibile le teoriche della necessità con il contesto costituzionale pluralista è, cioè, non solo che le esigenze colte dalle varie sfumature di quella dottrina sono tutte sussunte al livello della Costituzione come norma giuridica, ma anche che non potrebbe essere altrimenti, a meno di non negare che essa esprima la propria portata precettiva anche nei contesti emergenziali e di affermare che, di conseguenza, quello dello stato di emergenza è il regno della anomia costituzionale.

[57] Cfr., per tutti, V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1986, 165, nota 79, secondo cui la dicotomia sospensione/deroga non può essere cancellata dall'eventuale irreversibilità degli effetti delle misure *extra ordinem* perché resta comunque ferma la provvisorietà dell'efficacia giuridica formale dell'atto di sospensione, il quale non ha la capacità, per questo motivo, di sopprimere gli atti ordinari precedenti.

[58] R. QUADRI, *Problemi di teoria generale del diritto*, Liguori, Napoli, 1959, 35 ss.; ID., *Natura del diritto e altri problemi*, Liguori, Napoli, 1965, 321 ss.

[59] G. BALLADORE PALLIERI, *Dottrina dello Stato*, Cedam, Padova, 1964, 255 ss.

Il che rappresenta, per l'appunto, e non a caso, il precipitato di quel percorso di normalizzazione dell'emergenza di cui si è detto[60] e la cui grande rilevanza storica, oltre che teorica e di diritto positivo, viene inevitabilmente disconosciuta se si torna a cercare nelle varie pieghe della necessità come fonte del diritto il fondamento delle misure emergenziali che il Governo ha inteso adottare discostandosi dal sistema delle fonti di protezione civile, che di quella normalizzazione rappresenta la dimensione operativa.

7. La derogabilità del sistema delle fonti di protezione civile: ha senso costituzionalizzare l'emergenza?

A ben vedere, il ridimensionamento delle pretese regolative che la Costituzione repubblicana già esprime in relazione agli stati di emergenza rappresenta il filo rosso che unisce i riferimenti, *de iure condito*, alla necessità come base ultima delle misure adottate agli appelli, *de iure condendo*, all'introduzione di una specifica disciplina costituzionale delle situazioni emergenziali.

A tale conclusione si perviene se si effettua un passo indietro e si riprende quanto detto a proposito del rilievo che non sono poche le ragioni che rendono inopportuna, dal punto di vista del diritto costituzionale, la deroga complessiva al sistema delle fonti dell'emergenza in materia di protezione civile[61]. Al riguardo è adesso il caso di evidenziare che, a parere di chi scrive, si tratta di una di quelle inopportunità che mettono a dura prova la distinzione tra legittimità e merito, perché le evidenziate torsioni che essa imprime alle fonti interessate rischiano di collocare il loro utilizzo al di fuori di quanto si può ritenere in armonia con la Costituzione repubblicana, intesa – come si è proposto di fare – come insieme di pretese normative che la medesima, in tutte le sue parti (e non solo in quelle laconiche sulle fonti), già esprime nei confronti delle gestioni emergenziali.

In particolare, ciò che si vuole rimarcare è che a spingere nella direzione che porta a ritenere che il modello di protezione civile non solo non dovrebbe, ma nemmeno potrebbe, essere derogato, "di fatto", dal Governo è ancora una volta una considerazione interna al funzionamento del sistema delle fonti. Per distinguere i casi in cui seguire un sistema piuttosto che l'altro dovrebbe, infatti, esistere una norma sulla produzione giuridica che discrimini le emergenze (*i.e.* le fattispecie) da trattare secondo la disciplina del potere *extra ordinem* in materia di protezione civile e quelle da gestire con la decretazione d'urgenza e i d.P.C.M. attuativi. Tale norma, per ripartire la competenza tra fonti primarie, ovvero il Codice della Protezione Civile, da un lato, e il decreto-legge, dall'altro, dovrebbe con ogni evidenza avere rango superiore e, quindi, costituzionale.

[60] V. *supra*, § 2.
[61] V. *supra*, § 3.

Sarebbe, cioè, necessaria una norma costituzionale che individui una fattispecie e vi riconnetta un apposito regime giuridico, abilitando alla sua gestione fonti e atti che, a quel punto, potrebbero ben essere diversi da quelli previsti dal sistema di protezione civile. La semplice constatazione che tale norma non esiste dovrebbe, però, rendere ragione del perché si ritiene che il modello di gestione basato sulle fonti dell'emergenza di protezione civile non possa essere derogato da parte del Governo attraverso un mero abbandono di esso nella prassi.

Appare evidente, dunque, come il tema della derogabilità del sistema delle fonti di protezione civile sia tutt'uno con quello della costituzionalizzazione dell'emergenza. Per opinare diversamente, e sostenere che vi siano spazi per discostarsi da esso anche a Costituzione vigente, infatti, dovrebbe argomentarsi che il Codice di protezione civile è fonte di rango primario e che questo possa, conseguentemente, essere derogato dalla successiva decretazione d'urgenza, che ha la medesima forza di legge. Al riguardo si impongono, però, due osservazioni, che chi scrive ritiene ostative.

La prima, dirimente, è che ammettere la derogabilità del sistema di fonti recato dal Codice significa negare in radice la logica stressa della strutturazione di un modello normativo di gestione dell'emergenza, perché non ha senso istituire e limitare in via general-astratta un potere e indicare in quali fattispecie esso può essere attivato, se poi le norme attraverso cui si compie questa operazione sono considerate liberamente derogabili, per via fattuale e senza alcuna motivazione, attraverso prassi parallele rimesse alla discrezionalità, se non all'arbitrio, del Governo. Per delineare la posizione del Codice rispetto alle fonti dell'emergenza si può, infatti, ricorrere alla categoria della gerarchia logica[62], tipica di tutte le norme sulla produzione giuridica e che, come noto, viene diffusamente invocata dalla dottrina – e, nella sostanza, utilizzata dalla giurisprudenza costituzionale – per contrastare l'illegittimità delle prassi elusive della legge 400/1988, come, ad esempio, quelle della disomogeneità degli emendamenti introdotti in sede di conversione[63] (su cui è, come noto, intervenuta Corte cost., sent. 22/2012, in una questione avente ad oggetto proprio la

[62] R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (fondato da), P. SCHLESINGER (continuato da) *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 2011, 165 ss.

[63] Cfr. *ex multis*, N. LUPO, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in ID., E. GIANFRANCESCO (a cura di), *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, Luiss University Press, Roma, 2007, 41 ss.

l. n. 225/1992), delle deleghe atipiche[64], della c.d. "fuga dal regolamento"[65] e degli stessi d.P.C.M.[66].

La seconda osservazione è che, in ogni caso, la deroga al potere d'ordinanza in materia di protezione civile dovrebbe ritenersi preclusa quando il Governo stesso ha inteso, come nel caso della vicenda in esame, integrare il presupposto giuridico della sua attivazione, ovvero la deliberazione dello stato di emergenza. Indipendentemente dalla disputa circa la correttezza della tesi che considera tale deliberazione un atto politico, e quindi insindacabile[67], non pare si possa dubitare del fatto che essa deve primariamente avere ad oggetto proprio la qualificazione giuridica della situazione contingibile e urgente come insuscettibile di essere fronteggiata con i mezzi legislativi ordinari e, conseguentemente, come «evento» che, per natura ed entità (nello spazio e nel tempo), deve essere trattato ai sensi degli artt. 24 e ss. del Codice. Da ciò discende che, una volta deliberato lo stato di emergenza, per ricorrere a strumenti normativi diversi, si imporrebbe la revoca dello stesso o, per lo meno, la specifica motivazione, nei preamboli dei decreti-legge che pretendono di inaugurare una prassi alternativa per la medesima emergenza, delle ragioni giuridiche e fattuali della deroga apportata alla gestione codicistica.

Dovrebbe, quindi, risultare chiaro che, per poter immaginare di rendere compatibile con l'esistenza di un ordinario sistema di protezione civile – cui non pare seriamente sostenibile che si possa rinunciare – un alternativo canale di gestione delle emergenze, sarebbe necessario introdurre una specifica previsione costituzionale. Questa considerazione interseca, come si è già messo in luce, il tema della – da più parti invocata [68] – costituzionalizzazione

[64] Cfr. *ex multis*, G. TARLI BARBIERI, *La disciplina del ruolo normativo del Governo nella legge n. 400 del 1988, ventinove anni dopo*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018, 1 ss.

[65] Cfr. *ex multis*, V. MARCENO, *Quando il formalismo giuridico tradisce se stesso: i decreti di natura non Regolamentare, un caso di scarto tra fatto e modello normativo nel sistema delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2011, 1 ss.; A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo "di natura non regolamentare" che producono effetti normativi*, in *Giur. cost.*, 2008, 5075 ss.

[66] Cfr. *ex multis*, V. DI PORTO, *La carica dei DPCM*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2016, 1 ss.; D. PICCIONE, *Il Comitato per la legislazione e la cangiante natura dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *Federalismi. Focus fonti*, n. 3/2018, 2 ss.

[67] Così G. RAZZANO, *Le ordinanze di necessità e di urgenza nell'attuale ordinamento costituzionale*, in *Rivista AIC*, 9 ottobre 2008, 11, citata da M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza*, 117 ss., che sostiene la tesi contraria alla luce della giurisprudenza amministrativa.

[68] Tra i molti, cfr. G. DE MINICO, *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, Napoli, Jovene, 2016, 277 ss. Di recente, pur con differenti impostazioni, cfr, A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, cit., 206; S. PRISCO, F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus, Un dialogo, in Federalismi, Osservatorio Emergenza Covid-19*, 24 marzo 2020, 5-6; A. VERNATA, *Decretazione d'urgenza e perimetro costituzionale nello Stato di "emergenza epidemiologica"*, in *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto. Instant Forum*, 13 marzo 2020, 5-6; L. DELL'ATTI. G. NAGLIERI, *Le fonti della crisi. Fra esigenze unitarie e garanzie costituzionali nel governo dell'emergenza da Covid-19*, *ivi*, 18 marzo 2020, 6-7.

dell'emergenza attraverso l'introduzione di una *emergency clause* come quella presente nella Costituzione di altri ordinamenti (ad esempio, Stati Uniti, Germania, Francia, Spagna).

Al riguardo si deve innanzitutto rilevare che la mancata previsione dello stato di emergenza da parte dei Costituenti, se storicamente si spiega con il timore – instillato dall'infausta vicenda che le norme sullo stato d'eccezione avevano avuto nella Repubblica di Weimar – che la costituzionalizzazione del potere finisse per legittimare i suoi abusi liberticidi[69], assume oggi un significato del tutto nuovo alla luce della ricordata evoluzione che l'ordinamento ha realizzato grazie all'incessante e ultrasettantennale lavorio della giurisprudenza costituzionale e amministrativa e, soprattutto, all'intervento del legislatore, che ha istituito e limitato il potere contingibile e urgente del Governo. Oggi, infatti, quello che nel 1948 poteva apparire un silenzio assordante è stato colmato dalla "voce" dei giudici e del legislatore, che, come ricordato[70], hanno inalveato il fenomeno del potere *extra ordinem* nel solco della Costituzione repubblicana, superando lo scoglio su cui presumibilmente si infrangerebbe ogni tentativo di distinguere, attraverso una norma costituzionale (la cui rilevata assenza dovrebbe, di qui a pochissimo, apparire non casuale), quali eventi trattare secondo la gestione emergenziale in materia di protezione civile e quali attraverso un diverso sistema di fonti.

Tale scoglio è rappresentato da quel carattere imprevedibile delle fattispecie contingibili e urgenti, che, anche qui non a caso, fin dai tempi dell'unità d'Italia ne ha impedito la tipizzazione tassativa e ha reso sempre problematico far diventare la sua disciplina compatibile con il principio di legalità, prima, e con la Costituzione repubblicana, poi. Ed è tale difficoltà a rendere ancora attuali le preoccupazioni dei Costituenti, perché minore è la possibilità di tipizzare lo stato di emergenza costituzionale, maggiore è il rischio che si faccia un abuso dei poteri che ad esso si ricollegano, perché la norma attributiva di tali

[69] Sarà sufficiente ricordare, per tutte, la posizione di Mortati, il quale, come noto, favorevole alla regolamentazione soggettiva e oggettiva dello stato di assedio, motivò invece la sua contrarietà alla costituzionalizzazione del decreto-legge osservando che «l'esperienza ha dimostrato come qualsiasi tentativo di regolamentazione e di disciplina dell'istituto sia stato sempre esiziale e non solamente sotto il regime fascista. Esso ingenera da parte del governo la tentazione di abusarne per la più rapida realizzazione della sua politica; dall'altra, vorrei dire, eccita la condiscendenza del parlamento il quale tende a scaricarsi dei compiti di sua spettativa» (cfr. le posizioni espresse nelle sedute del 21 settembre 1946 e del 18 settembre 1947, reperibili in CAMERA DEI DEPUTATI, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Segretariato generale, Roma, 1976, VII, 1076 ss. e IV, 2929). In estrema sintesi, la cifra unitaria che caratterizzò l'approfondito dibattito svolto alla Costituente – così come i suoi esiti di diritto positivo – è rinvenibile nel tentativo di «esorcizzare» gli stati di eccezione «assoluti», quelli, cioè, idonei a rompere qualsiasi legame tra il diritto applicato nella situazione emergenziale ed i tratti essenziali dell'ordinamento giuridico vigente. Sul punto sia consentito un rinvio al mio *La «normalizzazione» dell'emergenza*, cit., 119 ss.

[70] V. *supra*, § 2.

poteri finirebbe per essere sostanzialmente priva fattispecie. Del resto, anche laddove la riflessione sulla costituzionalizzazione dell'emergenza ha raggiunto frontiere più avanzate, come nel dibattito statunitense, essa si è risolta nel proporre alcuni accorgimenti che non incidono se non marginalmente sul sistema delle fonti, e che possono apparire di dubbia opportunità nel nostro ordinamento, come la previsione di maggioranze via via più qualificate man mano che aumenta il carattere straordinario delle misure da adottare o l'introduzione di un indennizzo per la lesione dei diritti fondamentali[71].

A fronte degli ostacoli, difficilmente aggirabili, che derivano dalla contingibilità, una nuova norma costituzionale potrebbe prevedere che lo stato di emergenza sia oggetto di una deliberazione politica del Parlamento e che esso debba avere una durata limitata e non prorogabile, se non entro precisi confini temporali[72]. Non meraviglia, dunque, che, nelle intenzioni dei suoi proponenti, la cd. *emergency clause* dovrebbe contenere, appunto, l'indicazione dell'organo competente a dichiarare l'emergenza e che a tal proposito si sostenga che tale decisione debba esser ricondotta alla volontà esclusiva del Parlamento, per la ragione che si tratterebbe della sede più idonea ad arginare il pericolo di derive liberticide[73].

A questo riguardo pare di poter osservare che, se, per un verso, la competenza parlamentare non solleva in se e per sé problemi specifici, se non quello pratico, ma non secondario – che proprio l'esperienza del Covid-19 ha messo in luce – che l'emergenza potrebbe essere tale da impedire l'ordinaria funzionalità delle Camere, per l'altro, l'enfatizzazione massima del presidio parlamentare contro gli abusi liberticidi del potere *extra ordinem* rischia di apparire per certi aspetti una sopravvalutazione storica non solo rispetto alle vicende che i nostri Costituenti ebbero dinnanzi quando decisero di non

[71] B. ACKERMAN, *The emergency Constitution*, trad. it. A. Ferrara-E. Ferrara, *La Costituzione di emergenza: come salvaguardare libertà e diritti civili di fronte al pericolo del terrorismo*, Meltemi, Roma, 2005, 79 ss.; ID., *Before the next attack: preserving civil liberties in an age of terrorism*, trad. it. A. Quarenghi, *Prima del prossimo attacco: preservare le libertà civili in un'era di terrorismo globale*, Vita e Pensiero, Milano, 2008, 116 ss.,

[72] Cfr. A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza: l'esperienza del coronavirus*, in *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto. Instant Forum*, 14 marzo 2020, 5, che suggerisce, utilmente, di mutuare a tal fine la disciplina della dichiarazione di stato di guerra ex art. 78 Cost, pur ricordando in maniera assai opportuna che «i tentativi di interpretazione estensiva di questo concetto [lo stato di guerra] non sono mai arrivati ad immaginare situazioni come quella in atto».

[73] Così G. DE MINICO, *Costituzionalizziamo l'emergenza?*, in questo numero della *Rivista*, 541 ss.

costituzionalizzare lo stato di emergenza[74], ma anche rispetto ad alcune esperienze europee contemporanee[75].

Sotto il profilo della gestione dell'emergenza, invece, la clausola dovrebbe rinviare al ruolo del Governo e, in particolare, alla decretazione d'urgenza, pur mantenendo alcuni obblighi informativi "continuativi" da parte del Presidente del Consiglio nei confronti delle Camere[76]. Anche a questo proposito tornano in mente gli ammonimenti che si ricavano dai lavori dell'Assemblea Costituente, i quali mettono in evidenza bene, ancora oggi, i limiti del decreto-legge come strumento esclusivo di gestione dell'emergenza.

In particolare, ci si riferisce all'intenso dibattito sulla costituzionalizzazione del decreto-legge, di cui, come noto, Esposito ebbe a sottolineare la difficoltà avvertita dai Costituenti, dimidiati tra l'idea che la disciplina in Costituzione dei decreti-legge potesse essere una garanzia, per evitare che col «chiudere gli occhi di fronte» ai provvedimenti necessitati ed urgenti si potesse finire per facilitarne l'uso, e «la contraddittorietà tra il dare un riconoscimento ad un istituto atto ai provvedimenti delle situazioni straordinarie, concedendo di emettere solo atti aventi valore di legge ordinaria»[77]. Furono, infatti, gli interventi dell'On. Codacci Pisanelli, nelle sedute dell'Assemblea plenaria del 16 e 17 ottobre 1947[78] ed in uno scritto coevo[79], a chiarire come il principale limite del decreto-legge come strumento di gestione delle emergenze fosse che esso

[74] Come noto, infatti, i Costituenti ben tenevano a mente che la presenza di autorevoli personalità certamente non illiberali come Giolitti, Salandra, Facta, Bonomi, Orlando, Gronchi, De Gasperi, solo per citarne alcuni, non aveva impedito al Parlamento di votare la fiducia al primo Governo Mussolini.

[75] Si, pensi, soprattutto al caso ungherese, su cui cfr., per un primo commento, S. BENVENUTI, *Sulla Legge organica ungherese n. 12 del 30 marzo 2020 «sulla protezione contro il Coronavirus»*, in *SIDIBlog*, 7 aprile 2020, nonché K. KOVÁCS, *Hungary's Orbánistan: A Complete Arsenal of Emergency Powers*, in *Verfassungsblog*, 6 aprile 2020.

[76] Come, peraltro, previsto in sede di conversione del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, laddove è stata inserita la norma secondo cui «Il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato illustra preventivamente alle Camere il contenuto dei provvedimenti da adottare ai sensi del presente comma, al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi dalle stesse formulati; ove ciò non sia possibile, per ragioni di urgenza connesse alla natura delle misure da adottare, riferisce alle Camere ai sensi del comma 5, secondo periodo», ovvero ogni quindici giorni: formulazione che appare discutibile per la duplice ragione che non è affatto detto che lo stato dell'emergenza consenta la previa discussione delle misure, di cui non sono chiari peraltro i tempi e gli effetti (essendo la formula del "tenere conto degli indirizzi" piuttosto vaga), e che ove ciò non fosse possibile, ipotesi tutt'altro che irrealistica, chiamare il Governo a riferire il contenuto di misure già pubblicate e, quindi, già conosciute non solo al Parlamento, ma anche all'opinione pubblica, apparirebbe davvero molto poco efficace. Si segnala sul punto la differente impostazione della proposta di legge costituzionale dell'On. CECCANTI, (A.C. 2452, presentata il 30 marzo 2020) dall'emblematico titolo «*Introduzione degli articoli 55-bis e 55-ter della Costituzione, concernenti la dichiarazione dello stato di emergenza e l'istituzione di una Commissione parlamentare speciale per l'esercizio delle funzioni delle Camere*».

[77] C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, 836.

[78] Cfr. *La Costituzione della Repubblica*, cit., IV, 3327 ss.

[79] G. CODACCI PISANELLI, *Analisi delle funzioni sovrane*, Giuffrè, Milano, 1946, 19 ss.

non può limitare i diritti fondamentali, essendo una fonte primaria, e come solo la disciplina in Costituzione della decretazione d'urgenza, portando il decreto-legge fuori dall'orbita degli atti *extra ordinem*, potesse garantire la certezza preventiva del diritto[80]. Del resto, già nella seduta del 10 settembre 1947[81], l'On. Crispo aveva avuto a sottolineare che «nel progetto di Costituzione non vi è cenno alcuno delle così dette "ordinanze di necessità", le quali, pur avendo comune il principio sul quale si fonda il decreto-legge, obbediscono a ben altra esigenza. L'ordinanza di necessità quella che si emette nei casi di allarme, di pericolo pubblico e di stato di guerra o d'assedio, quando cioè le libertà individuali corrono il rischio di essere limitate o sospese: è quindi necessario stabilire rigorose garanzie sull'uso delle potestà, ad evitare eccessi e trasmodante da parte del potere esecutivo». Non a caso, dunque, il medesimo On. Crispo, presentando a tal fine la propria proposta nella successiva seduta del 16 ottobre 1947[82], dedicata ancora alla discussione sul decreto-legge, distinse radicalmente le due ipotesi, in quanto il decreto-legge incideva solo sulla legislazione ordinaria, mentre le ordinanze potevano comportare la sospensione di diritti fondamentali. E fu allora che l'On. Codacci Pisanelli, nel manifestare in quella medesima seduta la propria ferma avversione nei confronti della proposta di costituzionalizzare i poteri autenticamente *extra ordinem*, motivò l'opposizione alla «comunione forzosa» del suo emendamento con quello proposto dall'on. Crispo adducendo, per l'appunto, la circostanza che la propria proposta era riferita alla sola modificabilità della legislazione ordinaria e giammai avrebbe consentito la «deroga ai diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione».

Per quanto riguarda, infine, i limiti del *costituzionalizzando* potere, si è detto che questi non si prestano a essere definiti una volta per tutte e che, quindi, sarebbe preferibile una costruzione della fattispecie *per relationem*, attraverso un rinvio mobile alla giurisprudenza della Corte costituzionale[83]: una tecnica che, ad avviso di alcuni proponenti, consentirebbe l'adattamento costante del testo agli sviluppi giurisprudenziali, senza la necessità ricorrere a continue revisioni formali. Al massimo, dunque, la nuova norma potrebbe spingersi fino a costituzionalizzare parte degli approdi giurisprudenziali e legislativi di cui si è detto in punto di presupposti e limiti del potere *extra ordinem*.

[80] Su questo aspetto A. TARANTINO, *Necessità e decreto legge nell'Assemblea costituente: la posizione di Giuseppe Codacci-Pisanelli*, in *Scritti in onore di Giuseppe Codacci-Pisanelli*, Giuffrè, Milano, 1986, 27 ss.

[81] Cfr. *La Costituzione della Repubblica*, cit., IV, 2777.

[82] Si tratta della proposta classificata come emendamento 74 *bis* all'art. 74 del progetto di Costituzione, lasciata poi cadere senza discussione nel testo definitivo approvato.

[83] Così G. DE MINICO, *ult. cit.*, che utilizza l'espressione "il nocciolo duro dei diritti": una formula che identifica "l'assoluto inattaccabile, la parte insopprimibile di una libertà, intangibile da ogni potere pubblico, interno e sovranazionale, ordinario e straordinario".

Un risultato atteso, dunque, complessivamente modesto e, a fronte del quale, indulgere enfaticamente sull'idea della "costituzione dell'emergenza", come su quella dell'estensione della nozione di stato di guerra di cui all'art. 78 Cost.[84], rischia di apparire una battaglia di retroguardia, perché, nel negare implicitamente che la Costituzione tutta esprima già ordinariamente la propria portata precettiva nei confronti degli stati di eccezione, confonde il tema della legittimazione del potere con quello della sua espressa previsione, spalancando così le porte alle pericolose teorie della necessità come fonte del diritto.

Quello che, infatti, le soluzioni della costituzionalizzazione dell'emergenza e della rievocazione della necessità come fonte del diritto hanno in comune è di rappresentare entrambe forme di fuga dal diritto vigente, in particolare dal diritto costituzionale, ovvero tentativi di ricerca del fondamento del potere sospensivo illegale al di fuori della Costituzione, la cui ordinaria precettività anche nei contesti emergenziali ha rappresentato, invece, per il nostro ordinamento una faticosa conquista; conquista che, a parere di chi scrive, merita senz'altro, ancora oggi, di essere difesa da ogni nostalgia verso le impostazioni e le soluzioni del passato.

[84] Cfr. la proposta, presentata come «*extrema ratio*», di A. TORRE, *La Costituzione sotto stress ai tempi del coronavirus*, in *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto. Instant Forum*, 27 marzo 2020, 5 ss. Si veda, inoltre, A. CELOTTO, Necessitas non habet legem?, cit., 60-61, secondo il quale «per il coronavirus si sarebbe potuto applicare proprio l'art. 78 Cost., attraverso una lettura estensiva ed evolutiva della nozione di 'guerra' rispetto alla emergenza sanitaria, con un intervento di indirizzo del Parlamento e con il conseguente conferimento dei poteri necessari».

© Osservatoriosullefonti.it, fasc. speciale/2020

LA DECRETAZIONE D'URGENZA ALLA PROVA DELLE VERE EMERGENZE. L'EPIDEMIA DA COVID-19 E I RAPPORTI TRA DECRETO-LEGGE E ALTRE FONTI*

GIUSEPPE MOBILIO**

Sommario

1. Considerazioni introduttive: il decreto-legge tra i molteplici canali di produzione normativa emergenziale. – 2. Il rispetto dei requisiti costituzionali. – 3. Il decreto-legge come fonte *sulla* produzione per l'emergenza. – 3.1. Atti a livello statale. – 3.2. Atti a livello territoriale. – 4. Il riflesso dei d.P.C.M. sui diritti fondamentali e sulla sistematica delle fonti. – 5. Perché decreti del Presidente del Consiglio e non decreti-legge?. – 6. Considerazioni conclusive.

Abstract

The essay examines the use of the decree-laws to challenge the pandemic emergency due to Covid-19. First, it is verified whether the Government respected the conditions put by Italian Constitution in order to enact decree-laws. Once analyzed these problematics, the essay describes how decree-laws have been used to alter the regime and the nature of many other sources of law, influencing the strategies of all the other territorial levels of government. Then, the essay focuses on the differences between decree-laws and decrees of the President of the Council of Ministers, underlines the abuse of the latter and the consequences on fundamental rights, and investigates if a wider use of decree-laws to assume many crucial decisions to trigger the Covid-19 epidemic would have been more respectful of the Constitution. Finally, the paper highlights some needs to be considered by a hypothetical reform of the emergency sources of law.

Suggerimento di citazione

G. MOBILIO, *La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze. L'epidemia da Covid-19 e i rapporti tra decreto-legge e altre fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al *webinar* "Le fonti normative dell'emergenza", organizzato dalla *Rivista* e svoltosi il 30 aprile 2020.

** Ricercatore t.d. di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Firenze.
Contatto: giuseppe.mobilio@unifi.it

© 2007-2020 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIII – Fascicolo speciale/2020
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Considerazioni introduttive: il decreto-legge tra i molteplici canali di produzione normativa emergenziale

L'emergenza sanitaria da Covid-19 ha indotto tutti i livelli di governo a dispiegare gli strumenti giuridici emergenziali a disposizione per contenere la diffusione del virus. Ne è scaturito un vero e proprio profluvio normativo, nel tentativo di fronteggiare la scarsa predicibilità degli andamenti dell'infezione e di portare avanti un approccio gradualistico nell'adozione delle misure sempre più restrittive[1]. La situazione contingente ha costretto i decisori politici a scelte difficili, alcune delle quali sono certo state mosse dall'ansia di dimostrare il proprio impegno sul campo[2].

Il 25 gennaio 2020 è stata adottata la prima ordinanza contingibile ed urgente del Ministro della Salute ai sensi dell'art. 32 legge n. 833/1978, per disporre il potenziamento della sorveglianza sanitaria rispetto ai passeggeri provenienti con volo diretto dalle aree interessate dai primi focolai virali e il potenziamento del reclutamento del personale sanitario.

Il 30 gennaio 2020 l'Organizzazione Mondiale della sanità ha – finalmente – definito l'epidemia da Covid-19 un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale.

Il giorno successivo il Consiglio dei Ministri ha dichiarato lo stato di emergenza ai sensi del Codice della Protezione Civile.

Di conseguenza, il 3 febbraio è stata adottata una prima ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione Civile per coordinare gli interventi necessari al soccorso e all'assistenza alla popolazione interessata dall'emergenza, per garantire il funzionamento dei servizi pubblici e disporre l'istituzione dell'oramai noto Comitato tecnico-scientifico.

A distanza di settimane, precisamente il 23 febbraio 2020, il Governo ha poi adottato un primo decreto-legge, recante "Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19", e contestualmente il Presidente del Consiglio ha adottato un d.P.C.M. recante "disposizioni attuative" di tale d.l.

L'andamento di questi primi interventi normativi, distinti per tipologia, appare sintomatico di un vero e proprio cambiamento di approccio da parte del Governo. Sebbene fino ad oggi si siano succeduti numerosi atti di ciascuna

[1] C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Astrid Rassegna*, 5, 2020, 4.

[2] A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti regionali*, *Forum "La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed Enti locali"*, 4 aprile 2020, 519. Duro il giudizio di A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del Coronavirus*, in *BioLaw Journal*, *Instant Forum - Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 14 marzo 2020, 3, che parla di un diritto e di una politica che non sono andati semplicemente a rimorchio della paura, ma che hanno creato paura e disorientamento, con un misto di improvvisazione e di pressappochismo.

delle tipologie appena richiamate[3], si ha l'impressione che, con l'aggravarsi di quella che sarebbe diventata una pandemia, si sia passati prima da interventi normativi incentrati sul sistema della protezione civile, poi a quelli sull'emergenza sanitaria, ed infine a un meccanismo – inedito, come si vedrà – di decreti-legge accompagnati da una definizione di interventi puntuali tramite decreti del Presidente del Consiglio[4], un binomio su sui è stata impostata la strategia di risposta per contenere e gestire la diffusione del virus.

Volendo rintracciare gli opportuni riferimenti costituzionali, nel nostro ordinamento – come noto, e a differenza di altre Carte[5] – non è prevista una "clausola di emergenza". Lo strumento normativo messo a disposizione per affrontare le situazioni emergenziali è quindi il decreto-legge – al netto di possibili interpretazioni volte ad estendere la portata dell'art. 78 e il concetto allo "stato di guerra" all'emergenza sanitaria in atto[6].

Gli interrogativi che muovono la presente riflessione si appuntano proprio sull'uso che è stato fatto del decreto-legge per affrontare il Covid-19; se tale fonte si sia rivelata uno strumento adeguato per venire incontro alle esigenze politiche degli organi di governo; se, in prospettiva, nella gestione di emergenze di questa gravità il decreto-legge sia inevitabilmente destinato ad essere soppiantato da altre fonti; se, da ultimo, occorra necessariamente abbandonare i criteri formali che strutturano gli ordinamenti giuridici, assieme agli strumenti normativi codificati, per inoltrarci sul terreno incerto della fattualità e della "necessità" come fonte del diritto[7].

[3] È possibile trovare una ricognizione ragionata di tali atti nella dalla banca dati su "fonti emergenza Covid-19, curata dalla Rivista *Osservatorio sulle fonti*.

[4] Cfr. C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, cit., 6. Di un nuovo tipo di percorso nella gestione dell'emergenza parla A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, cit., 520.

[5] Sull'ordinamento francese e spagnolo, v. P. MILAZZO, in questo *Speciale*. Per una ulteriore comparazione tra alcuni dei Paesi che si sono trovati ad affrontare l'emergenza, v. il Dossier a cura di L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it*, *Focus - Osservatorio Emergenza Covid-19*.

[6] Interpretazione prospettata, ad esempio, da F. TORRE, *La Costituzione sotto stress ai tempi del Coronavirus*, in *BioLaw Journal*, *Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 27 marzo 2020, 6, sottolineando come si sarebbe garantito un maggior coinvolgimento del Parlamento. Molti, però, sono gli argomenti che impediscono simile forzatura, come l'andamento dei lavori preparatori della Carta (A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta-online*, 1, 2020, 6 aprile 2020, 208), o «l'impraticabilità dell'estensione di un regime giuridico che la Costituzione ha disegnato per una condizione ch'essa addirittura (sia pure nei termini dell'art. 11) "ripudia"» (M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, 10 aprile 2020, 138).

[7] Sulle "teoriche della necessità", come fonte di produzione e fonte sulla produzione del diritto, e le possibili critiche alle derive giustificazioniste di poteri che si pongono al di fuori della legalità, v. A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere* extra ordinem *del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011, 49 ss.

Con questo intento, sarà analizzata la prassi dei decreti-legge adottati per affrontare l'emergenza epidemiologica a partire dal 31 gennaio (data di dichiarazione dello stato di emergenza) al 30 maggio (130 giorni), ovvero 14 decreti-legge, dando particolare risalto alla disciplina sulle misure di contenimento e gestione. L'attenzione si concentrerà su alcune delle problematiche che scaturiscono dai rapporti instauratesi tra decreti-legge e altre fonti, per sottolineare come, tra i portati dell'emergenza epidemiologica, vi sia una accentuazione dei riflessi che le dinamiche tra fonti del diritto provocano direttamente, tra l'altro, sugli equilibri tra poteri costituzionali, sulle esigenze di tutela delle libertà fondamentali, sulle articolazioni del nostro sistema territoriale[8].

2. Il rispetto dei requisiti costituzionali

Che la prassi nell'uso della decretazione d'urgenza si sia fortemente discostata dal modello costituzionale e dalle sue logiche di fondo è un dato ben conosciuto e studiato. Sia che si parli di "abusi" patologici[9], sia che si riconduca tale fenomeno all'aspettativa fisiologica che gli organi di governo rispondano in maniera sempre più rapida alle domande e istanze sociali[10], il rispetto dei «casi straordinari di necessità e d'urgenza» si dimostra alquanto problematico.

Ad ogni modo, l'esempio classico di situazione da affrontare tramite decretazione d'urgenza, in senso oggettivamente conforme allo spirito della Costituzione[11], è proprio quello delle "calamità naturali"[12]. La pandemia in atto, tuttavia, ha reso palese non solo come esistano "emergenze" meramente strumentali a logiche politiche ed "emergenze" reali[13], ma anche come esistano differenti situazioni emergenziali causate da altrettanto differenti catastrofi naturali. Non solo, ma il modo con cui è stata affrontata la pandemia in corso,

[8] La letteratura che rimarca queste relazioni è vastissima; basti rinviare qui a A. PIZZORUSSO, *Sistema delle fonti e forma di Stato e di governo*, in *Quad. cost.*, 2, 1986, 271 ss.; U. DE SIERVO, *Un travolgente processo di trasformazione del sistema delle fonti a livello nazionale*, in ID. (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 1998*, Giappichelli, Torino, 1999, XIII ss.; A. SIMONCINI, *Dalla prassi in materia di fonti nuove gravi "torsioni" della forma di governo e della forma di stato*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2011.

[9] A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, CEDAM, Padova, 1997.

[10] Sul punto cfr. E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Giappichelli, Torino, 2017, 262 ss.

[11] Parla di significato "oggettivo" G, ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. I. Il sistema delle fonti del diritto*, I, Utet, Torino, 1988, 177, facendo riferimento ad eventi della vita che si manifestano con forza tale da richiedere risposte legislative immediate (come, appunto, le catastrofi naturali).

[12] L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, il Mulino, Bologna, 1996, 241, che però sconfessa subito questa impostazione già alla luce dei dibattiti in Assemblea costituente.

[13] Osserva G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost – Unità per la Costituzione*, 10 aprile 2020, come «troppo spesso politici, giornalisti e tuttologi di vario genere hanno abusato del termine "emergenza", al solo scopo di dare enfasi retorica ai propri discorsi, per ritrovarsi poi puntualmente impreparati quando si verificano autentici stati di necessità, che reclamano risposte rapide ed efficaci dalle istituzioni».

nonostante le numerose voci di diverso avviso[14] – e al netto dell'elasticità che possono assumere i principi costituzionali in situazioni di emergenza, su cui si ritornerà –, sembrerebbe aver dato adito a ulteriori e significativi scostamenti dal modello costituzionale.

Per apprezzare pienamente questo scostamento può essere utile riflettere innanzitutto sulle distanze dai singoli requisiti posti dalla Costituzione alla decretazione d'urgenza, così da gettare le basi per un giudizio complessivo.

Non si pongono questioni con riguardo al requisito della "straordinarietà" del caso da fronteggiare, sia che venga intesa più tradizionalmente come imprevedibilità o eccezionalità della situazione, sia alla luce di ulteriori possibili accezioni[15].

Parimenti, si può considerare integrato anche il requisito della "necessità", addirittura in senso assoluto, ovvero come "elemento di qualificazione delle fattispecie regolate", e non in senso relativo, cioè a partire dalle ragioni di mera opportunità che connotano l'indirizzo politico governativo[16].

Problemi nascono invece sul piano del requisito della "urgenza". La prassi ci ha notoriamente abituati ad intendere tale carattere come riferito al "provvedere" e non al "provvedimento"[17], o comunque relativamente all'intero provvedimento e non alle sue singole parti[18]. Si tratta di fenomeni confermati anche in questa fase, in cui si è assistito addirittura a decreti-legge "annunciati" in anticipo di vari mesi dalla loro pubblicazione allo scopo di venire incontro alle richieste sociali[19].

Se però lo si intende nel suo sviluppo concettuale di "autoapplicabilità", così come esplicitato fin dall'art. 15, c. 3, della legge n. 400/1988[20], si possono apprezzare le più vistose forzature. La giurisprudenza costituzionale ha più volte ribadito come la Costituzione «non postula inderogabilmente un'immediata applicazione delle disposizioni normative contenute nel decreto-legge»[21].

[14] Come C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, cit., 2; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 119 ss.; A. VERNATA, *Decretazione d'urgenza e perimetro costituzionale nello stato di "emergenza epidemiologica"*, in *BioLaw Journal*, *Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 13 marzo 2020, 4.

[15] Si consideri la proposta di M. LUCIANI, *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale*, in AA.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2011, 1163, di intendere la straordinarietà come necessità che il d.l. non sia uno strumento ordinario di normazione primaria.

[16] Distinzione già teorizzata in C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, XI, 1962, 834 ss.; v. anche C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, UTET, Torino, 1976, 320.

[17] C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., 844 s., nota 46.

[18] L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 243.

[19] È il caso del d.l. n. 34/2020, datato 19 maggio, ma qualificato in fase di incubazione come "decreto Aprile", cfr. S. CASSESE, *Le ombre sui tempi (e i modi)*, in *Corriere della sera*, 14 maggio 2020.

[20] Come noto, in base all'art. 15, c. 3, della legge n. 400/1988, i d.l. «devono contenere misure di immediata applicazione e il loro contenuto deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo».

[21] C.cost., sent. n. 97/2019, 3.3.2 cons. dir.; sent. n. 170/2017, 6.2 cons. dir.

Ed infatti le dinamiche normative ci hanno ampiamente dimostrato come i decreti-legge rinviino spesso ad altre fonti, aventi funzioni variamente "attuative", con riflessi significativi sui rapporti tra organi costituzionali e certezza del diritto[22]. Nella vicenda del Covid-19, tuttavia, questo fenomeno ha subito una accentuazione tale da rendere il rinvio ad altri atti, in qualche modo, la stessa ragion d'essere – come si dirà più avanti – di quei decreti-legge che introducono misure di contenimento e gestione dell'epidemia.

Sempre problematico appare il rispetto del requisito della omogeneità del decreto-legge, pur intesa in senso finalistico secondo le indicazioni fornite della giurisprudenza costituzionale. La Corte ha ampiamente ammesso che un decreto-legge possa intervenire in una pluralità di ambiti materiali tramite interventi eterogenei, purché «indirizzati all'unico scopo di approntare rimedi urgenti a situazioni straordinarie venutesi a determinare»[23]. A fronte dei decreti-legge emanati durante l'emergenza sanitaria, tuttavia, non può che destare stupore la latitudine delle misure assunte per fronteggiare questa particolare "situazione straordinaria" del tutto inedita: dalla limitazione di un novero ampissimo di libertà fondamentali da parte dei dd.ll. nn. 6 e 19/2020, agli ambiti materiali toccati dai dd.ll. n. 18 e 34/2020, finanche la disciplina dei "poteri speciali in caso di minaccia di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale", di cui agli artt. 15 ss. del d.l. n. 23/2020 (c.d. *golden power*)[24].

L'analisi sul rispetto dei requisiti costituzionali condotta in termini disaggregati, soprattutto con riguardo alla autoapplicabilità e all'omogeneità dei decreti-legge, consente quindi di formulare alcune considerazioni complessive, attorno alle quali ruotano le riflessioni che seguiranno. L'impressione, infatti, è che la decretazione d'urgenza fin qui adottata abbia dato vita ad un vero e proprio "microsistema delle fonti"[25], rispondente a dinamiche e logiche

[22] Per una recente analisi sistematica sul punto, v. F. BIONDI DAL MONTE, *Dopo la legge. Tendenze e prospettive dell'attuazione delle fonti primarie tra Governo e Parlamento*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018. Ma in non pochi casi i decreti-legge possono disporre addirittura delegificazioni innominate, con significative conseguenze, ad esempio, in termini politici di dilazione dei tempi per formulare una disciplina efficace, di autoassunzione da parte del Governo di potestà normative sostanzialmente di rango primario, di certezza del diritto; sul punto, sia consentito il rinvio a G. MOBILIO, *Le delegificazioni autorizzate mediante decretazione d'urgenza quale fenomeno foriero di rilevanti spunti ricostruttivi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2011.

[23] C.cost., sent. n. 170/2017, 6.2 cons. dir.; sent. n. 22 del 2012, 3.3 cons. dir. La Corte ha altresì esplicitato che «i presupposti costituzionali per la decretazione d'urgenza riguardano il decreto-legge nella sua interezza, inteso come insieme di disposizioni omogenee per la materia o per lo scopo» (ord. n. 72/2015).

[24] Utili riferimenti si ricavano dalle "parole di interesse" utilizzate per individuare i contenuti di ciascun atto catalogato nella citata banca dati su "fonti emergenza Covid-19", curata dalla Rivista *Osservatorio sulle fonti*.

[25] Per adoperare una espressione cara ad uno studioso come Antonio Ruggeri, che in più occasioni ne ha fatto ricorso, specie per descrivere la produzione normativa dei diversi livelli territoriali di governo; si veda, tra i molti, A. RUGGERI, *Neoregionalismo, dinamiche della normazione, diritti*

proprie, in cui i decreti-legge non si limitano ad essere le *fonti di produzione* contenenti misure per affrontare l'emergenza, ma vere e proprie *fonti sulla produzione* di altri atti giuridici di varia natura attraverso cui affrontare l'emergenza. Questi ultimi rappresentano una serie di tipologie normative (decreti e ordinanze) già esistenti nell'ordinamento, tanto che spesso ne vengono richiamate le rispettive fonti istitutive. Ma il modo con cui avviene questo richiamo, la scarsa cautela con cui si individua il fondamento normativo di questi atti, la latitudine con cui se ne traccia l'ambito di intervento, la mancanza di indicazioni chiare circa il rapporto con i poteri normativi già costituiti, e conseguentemente i contenuti concretamente assunti da questi atti, fa sì che questi ultimi siano difficilmente riconducibili alle categorie già presenti nell'ordinamento. Il risultato, a giudizio di chi scrive, è che in questo modo il decreto-legge si sia allontanato ancora di più dal senso sottostante alle coordinate costituzionali, già messe a dura prova dalla variegata prassi che ha caratterizzato la storia repubblicana[26]. Di modo che le conseguenze prodotte sul piano della forma di Stato e di governo sono destinate a lasciar traccia anche dopo la chiusura dell'emergenza sanitaria.

3. Il decreto-legge come fonte *sulla* produzione per l'emergenza

Le problematiche sollevate dagli atti normativi ai quali i decreti-legge fanno rinvio sono tali da rendere necessaria una breve panoramica allo scopo di giustificare l'affermazione circa l'asserito scostamento dal quadro costituzionale.

3.1. Atti a livello statale

I primi tra questi atti ad assumere rilievo, come anticipato introduttivamente, sono i decreti del Presidente del Consiglio richiamati dal d.l. n. 6/2020 (art. 3, c. 1) e dal d.l. n. 19/2020 (art. 2, c. 1) per "adottare" le misure di contenimento e gestione.

La prassi ha fin qui dimostrato come dietro la categoria del d.P.C.M vi sia un universo variegato di atti giuridici, sia a livello formale che contenutistico[27].

fondamentali, in D. DOMINICI, G. FALZEA, G. MOSCHELLA (a cura di), *Il regionalismo differenziato. Il caso italiano e spagnolo*, Giuffrè, Milano, 2004, 225 ss.

[26] Anche a partire da una analisi induttiva della prassi, dalla quale emerge una funzione propriamente politica e tecnica del decreto-legge, come espresso E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1967, 460, secondo uno spunto rielaborato in A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge. La decretazione d'urgenza dopo la sentenza n. 360/1996 della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2003, ripreso poi in ID., *Tendenze recenti della decretazione d'urgenza in Italia e linee per una nuova riflessione*, in ID. (a cura di), *L'emergenza* infinita. La decretazione d'urgenza in Italia, Eum, Macerata, 2006, 47 ss.

[27] Da ultimo, si veda l'ampia ricostruzione in D. DE LUNGO, Nihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu: *considerazioni empiriche sui decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri nell'esperienza recente*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2019, cui si rinvia per numerosi esempi. Ma anche V. DI PORTO, *La carica dei DPCM*, *ivi*, 2, 2016.

Non stupisce quindi che, a livello procedurale, la decretazione d'urgenza qui analizzata preveda degli iter *sui generis*, come l'adozione «sentito, di norma, il Comitato tecnico scientifico»[28]; il dimezzamento dei termini per il controllo preventivo della Corte dei conti, in pendenza dei quali i d.P.C.M. sono comunque efficaci, esecutori ed esecutivi[29]; l'obbligo a carico del Governo di trasmettere i d.P.C.M. alle Camere entro il giorno successivo alla pubblicazione[30]. Piuttosto, mai a livello sostanziale si è verificato che i d.P.C.M. potessero porre limitazioni così stringenti a libertà di circolazione, di riunione, di religione e di culto, a libertà economiche, al diritto al lavoro, all'istruzione, al diritto di proprietà e godimento dei propri beni, sino a quanto conseguente a misure come quarantena e permanenza domiciliare fiduciaria, appunto in "attuazione" dei decreti-legge e attingendo discrezionalmente alle misure ivi previste. Dei riflessi complessivamente prodotti sul piano costituzionale si dirà più avanti[31]. Basti qui osservare come sia difficile considerarli espressione del ruolo costituzionalmente delineato di direzione politica e coordinamento del Presidente del Consiglio, pur nelle diverse forme che questo può assumere[32].

Si pensi poi alle ordinanze del Ministro della Salute *ex* art. 32 della legge n. 833/1978, richiamate sempre dal d.l. n. 6/2020 (art. 3, c. 2) e dal d.l. n. 19/2020 (art. 2, c. 2), adottabili «nelle more» dell'adozione dei d.P.C.M. e «nei casi di estrema necessità ed urgenza».

Riservandoci a breve di ritornare sul significato di queste «more», si considerino i limiti di questo potere di ordinanza. Basti ricordare, infatti, come la legge istitutiva del SSN circoscriva tale potere alla «materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria»; viceversa, si è assistito a ordinanze che hanno disposto misure di contenimento più restrittive di quelle stabilite dei decreti-legge e dai d.P.C.M. in vigore[33].

Vengono poi in rilievo le ordinanze del Ministro dell'Istruzione previste dal d.l. n. 22/2020, per agevolare lo svolgimento degli esami di Stato per l'anno scolastico 2019/2020 e l'avvio dell'anno scolastico 2020/2021.

[28] Art. 2, c. 1, del d.l. n. 19/2020. Si fa riferimento al Comitato tecnico scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630.

[29] Art. 3, c. 6, del d.l. n. 6/2020; art. 2, c. 4, d.l. n. 19/2020.

[30] Art. 2, c. 5, d.l. n. 19/2020.

[31] V. *infra* le considerazioni conclusive.

[32] Anche a seguito della crescente amministrativizzazione della Presidenza del Consiglio. Per una recente riflessione sulle strutture di quest'ultima, v. N. LUPO, *Il Governo italiano, settanta anni dopo*, in *Rivista AIC*, 3, 2018, spec. 169 ss., e M. CUNIBERTI, *L'organizzazione del governo tra tecnica e politica*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016, 58 ss.

[33] È il caso, per citare l'esempio più significativo, dell'ordinanza del 20 marzo 2020, recante "Ulteriori misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale", che contiene misure più stringenti del d.l. n. 6/2020 e del d.P.C.M. 11 marzo 2020, come il divieto di accesso del pubblico ai parchi, alle ville, alle aree gioco e ai giardini pubblici (art. 1, c. 1, lett. a).

In questo caso, si consente a questi atti di derogare alla legge statale che disciplina in termini generali questi momenti[34], attraverso una impropria delegificazione che però appare comunque circoscritta dalle previsioni dell'atto avente forza di legge[35].

Infine, sempre a livello governativo, occorre fare riferimento alle assai discusse «ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza» che «le autorità competenti» hanno potuto adottare in forza dell'art. 2 del d.l. n. 6/2020, al di fuori di quelle elencate dallo stesso decreto-legge. Si tratta di una previsione oramai abrogata, per la quale sono state sollevate forti perplessità in ordine al rispetto del principio di legalità sostanziale[36]. Proprio per questo la giurisprudenza ha cercato di distinguere le misure adottate in forza di tale previsione da quelle legittimate dall'articolo precedente circoscrivendone maggiormente la capacità di incidenza sulle libertà fondamentali[37].

3.2. Atti a livello territoriale

A queste tipologie di atti a livello governativo – ed escludendo le ordinanze di protezione civile, non richiamate esplicitamente dai decreti-legge – si sommano le misure di contenimento e gestione adottate a livello regionale e locale.

Il d.l. n. 6/2020 richiamava il potere di ordinanza che i Presidenti di Regione possono esercitare ai sensi del già citato art. 32 della legge n. 833/1978, specificando, anche qui, la possibilità di adottare tali atti solamente "nelle more" dell'adozione dei d.P.C.M. e in casi di "estrema necessità e urgenza"[38]. Vale la

[34] Come effettuato da parte della ordinanza 17 aprile 2020 concernente "Modalità di costituzione e di nomina delle commissioni dell'esame di Stato conclusivo del secondo ciclo di istruzione per l'anno scolastico 2019/2020", in deroga, fra l'altro, all'art. 16, c. 4, del d.lgs. n. 62/2017.

[35] Fenomeno ben noto quello delle delegificazioni che sfuggono al modello della legge n. 400/1988; cfr. su tutti G. TARLI BARBIERI, *Le delegificazioni (1989-1995). La difficile attuazione dell'art. 17, secondo comma, della legge 23 agosto 1988, n. 400*, Giappichelli, Torino, 1996.

[36] Secondo una previsione per la quale, si è detto, sono «in bianco» le «autorità competenti», così come lo sono «le ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza»; cfr. L. MAZZAROLLI, *"Riserva di legge" e "principio di legalità" in tempo di emergenza nazionale*, in *Federalismi.it*, *Focus - Osservatorio Emergenza Covid-19*, 1, 13 marzo 2020, 13; un riferimento in C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2020, 31 marzo 2020, 83 s.

[37] Il riferimento va a T.A.R. Marche, Sez. I, decreto 27 febbraio 2020, n. 56, secondo cui «tali misure non possono essere altrettanto invasive, sia per intensità sia per latitudine, rispetto a quelle giustificate dalla presenza di un focolaio di infezione; in altri termini, la possibilità di adottare misure "ulteriori" va, in via sistematica, riferita ad interventi che comportino un sacrificio minore delle libertà individuali, rispetto a quelli previsti dall'art. 1 del cit. D.L. n. 6». Per una ricostruzione del contenzioso in questione cfr. G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *La gestione dell'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: il caso Marche*, in *BioLaw Journal*, *Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 16 marzo 2020. Critico sulla scelta di ricorrere alle vie giurisdizionali, invece di adire il ricorso straordinario al Capo dello Stato ex art. 2, c. 3, lett. p, della legge n. 400/1988, ovvero la via politico-amministrativa dell'annullamento, F.F. PAGANO, *Il principio di unità e indivisibilità della Repubblica ai tempi dell'emergenza COVID-19*, *ivi*, 18 marzo 2020, 2 ss.

[38] Osservano R. CHERCHI, A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria covid-19: prime riflessioni*, in *Diritti regionali*, *Forum "La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed*

pena ricordare che la legge del 1978 circoscrive tali ordinanze alla «materia di igiene e sanità pubblica, di vigilanza sulle farmacie e di polizia veterinaria». Tuttavia, per i termini scarni con cui è stato disposto questo rinvio, per le maglie fin troppo larghe della disciplina contenuta nell'atto avente forza di legge in ordine alla portata e ai limiti di questo potere rispetto all'emergenza da affrontare[39], per il debole coordinamento che si è manifestato tra tutti i livelli territoriali di governo[40], unitamente all'uso che concretamente è stato fatto di questo potere a livello territoriale, sorge l'interrogativo se, e in che misura, le ordinanze regionali possano giungere a derogare anche la legislazione statale e le stesse ordinanze di protezione civile.

Quale conseguenza di queste incertezze, non stupisce che il Presidente del Consiglio sia stato costretto ad interrompere la diretta di una conferenza stampa di un Presidente di Regione per richiedere la sospensione delle misure appena preannunciate[41]; o che un Presidente di Regione giunga a chiedere formalmente al Ministro dell'Interno se prevalga l'ordinanza da lui adottata oppure le misure disposte con d.P.C.M.[42]; o che un Presidente di Regione insista sulla vigenza di misure più restrittive da lui adottate in aperto contrasto con quelle disposte a livello governativo[43].

Successivamente è intervenuto il d.l. n. 19/2020, che, nell'abrogare le previsioni vigenti del d.l. n. 6/2020, ha cercato di offrire una risposta agli

Enti locali", 23 aprile 2020, 672, come «distinguere l'urgenza "ordinaria", dai casi di "estrema necessità ed urgenza" è operazione caratterizzata da latissima discrezionalità, ma era comunque indubbio il senso, ossia che doveva trattarsi di situazioni il cui intervento fosse così impellente da non poter attendere neppure un DPCM statale».

[39] Che l'emergenza sanitaria avrebbe dovuto indurre all'adozione, in sede di decretazione d'urgenza, di soluzioni normative più nette e decise in relazione al potere di ordinanza, è giudizio espresso anche *ivi*, 677.

[40] Ragioni condivise anche da F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *Osservatorio Costituzionale AIC – Forum "Emergenza COVID-19"*, 3, 2020, 7 aprile 2020, 9 e E. CATELANI, in questo *Speciale*, con riguardo al sistema delle Conferenze. Di contrario avviso L. DELL'ATTI, G. NAGLIERI, *Le fonti della crisi. Fra esigenze unitarie e garanzie costituzionali nel governo dell'emergenza da Covid-19*, in *BioLaw Journal*, *Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 11 marzo 2020, che invece parlano di «un buon funzionamento del raccordo verticale Stato-Regioni».

[41] Cfr. *Coronavirus: Marche, scuole chiuse. Ma poi arriva la telefonata di Conte: "Fate dietrofront"*, in *Repubblica.it*, 24 febbraio 2020, disponibile su: https://www.repubblica.it/cronaca/2020/02/24/news/coronavirus_caso_marche-249463832/ (ult. acc. 30/05/2020).

[42] Cfr. *Fontana: 'Chiesto al Viminale se prevale l'ordinanza della Regione o il Dpcm'*, in *Ansa.it*, 23 marzo 2020, disponibile su: https://www.ansa.it/sito/notizie/cronaca/2020/03/23/gallera-in-lombardia-vale-quanto-deciso-in-regione_57b342a9-eddb-48c7-ae72-df4f0591d931.html (ult. acc. 30/05/2020).

[43] È il caso dell'ordinanza n.15 del 13 marzo 2020 adottata dal Presidente della Regione Campania, che vieta qualsiasi attività sportiva, ludica o ricreativa all'aperto in luoghi pubblici o aperti al pubblico, in contraddizione con l'art. 1, c. 3, del d.P.C.M. 9 marzo 2020; cfr. quanto ribadito anche nei chiarimenti adottati dal Presidente della Regione, disponibili su: http://www.regione.campania.it/assets/documents/chiarimento-n-6-all-ordinanza-n-15.pdf (ult. acc. 30/05/2020).

interrogativi sopra posti. L'art. 3, c. 1 del nuovo decreto-legge, pur non facendo più formalmente richiamo all'art. 32 della legge n. 833/1978, stabilisce che le Regioni «possono introdurre misure ulteriormente restrittive» all'interno di quelle indicate dallo stesso d.l. – sebbene le Regioni abbiano continuato a richiamare tale legge nelle proprie decisioni; definisce i presupposti per l'adozione delle ordinanze in «specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso»; fissa il perimetro di questo potere delle Regioni «esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale»; esplicita a livello temporale che le ordinanze possono essere adottate sempre «nelle more» dell'adozione dei d.P.C.M., ma «con efficacia limitata fino a tale momento».

Si tratta di precisazioni che valgono a circoscrivere meglio i poteri di ordinanza regionale, ma che non riescono a sanare tutte le incertezze. Si consideri, ad esempio, i possibili significati della locuzione «nelle more»: si potrebbe ritenere sufficiente che la nuova disciplina statale adottata con d.P.C.M. coinvolga l'intero settore nel quale la Regione ha provveduto ad adottare proprie misure affinché si determini l'inefficacia sopravvenuta di queste ultime; oppure che le successive previsioni governative prevalgono soltanto su quelle regionali che si pongano in contrasto diretto con esse[44]; oppure, ancora, che non debba verificarsi una sovrapposizione nei campi già regolati dalla normazione emergenziale dello Stato, restando le Regioni libere di intervenire solo in quelli lasciati scoperti e in presenza di specifiche esigenze locali[45]; fino a ritenere che i Presidenti di Regione rimangano liberi di emanare ordinanze anche dopo l'intervento statale, perché si sarebbe comunque "nelle more" di possibili ulteriori d.P.C.M. "in corso di adozione"[46], o che il periodo di mora terminerà soltanto quando un d.P.C.M. recherà misure "contrastanti" con quelle regionali, le quali potranno invece disporre misure più restrittive[47]. Vi è poi giurisprudenza che attesta come le Regioni non possano disporre misure meno restrittive di quelle fissate con d.P.C.M.[48], ma possano introdurne di più restrittive[49].

[44] Dubitativamente, A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, cit., 525.

[45] M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 134.

[46] F. CINTIOLI, *Sul regime del* lockdown *in Italia*, in *Federalismi.it*, *Focus - Osservatorio Emergenza Covid-19*, 1 – 6 aprile 2020, 14.

[47] G. BOGGERO, *Le "more" dell'adozione dei DPCM sono "ghiotte" per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19*, in *Diritti regionali*, *Forum La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed Enti locali*, 21 marzo 2020, 363.

[48] Tar Milano, sez. I, dec., 23 aprile 2020, n. 634, con riguardo alla consegna a domicilio da parte degli operatori commerciali al dettaglio anche per le categorie merceologiche non previste dal d.P.C.M. del 10 aprile 2020.

[49] Tar Sardegna, sez. I, dec., 20 aprile 2020, n. 141, con riguardo al commercio al dettaglio di libri.

Inoltre, la sanatoria disposta dall'art. 2, c. 3, del d.l. n. 19/2020, con cui vengono fatti salvi «gli effetti prodotti e gli atti adottati sulla base dei decreti e delle ordinanze» emanati ai sensi del d.l. n. 6/2020, non può che contribuire alla confusione del quadro normativo[50].

Nonostante le precisazioni indicate, dunque, continuano a riproporsi contrasti tra misure regionali e statali, come nel caso dell'ordinanza della Regione Toscana, che consentiva a partire dal 1° maggio di svolgere liberamente attività motoria entro il Comune di residenza[51], subito stigmatizzata dal Governo[52] e revocata dalla Regione; o l'ordinanza della Regione Calabria che consentiva la ripresa dell'attività di ristorazione all'aperto mediante servizio al tavolo[53], impugnata dal Governo e dichiarata illegittima dal TAR Catanzaro[54]; o l'ordinanza del Presidente della Regione Siciliana che vieta ai minori di compiere attività motoria all'aperto, in aperto contrasto con le misure contenute nel d.P.C.M.[55]

A fianco alle ordinanze regionali, meritano un cenno anche le ordinanze adottate dai sindaci in «materia di igiene e sanità pubblica, di vigilanza sulle farmacie e di polizia veterinaria» ai sensi dell'art. 32 della legge n. 833/1978, e dirette a fronteggiare «emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale», ai sensi dell'art. 50 del TUEL, entrambi richiamati dal d.l. n. 6/2020[56].

Il livello comunale ha un ruolo cruciale nel fronteggiare la pandemia, sia in ragione della sua prossimità alle comunità locali, quale osservatorio privilegiato dello sviluppo epidemico, sia in veste di esecutore delle disposizioni assunte a livello statale[57]. Tuttavia, già a poche settimane dall'adozione del decreto-legge, i Sindaci hanno dato vita ad una cospicua produzione di ordinanze[58], non

[50] Osserva C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, cit., 7, come «l'attribuzione di efficacia temporanea a ordinanze regionali adottate talvolta in aperta ribellione agli indirizzi del potere centrale riflette l'illusione di poter contare su una sorta di sanatoria per spegnere i dissensi».

[51] Ordinanza del Presidente della Regione Toscana 29 aprile 2020, n. 46

[52] Cfr. *Via libera all'attività motoria, Conte 'boccia' l'ordinanza toscana: "Illegittime misure regionali meno restrittive"*, in *FirenzeToday*, 30 aprile 2020, disponibile su: https://www.firenzetoday.it/politica/conte-illegittime-misure-regionali-meno-restrittive.html (ult. acc. 30/05/2020).

[53] Ordinanza del Presidente della Regione Calabria 29 aprile 2020, n. 37.

[54] Tar Catanzaro, sez. I, 9 maggio 2020, n. 841.

[55] V. anche Tar Palermo, sez. I, dec., 17 aprile 2020, n. 458, che rigetta l'istanza cautelare di sospensione dell'ordinanza del Presidente della Regione Siciliana 11 aprile 2020, n. 16, pur in contrasto con l'art. 1, c. 1, lett. f del d.P.C.M. 10 aprile 2020.

[56] L'art. 3, c. 2, del d.l. n. 6/2020, circoscrive tale potere di ordinanza sindacale facendo sempre riferimento a «nelle more dell'adozione dei [d.P.C.M. e] nei casi di estrema necessità ed urgenza», consentendo ai Sindaci di adottare le misure indicate agli articoli precedenti.

[57] A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, cit., 527.

[58] V. ad esempio la selezione riportata in *Documentazione dei Comuni* a cura di F. SEVERA, pubblicata in *Federalismi.it*, *Focus - Osservatorio Emergenza Covid-19*.

sempre in linea con gli indirizzi governativi. Tanto che il Governo ha deciso di intervenire per arginare tale potere, pur tracciando confini non esenti di ambiguità[59]: prima tramite il d.l. n. 9/2020, non convertito in legge, per dichiarare «inefficaci» le ordinanze sindacali «dirette a fronteggiare l'emergenza [epidemiologica in corso]» e che risultino essere «in contrasto» con le misure statali, e successivamente con il d.l. n. 19/2020, per circoscriverne l'oggetto all'ambito delle attività di competenza del Comune, «in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso» e «senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale»[60].

Un primo elemento problematico emerge con riguardo alla legittimazione delle ordinanze adottate e all'adeguatezza degli strumenti a disposizione: l'art. 50 del TUEL, infatti, prevede un potere di ordinanza diretto a fronteggiare emergenze a carattere locale, mentre qui i Sindaci hanno dovuto fare i conti con una pandemia di ben più ampia portata. Per questo, spesso, le ordinanze adottate hanno fatto solo formalmente richiamo dell'art. 50 del TUEL, mentre, in realtà, guardavano al successivo art. 54 del TUEL, in cui il Sindaco agisce in qualità di "ufficiale del Governo" incaricato di «prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica»[61].

Ulteriori problemi interpretativi si sono concentrati sul significato della locuzione «in contrasto». Con ciò si potrebbe intendere che le ordinanze sindacali possano svolgere una funzione attuativa o esecutiva dei d.P.C.M., o comunque che debbano risultare non incompatibili con quanto in essi disposto[62]. L'interrogativo principale, però, è – come non pochi sindaci hanno concluso – se le ordinanze sindacali possano introdurre misure locali di contenimento più restrittive rispetto a quelle statali e regionali.

Per un verso, si potrebbe sostenere che tali atti non dovrebbero avere valenza meramente integrativa, posto che – è stato detto – andrebbe contro la

[59] Sul punto, v. la ricostruzione puntuale e le note critiche in N. PIGNATELLI, *La* specialità *delle ordinanze dei sindaci nell'emergenza sanitaria nazionale: un potere "inesauribile"*, in *Diritti regionali*, 2, 2020, 10 giugno 2020, 74 ss.

[60] L'art. 35 del d.l. 9/2020 prevede che «a seguito dell'adozione delle misure statali di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 non possono essere adottate e, ove adottate sono inefficaci, le ordinanze sindacali contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza predetta in contrasto con le misure statali». L'art. 3, c. 2, del d.l. n. 19/2020, ha poi precisato che «i Sindaci non possono adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali, né eccedendo i limiti di oggetto» definiti per le ordinanze regionali al comma precedente. L'art. 5 del d.l. n. 19/2020 ha altresì abrogato l'art. 3, c. 2, del d.l. n. 6/2020 e l'art. 35 del d.l. 9/2020.

[61] Cfr. sempre N. PIGNATELLI, *La* specialità *delle ordinanze dei sindaci nell'emergenza sanitaria nazionale: un potere "inesauribile"*, cit., 70 ss., anche per la ricostruzione dei differenti regimi del potere di ordinanza *ex* artt. 50 e 54 TUEL.

[62] A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, cit., 526.

ratio con cui i decreti-legge, nel fare riferimento all'emergenza pandemica nazionale, stabilirebbero in realtà una deroga all'art. 50 del TUEL, il quale – come anticipato – circoscrive questo tipo di atti alle sole emergenze a carattere esclusivamente locale[63]. In senso analogo sembrerebbe muoversi la prima giurisprudenza amministrativa[64].

Per l'altro, l'argomento letterale induce a escludere che le ordinanze sindacali possano essere maggiormente restrittive, considerato che questa possibilità è stata espressamente riconosciuta alle sole Regioni dall'art. 3, c. 1, del d.l. n. 19/2020[65]. Ne seguirebbe che le ordinanze sindacali dovrebbero limitarsi a disciplinare ambiti oggettivi non già regolati dagli atti statali e regionali, potendo in sostanza introdurre prescrizioni di rilievo esclusivamente locale[66].

Stanti i dubbi tutt'ora persistenti, il punto ha dato adito ad un significativo contenzioso giurisdizionale[67] e persino ad annullamenti straordinari[68].

Questa produzione di ordinanze a livello territoriale, e le problematiche che ne conseguono, costituisce certo espressione di un marcato attivismo da parte di alcune Regioni e Comuni, i cui Presidenti o Sindaci possono agire nella convinzione di conoscere meglio la situazione specifica e i bisogni dei propri territori, onde aspirare, entro uno Stato decentrato, ad una differenziazione rispetto al regime seguito nel resto del Paese. Ma si tratta certamente anche delle conseguenze delle evidenziate ambiguità di fondo nel modo con cui il Governo ha

[63] Secondo l'opinione di A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, cit., 376.

[64] V. TAR Sardegna, sez. I, decisione, 7 aprile 2020, n. 122, che non concede la sospensiva in sede cautelare a seguito dell'impugnazione delle ordinanze nn. 9 e 10/2020 del Sindaco del Comune di Pula, datate rispettivamente 31 marzo e 2 aprile, con cui si limitava la possibilità di fare spesa presso strutture di vendita ad alcuni giorni della settimana e per un numero limitato di persone, perché tali atti «non si pongono in contrasto con le disposizioni dettate a carattere nazionale e a livello regionale, peraltro richiamate nella stessa ordinanza, tenuto conto che si limitano a rendere più stringenti alcune delle misure prese a livello nazionale e regionale con il dichiarato fine di evitare che il contagio nell'ambito comunale possa diffondersi attraverso comportamenti delle persone non in linea con l'obiettivo di limitare al massimo gli spostamenti e le uscite dalla propria abitazione per l'approvvigionamento dei necessari beni alimentari».

[65] R. CHERCHI, A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria covid-19: prime riflessioni*, cit., 676.

[66] *Ivi*; in senso analogo M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 136.

[67] Si pensi al caso delle ordinanze nn. 9 e 10/2020 del Sindaco del Comune di Pula, citate *retro*.

[68] È il caso della ordinanza sindacale di Messina 5 aprile 2020, n. 105, che istituiva un regime autorizzatorio da parte del Comune, previa registrazione online, per coloro che intendessero oltrepassare lo Stretto e fare ingresso in Sicilia attraverso il Porto di Messina. Il Consiglio di Stato, sez. I, con ordinanza 7 aprile 2020, n. 735, ha dato parere positivo per l'annullamento straordinario sul presupposto, tra l'altro, di contrasto con il d.P.C.M. 22 marzo 2020 e l'art. 3, c. 1, del d.l. n. 19/2020. In dottrina v. N. PIGNATELLI, *L'annullamento straordinario ex art. 138 tuel di un'ordinanza comunale: il Covid-19 non "chiude" lo Stretto di Messina*, in *Diritti regionali – Forum La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed Enti locali*, 12 aprile 2020, e criticamente A. RUGGERI, *Non persuasivo il parere reso, dietro sollecitazione del Governo, dal Consiglio di Stato su un'ordinanza del Sindaco De Luca relativa all'attraversamento dello Stretto di Messina*, in *Consulta-online*, 1, 2020, 10 aprile 2020.

impostato i rapporti con i poteri di ordinanza delle autonomie territoriali. Il riflesso è costituito da un incremento esponenziale delle pronunce dei giudici amministrativi, chiamati a pronunciarsi sulla legittimità di tali ordinanze[69], e una crescente incertezza da parte dei cittadini nel comprendere le regole da seguire in questo frangente.

4. Il riflesso dei d.P.C.M. sui diritti fondamentali e sulla sistematica delle fonti

La decretazione d'urgenza per far fronte all'emergenza pandemica, dunque, ha dato il via, in termini pressoché inediti, all'adozione di numerosi atti giuridici che sollevano diversi dubbi in ordine ai relativi contenuti e ai limiti cui vanno incontro, ai loro reciproci rapporti, alla loro stratificazione tra i diversi livelli territoriali di governo. Al di là della torsione che ha subito l'istituto della decretazione d'urgenza in sé, tali profili assumono una rilevanza ancor più significativa se si considerano le implicazioni in termini di limitazioni ai diritti fondamentali disposte da tali atti.

In questa sede si limiterà il discorso ai soli d.P.C.M., i quali fra l'altro operano come una sorta di "riferimento" per stabilire la legittima portata delle ordinanze regionali e comunali. L'interrogativo che sorge è se i decreti-legge possano affidare ad atti come i d.P.C.M., nei termini sopra richiamati, il compito di incidere così pesantemente su numerosissimi diritti fondamentali.

Sul piano della legittimità, si consideri il caso paradigmatico della quarantena o della permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva. Il dibattito si accende, da una parte, tra coloro che ritengono si sia sul terreno delle limitazioni alla libertà personale, e conseguentemente che i d.P.C.M. siano illegittimi, dal momento che occorrerebbe rispettare le garanzie previste dall'art. 13 Cost., ovvero la riserva assoluta di legge e la riserva di giurisdizione[70]. È la prospettiva con la quale autorevole dottrina penalistica ha sottolineato la necessità di intervenire con una fonte primaria a disciplinare in modo organico la quarantena e le altre misure limitative di diritti e libertà fondamentali[71].

Dall'altra, vi sono coloro – invero, la maggioranza[72] – che ritengono si sia sul terreno delle limitazioni alla libertà di circolazione, e che conseguentemente

[69] Sul punto si vedano le pronunce selezionate in www.giustizia-amministrativa.it, nella sezione *Emergenza Covid 19 - Focus di Giurisprudenza e Pareri*.

[70] Dottrina citata in M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 126; C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, cit., 81.

[71] Cfr. G.L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Consulta-online,* 1, 2020, 6 aprile 2020, 202, anche per alcuni spunti in ordine alle esperienze straniere, fra cui il Coronavirus Act inglese del 25 marzo 2020 e l'impostazione seguita negli Stati Uniti. Anche G. LATTANZI, *La pandemia aggredisce anche il diritto?*, in *Giustizia Insieme*, 2 aprile 2020, rileva come «la compressione di diritti fondamentali non possa avvenire in un modo così invasivo attraverso fonti diverse da quella legislativa».

[72] Ad esempio, secondo M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 127, si dovrebbero escludere le garanzie *ex* art. 13 Cost., sulla base della ricostruzione teorica di libertà

i d.P.C.M. non siano illegittimi, perché rispettosi della riserva di legge relativa disposta dall'art. 16 Cost.[73]

La ricostruzione teorica dei confini entro cui una limitazione alla libertà di circolazione si riverbera sulla libertà personale è invero assai complessa e dibattuta[74]. A parere di chi scrive, occorre valutare in concreto in quale forma e secondo quali modalità viene imposta e mantenuta la limitazione in questione. Quand'anche, come sembrerebbe preferibile in termini generali, si riconducesse la quarantena ad una limitazione della libertà di circolazione, le forme di vigilanza, i controlli e le sanzioni cui si è sottoponibili possono assumere una forza coercitiva tale che l'obbligo di permanenza domiciliare imposto in via generalizzata potrebbe tracimare in una limitazione della libertà personale del singolo individuo[75].

Sul punto, la ricostruzione del quadro giuridico è invero assai complessa, poiché dipende da una pluralità di atti (dalle ordinanze del Ministro della Salute, alle circolari dei prefetti) e dall'interpretazione datane dalle pubbliche amministrazioni[76], rendendo per l'appunto assai difficile ragionare su un livello astratto e generalizzato.

Si aggiunga poi che «anche l'idea di un cordone sanitario esteso all'intero Paese sembra estranea alla *ratio* dell'art. 16, di sicuro circoscritta a vincoli riguardanti esclusivamente talune, ben definite porzioni del territorio nazionale»[77].

I dubbi sulla legittimità di simili misure disposte con d.P.C.M., tuttavia, non si attestano solamente sul piano delle garanzie da rispettare nel disporre limitazioni alle libertà costituzionali, ma anche su un piano più strettamente legato al sistema delle fonti.

Tramite le misure di contenimento e gestione, infatti, viene operato un delicato bilanciamento, da una parte, tra il diritto alla salute (o meglio, la tutela

personale prescelta. Per M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, in *Questione Giustizia*, 7 aprile 2020, invece, non sarebbe necessario invocare la riserva di giurisdizione perché non vi è valutazione che apra a rischi di arbitrio e discriminazione. Si sarebbe invece in presenza di una restrizione alla libertà di circolazione, imposta direttamente dalla legge (e non dall'amministrazione) ad una categoria di individui, selezionata senza alcuna discrezionalità, bensì sulla base di un criterio puramente e oggettivamente medico.

[73] Sebbene taluno riconosca nell'art. 16 Cost. una riserva di legge assoluta; v. L. MAZZAROLLI, *"Riserva di legge" e "principio di legalità" in tempo di emergenza nazionale*, cit., 18.

[74] Per un'ampia ricostruzione a partire dalla giurisprudenza costituzionale e dalle ipotesi dottrinarie, anche più risalenti, si veda R. CHERCHI, A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria covid-19: prime riflessioni*, cit., 656 ss.

[75] Integrando così una ipotesi di "atto coercitivo" (su cui *ivi*, 657, nota 17), o «menomazione della libertà morale» e «assoggettamento totale della persona al potere altrui» (su cui v. *ivi*, 657 s., nota 18).

[76] Problema rilevato anche da A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, cit., 347.

[77] ID., *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, cit., 207.

della salute come interesse della collettività), ritenuto prevalente anche dalla giurisprudenza[78], e dall'altra, la libertà di circolazione (si pensi al divieto di spostamento infracomunale), la libertà di riunione (divieto di assembramento), di religione e di culto (sospensione delle manifestazioni a carattere religioso), le libertà economiche e il diritto al lavoro (chiusura di fabbriche, imprese, attività commerciali), in deroga peraltro alla normativa di rango primario vigente.

Stante questa tipo di incidenza, ci si è giustamente interrogati sul fondamento e la natura degli atti giuridici cui viene affidato questo compito.

In assenza, come detto, di una clausola di "emergenza costituzionale", il fondamento di questi atti è stato rintracciato nei tradizionali princìpi del *primum vivere* e della *salus rei publicae*, positivizzati, seppur implicitamente, in una serie principi costituzionali[79]. Stante questo assunto, diverrebbe possibile derogare temporaneamente a principi e previsioni di rango costituzionale, quali quelle citate sopra a presidio di svariate libertà, nel rispetto dei canoni di idoneità, necessità e proporzionalità[80]. Questi principi, tuttavia, in assenza delle necessarie norme di competenza e di procedura, necessiterebbero di una intermediazione da parte di norme di rango primario, individuate nei principi generali contenuti nel Codice della protezione civile, di cui al d.lgs. n. 1/2018, nonché nei decreti-legge qui oggetto di analisi[81].

Per giustificare la capacità derogatoria alla legislazione vigente, inoltre, ai d.P.C.M. in questione è stata riconosciuta natura di ordinanze *extra ordinem*, con il conseguente onere del rispetto dei canoni (proporzionalità, adeguatezza, ragionevolezza) fissati dalla normativa, dalla giurisprudenza, nonché dalla prassi vigente[82].

[78] V. Cons. St., Sez. III, decreto 30 marzo 2020, n. 1553, ove si legge che «per la prima volta dal dopoguerra, si sono definite ed applicate disposizioni fortemente compressive di diritti anche fondamentali della persona - dal libero movimento, al lavoro, alla privacy - in nome di un valore di ancor più primario e generale rango costituzionale, la salute pubblica, e cioè la salute della generalità dei cittadini, messa in pericolo dalla permanenza di comportamenti individuali (pur pienamente riconosciuti in via ordinaria dall'Ordinamento, ma) potenzialmente tali da diffondere il contagio, secondo le evidenze scientifiche e le tragiche statistiche del periodo».

[79] Cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit, 113 s., che fa riferimento alla previsione dell'indivisibilità (art. 5) e dell'unità (art. 87) della Repubblica, dell'intangibilità dei princìpi supremi del vigente ordine costituzionale, quali argini alla negoziazione pattizia, alla revisione costituzionale, al diritto sovranazionale e al diritto internazionale (artt. 7, 10, 11 e 139).

[80] R. CHERCHI, A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria covid-19: prime riflessioni*, cit., 665.

[81] M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 123.

[82] Cfr. E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *BioLaw Journal*, I*nstant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 18 marzo 2020, 3 ss.; F. CINTIOLI, *Sul regime del* lockdown *in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, cit., 5 ss.; B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana. Editoriale*, in *Federalismi.it*, 6, 2020, 18 marzo 2020, VII; M. DE NES, *Emergenza Covid-19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?*, in *BioLaw Journal*, *Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 16 marzo 2020, 3.

Per giustificare l'incidenza sulle libertà costituzionali, infine, si è altresì ricostruito il rapporto tra d.P.C.M. e fonti di rango primario argomentando come non siano i primi a disporre le limitazioni in questione, bensì i decreti-legge sulla cui base sono stati adottati: in questo modo sarebbe la normativa di rango primario a descrivere i presupposti dell'intervento, a disporre le forme di limitazione e a stabilire le sanzioni[83], nel pieno rispetto del principio di legalità[84], mentre spetterebbe ad atti amministrativi, o di alta amministrazione, il mero compito di commisurare l'estensione di tale limitazioni, in funzione di mera attuazione ed esecuzione[85]. Quest'ultima ricostruzione sembrerebbe aver ricevuto il conforto della prima giurisprudenza amministrativa[86], presentando il pregio di salvaguardare l'assetto delle fonti stabilito in Costituzione[87].

Non si possono nascondere, però, i molteplici nodi problematici che emergono da simili prospettazioni.

Innanzitutto, vi sono margini di incertezza nel giustificare l'incisività dei d.P.C.M. attraverso una operazione interpretativa sistematica che ricollega una serie di principi costituzionali espressione di valori indiscutibilmente supremi per l'ordinamento, ma dalla portata estremamente ampia, ad una serie di altri principi generali contenuti nella disciplina sul sistema di protezione civile, aventi una propria organicità, e la disciplina disposta con decreti-legge, i quali hanno per molti versi delineato un sistema innovativo e forse al limite con la legittimità costituzionale.

Lo sforzo interpretativo risulta ancor più difficoltoso se si pensa che i d.P.C.M. in parola presentano una atipicità tale da non essere riconducibili ad alcun modello normativo previgente: non alle ordinanze di protezione civile, che l'art. 25, c. 2, del Codice della protezione civile circoscrive ad altri contenuti e finalità[88]; non al generale potere di decretazione del Potere del Consiglio,

[83] M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, cit.

[84] Osserva E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, cit, 5, come «il potere amministrativo di emergenza trova il suo fondamento nel principio di legalità», per cui «l'atto amministrativo opera, se non in esecuzione, in attuazione della legge».

[85] Così, in linea generale, R. DI MARIA, *Il binomio "riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali" in tempo di Covid-19: una questione non soltanto "di principio"*, in *Diritti regionali*, *Forum "La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed Enti locali"*, 30 marzo 2020, 511 ss.

[86] Conferme, ad esempio, in TAR Catanzaro, sez. I, 9 maggio 2020, n. 841, ove si legge che «è la legge a predeterminare il contenuto della restrizione alla libertà di iniziativa economica, demandando ad un atto amministrativo la commisurazione dell'estensione di tale limitazione» (punto 18.3).

[87] R. CHERCHI, A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria covid-19: prime riflessioni*, cit., 655 ss.

[88] Nella prassi, osserva A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza*, cit., 244 ss., come, in un'ottica di tipizzazione delle fattispecie che danno luogo all'adozione di ordinanze e delle forme concrete da queste ultime assunte, tra le normative più derogate vi sia la disciplina sul pubblico impiego, sugli adempimenti fiscali e tributari, la sospensione dei termini relativi a procedimenti amministrativi e giurisdizionali, ma anche relativi ai pagamenti di contributi e tributi, le regole sulla contabilità pubblica, i regimi autorizzatori, nonché le competenze degli enti territoriali. Tra i testi normativi

pur nella multiformità assunta nella nostra storia istituzionale, anche con riguardo ai poteri di direzione, indirizzo e coordinamento delle politiche di protezione civile[89]; non ai regolamenti o agli atti di delegificazione.

Inoltre, anche il riconoscimento di una valenza meramente esecutiva, o attuativa, dei d.P.C.M. può lasciare perplessi[90]. Non soltanto con riferimento all'oramai abrogata previsione delle «ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza» all'art. 2 del d.l. n. 6/2020, ma anche a quei d.P.C.M. che attingono tra le misure elencate dall'art. 1 del d.l. n. 19/2020: ne costituisce una riprova l'ampiezza con cui l'atto avente forza di legge formula tali misure, la produzione normativa a livello regionale che ha tentato di insinuarsi tra le sue maglie, la varietà di contenuti che i d.P.C.M. hanno concretamente assunto – e non poteva essere diversamente, a fronte dell'esigenza di modulare le misure di contenimento in relazione all'andamento epidemiologico. L'impressione è che i decreti-legge si siano limitati ad autorizzare formalmente i d.P.C.M. a scegliere se, come e quanto comprimere le libertà costituzionali dei cittadini. Pur in un contesto emergenziale, il risultato è stato quello di svilire quella valenza democratica della riserva di legge posta a presidio degli equilibri tra poteri costituzionali[91].

5. Perché decreti del Presidente del Consiglio e non decreti-legge?

In definitiva, pare di poter sostenere che nell'uso della decretazione d'urgenza per affrontare l'emergenza epidemiologica vi siano state significative distorsioni. Usando una forzatura teorica, si potrebbe dire come i decreti-legge, soprattutto quelli che hanno disposto misure di contenimento e gestione, abbiano operato impropriamente come una sorta di "norma di riconoscimento"

più derogati vi sono il codice civile, il T.U. sull'espropriazione, la legge su procedimento amministrativo. Osserva V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 365 ss., in particolare nota 20, come siano quattro i principali settori oggetto di deroga: quello degli «appalti di lavori, servizi e forniture e altri contratti pubblici», quello della «conformazione e pianificazione di beni immobili o del territorio», quello del «rapporto di impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni» e quello residuale delle «altre discipline generali e di settore». Per un'analisi più approfondita degli ambiti materiali in cui ricadono le ordinanze, cfr. sempre A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza*, cit., 10 ss.

[89] V. art. 5 del d.lgs. n. 1/2018.

[90] Cfr. anche R. DI MARIA, *Il binomio "riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali" in tempo di Covid-19: una questione non soltanto "di principio"*, cit., 515, che pur critica l'ampiezza dei decreti-legge e il ricorso ai d.P.C.M. per dettagliare le scelte in merito alle misure limitative della libertà di circolazione ed alla loro motivazione.

[91] Il riferimento va ai classici cfr. L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, 1990, 5, e S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, 1973, 663 ss. Osserva G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit., che «qualunque limitazione di diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione o disciplina restrittiva della generale libertà dei comportamenti – anche sotto forma di istituzione o ampliamento di doveri – deve trovare il suo presupposto in una statuizione di rango legislativo – legge formale o atto con forza di legge – perché, in un modo o nell'altro, la limitazione stessa possa essere assoggettata al vaglio del Parlamento».

– nel senso indicato da Hart di norma che definisce i criteri per l'individuazione delle fonti valide in un dato ordinamento giuridico[92] – nei confronti di una serie di tipologie normative che hanno assunto contenuti tali da essere difficilmente riconducibili agli atti che condividono lo stesso *nomen iuris*.

Se i decreti-legge che sono stati adottati sono meritevoli di attenta analisi, si potrebbe dire, allo stesso tempo, che qualche perplessità sorge anche nei confronti dei decreti-legge che non sono stati adottati. In altri termini, e in prospettiva costruttiva, l'interrogativo che nasce riguarda i motivi per cui le misure limitative di così tante libertà costituzionali siano stati adottate con d.P.C.M. e non direttamente con decreto-legge.

Si potrebbe rispondere come in questa fase occorra uno strumento persino più agile della decretazione d'urgenza[93], dal momento che le «necessità di contrasto variano di giorno in giorno e a seconda dei territori ed essendo lo stesso Parlamento in difficoltà di svolgere regolarmente le sue funzioni»[94]. La circostanza che questi atti siano adottati da un organo monocratico e che non debbano, di per sé[95], passare al vaglio di un organo collegiale in cui trovano espressione diverse anime politiche (sia esso il Consiglio dei Ministri per l'approvazione, o il Parlamento per la conversione) è senza dubbio garanzia di celerità.

Il d.P.C.M., inoltre, è una forma di decisione che consente di integrare il momento della decisione politica (e amministrativa) con ulteriori apporti tecnico-scientifici, attraverso la consultazione di organismi tecnici[96].

Questa scelta, infine, appare sì dettata da una logica di accentramento e di speditezza, ma anche perché la normativa di settore sulla protezione civile e la sanità viene giudicata inadeguata ad affrontare emergenze di questa portata[97].

Il dubbio, però, è se si tratti di ragioni sufficienti, anche alla luce di una comparazione tra benefici e costi.

Fermandoci su un dato puramente quantitativo, risulta che tra il 23 febbraio e il 30 maggio si siano susseguiti 13 d.P.C.M. e 17 sedute del Consiglio dei

[92] Cfr. H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 2002, *passim*, prescindendo qui dalla fattualità con la quale una norma di riconoscimento esiste e manifesta i suoi contenuti. Concetto valorizzato recentemente da A. MORRONE, *Fonti normative*, il Mulino, Bologna, 2018, 23 ss.

[93] A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, cit., 212.

[94] E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, cit., 1. In senso analogo L. DELL'ATTI, G. NAGLIERI, *Le fonti della crisi. Fra esigenze unitarie e garanzie costituzionali nel governo dell'emergenza da Covid-19*, cit., 3, che addirittura ritengono tra gli strumenti normativi il d.P.C.M. «il più conforme al principio di proporzionalità».

[95] Salvo, come visto, l'onere di trasmissione alle Camere entro il giorno successivo alla pubblicazione *ex* art. 2, c. 5, d.l. n. 19/2020.

[96] Si ricorda che il d.l. n. 19/2020 prevede espressamente che i d.P.C.M. siano adottati «sentito, di norma, il Comitato tecnico scientifico» (art. 2, c. 1).

[97] C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, cit., 6, che parla di «un'epidemia che per aggressività e generalità di portata non era mai stata sperimentata in epoca repubblicana».

Ministri (durante le quali, va ricordato, sono stati adottati i 14 decreti-legge)[98]. In termini assoluti, quindi, ci si potrebbe chiedere perché l'organo collegiale non avrebbe potuto deliberare direttamente anche sulle misure di contenimento e gestione – al netto delle diverse procedure istruttorie che precedono le decisioni del Consiglio dei Ministri, ma che nella prassi possono subire una frequente compressione[99]. Parimenti, ci si potrebbe chiedere perché anche le decisioni del Consiglio dei Ministri non possano aprirsi all'apporto di organismi tecnici, sempre in fase di istruttoria.

L'impressione è che il Consiglio dei Ministri sia una sede nella quale viene affrontato un quantitativo enorme di questioni, forse eccessivo, anche alla luce della complessità e della natura tecnica dei problemi[100]. Ma si tratta anche di una sede che rischia di essere troppo esposta ai conflitti politici che scaturiscono in seno alla coalizione di maggioranza[101]: a questo proposito si pensi, nella definizione delle misure di sostegno alle imprese previste dal d.l. n. 23/2020, a quanto accaduto in ordine alla definizione del ruolo di Sace s.p.a.[102]; oppure, tra le misure di rilancio dell'economia contenute nel d.l. n. 34/2020, al tema della regolarizzazione degli immigrati irregolari[103].

Non sembra ultroneo ipotizzare che il Governo avrebbe potuto provvedere direttamente con atto avente forza di legge[104]; ma anzi, che ciò sarebbe stato necessario per non "svuotare di significato" il decreto-legge[105], per rispettare maggiormente il principio di legalità[106], per garantire una maggior aderenza a

[98] Dati tratti dal sito internet istituzionale del Governo.

[99] Il riferimento va alla disciplina del d.P.C.M. del 10 novembre 1993, frequentemente derogato dalla prassi con riguardo, ad esempio, al coordinamento effettivo del DAGL, la diramazione dei documenti a tutte le componenti del Consiglio, le questioni affrontate nelle sedute del pre-Consiglio; v. G. SGUEO, *Lo scontro tra regola e prassi nelle riunioni del Consiglio dei Ministri*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 159 ss.

[100] Per alcune considerazioni sulle trasformazioni dell'indirizzo politico di governo, sia consentito rinviare a G. MOBILIO, *CIPE e Costituzione. Governare attraverso i Comitati interministeriali*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, 271 ss.

[101] Cfr. G. MOBILIO, *CIPE e Costituzione*, cit., 222 ss.

[102] Cfr. *"Non indeboliamo Cdp". Italia Viva e M5s bocciano il piano Gualtieri su Sace*, in *La Stampa*, 5 aprile 2020, disponibile su: https://www.lastampa.it/topnews/primo-piano/2020/04/05/news/non-indeboliamo-cdp-italia-viva-e-m5s-bocciano-il-piano-gualtieri-su-sace-1.38679889 (ult. acc. 30/05/2020).

[103] Cfr. *Scontro M5s-Pd sui migranti. Il Viminale, il testo è pronto*, in *Ansa.it*, 12 maggio 2020, disponibile su: https://www.ansa.it/sito/notizie/politica/2020/05/12/migranti-p.chigi-ce-sintesi-governo_ace530a2-c597-42ed-bf66-9d15f461bf64.html (ult. acc. 30/05/2020).

[104] A. VERNATA, *Decretazione d'urgenza e perimetro costituzionale nello stato di "emergenza epidemiologica"*, cit., 5; G. STEGHER, *In considerazione dell'emergenza sanitaria: Governo e Parlamento al banco di prova del Covid-19*, in *Nomos*, 1, 2020, 2.

[105] F. TORRE, *La Costituzione sotto stress ai tempi del Coronavirus*, cit., 4.

[106] F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, cit., 7; A. D'ALOIA, *L'emergenza e… i suoi 'infortuni'*, in *Dirittifondamentali.it*, 26 marzo 2020, 9; M. DE NES, *Emergenza Covid-19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?*, cit., 6.

«quei valori che giustificano la riserva di legge a protezione delle libertà costituzionali, quale forma di manifestazione della sovranità popolare»[107]. Addirittura è il decreto-legge la fonte per la quale la dottrina si è interrogata a lungo sulla possibilità che fosse abilitata o meno a derogare la Costituzione e sospendere le garanzie a presidio delle libertà in situazioni di pericolo per l'intero ordinamento o di emergenza assoluta[108]; caso, quest'ultimo, in cui potrebbe farsi rientrare l'emergenza da Covid-19, la cui gravità, però, non può comunque portare ad accedere all'ipotesi sopra prospettata[109] – sul punto si ritornerà in conclusione.

Viceversa, l'uso del d.P.C.M. ha avuto conseguenze su un duplice versante.

Da una parte, in termini di alterazione degli equilibri infragovernativi e di collegialità interna al Governo[110]. Con la scelta della fonte attraverso cui operare, il Governo ha introdotto una procedura *ad hoc* di adozione dei d.P.C.M., che prevede la proposta del Ministro della salute, sentiti il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e gli altri ministri competenti per materia, nonché i Presidenti delle Regioni interessate ovvero il Presidente della Conferenza delle Regioni, a seconda dell'ambito territoriale interessato dalle misure. Un così ampio coinvolgimento di esponenti del Governo costituisce, sul piano giuridico, il tentativo di ricercare un modulo alternativo alla collegialità del Consiglio dei Ministri per mitigare il rafforzamento della posizione del Presidente del Consiglio nell'adozione di scelte così significative. La ricerca di moduli organizzativi più adeguati ai compiti del Governo costituisce oramai una esigenza insopprimibile, da cui trae alimento anche la proliferazione di organi differenziati come i comitati interministeriali. Tuttavia, se il

[107] M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it*, *Focus - Osservatorio Emergenza Covid-19,* 18 marzo 2020, 9.

[108] C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., 835, nota 14, a partire dalla suaccennata distinzione tra necessità assoluta e relativa. V. anche A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Cedam, Padova 2003, 340 ss., che apre a questa ipotesi, proprio perché – osserva – la Costituzione pone «al Governo insuperabili limiti in ordine sia al contenuto e alla forma (misure "provvisorie", e perciò necessariamente limitate nel tempo; proporzionate all'emergenza che devono fronteggiare; adottate con "decreto presidenziale" avente forza di legge) sia ai controlli e alla responsabilità e, quindi, al regime dell'atto ovviamente non derogabile dallo stesso decreto».

[109] Di avviso contrario L. PALADIN, *Art. 77*, in G. BRANCA (diretto da), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma, 1979, 67 s., che oppone come argomenti il diverso avviso ricavabile dai lavori dell'Assemblea costituente e la mancanza di alcun riferimento al presupposto regime "duale" che ne deriverebbe alla luce di d.l. aventi forza di legge ordinaria e altri aventi forza di legge costituzionale, come delle rispettive leggi di conversione. Ne deriva che «i decreti-legge anticostituzionali sono ancor meno ammissibili oggi di quanto non lo fossero nell'ordinamento statutario». Contrario anche F. SORRENTINO, *La Corte costituzionale tra decreto-legge e legge di conversione. Spunti ricostruttivi*, in *Dir. soc.*, 1974, 510 s., a partire dal presupposto che i d.l. avrebbero forza di legge, e quindi la stessa efficacia e i relativi limiti.

[110] Osserva G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit., come «assieme alla rappresentanza parlamentare viene "sospesa" anche la collegialità del Governo, entrambe sostituite dalla comunicazione diretta tra vertice dell'Esecutivo e cittadini».

© Osservatoriosullefonti.it, fasc. speciale/2020

bilanciamento da operare nella scelta di qualsiasi forma di collegialità alternativa è quello, tra l'altro, di assicurare il coordinamento funzionale tra centri di decisione e di non concentrare eccessivamente nelle mani di un esponente o un'amministrazione il potere decisionale[111], si comprende come il procedimento descritto di adozione dei d.P.C.M. possa non rivelarsi pienamente soddisfacente a fronte di una non del tutto effettiva capacità di coordinamento, soprattutto in termini di assunzione di responsabilità, e di una concentrazione in capo al Presidente del Consiglio del potere di adottare misure così incisive.

Sul piano politico, poi, tale procedura rappresenta forse il tentativo di ovviare alle citate difficoltà nei rapporti in seno alla maggioranza di governo, al costo però di determinare una sovraesposizione del titolare della carica di Presidente del Consiglio, responsabile – come noto[112] – di aver dato vita agli ultimi due Governi in un contesto di forte crisi istituzionale e di debolezza del sistema politico-partitico[113].

Dall'altra, la scelta del d.P.C.M. influisce anche sulle dinamiche dei rapporti tra organi costituzionali e nelle garanzie di cui essi si fanno portatori[114].

L'effetto è stato innanzitutto quello di esautorare il Parlamento dalle sue funzioni di controllo esercitate con la conversione dei decreti-legge; anche se sarebbe stato necessario valutare attentamente le conseguenze della mancata conversione di previsioni che avrebbero potuto disporre direttamente misure di contenimento, più di quanto effettivamente accaduto a seguito delle abrogazioni verificatesi nella successione dei decreti-legge adottati[115], o dalla loro completa abrogazione (che assomiglia ad una non conversione), con contestuale sanatoria e stabilizzazione di parte delle relative previsioni a seguito della loro refusione in altri decreti-legge[116]. Se ciò può essere considerato il frutto di una «strategia di politica del diritto» messa in campo dal Governo, volta al parziale aggiramento del Parlamento, occorre considerare anche come vi sia stata da parte di quest'ultimo una rinuncia «ad esercitare da subito il controllo

[111] V. ancora G. MOBILIO, *CIPE e Costituzione*, cit., 213 ss.

[112] Cfr. A. MORELLI (a cura di), *Dal contratto di governo alla formazione del governo Conte. Analisi di una crisi istituzionale senza precedenti*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018.

[113] Come sottolinea B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana. Editoriale*, cit., 6, rendendo così il processo decisionale più oscuro.

[114] Cfr. G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit.; A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, cit., 209; M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, cit., 8 s.; F. TORRE, *La Costituzione sotto stress ai tempi del Coronavirus*, cit., 4.

[115] Si pensi alle modifiche e abrogazioni disposte dal d.l. n. 18/2020 al d.l. n. 9/2020, o all'abrogazione della maggior parte delle previsioni sulle misure di contenimento del d.l. n. 6/2020 da parte del d.l. n. 19/2020. Sul punto si rinvia a E. ROSSI, in questo *Speciale*.

[116] È quanto accaduto con la legge n. 27/2020, di conversione del d.l. n. 18/2020, che ha "abrogato" i d.l. n. 9, 11 e 14/2020, e ne ha fatti salvi gli effetti (art. 1, c. 2). Ipotesi preconizzata anche in F. PETRINI, *Emergenza epidemiologica Covid19, decretazione d'urgenza e Costituzione in senso materiale*, in *Nomos*, 1, 2020, 4.

con gli strumenti del sindacato ispettivo»[117]. In più, si aggiungano le difficoltà non solo materiali e politiche, ma anche giuridiche, nell'ammettere sulla base dell'art. 64 Cost. e del diritto parlamentare vigente la possibilità che i dibattiti e le votazioni avvengano tramite strumenti elettronici o di videoconferenza[118].

L'uso dei d.P.C.M. al posto dei d.l., però, ha avuto anche l'effetto di pretermettere formalmente il Presidente della Repubblica, impedendogli del tutto la possibilità di svolgere un controllo in fase di emanazione, al netto dei poteri informali che eventualmente il Capo dello Stato può spendere per interloquire con il Governo e discutere sulla "opportunità" di determinati atti[119].

Ed infine, la scelta del Governo ha determinato una sottrazione della fonte al controllo della Corte costituzionale, sebbene i d.P.C.M. siano pure assoggettabili al sindacato del giudice amministrativo[120].

6. Considerazioni conclusive

In conclusione, quella che stiamo affrontando è una situazione inedita, nelle cui condizioni non è peregrino che saltino gli schemi giuridici usuali[121]. Ad un

[117] Come rileva F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, cit., 10.

[118] In questo senso militano le interpretazioni più restrittive dell'art. 64, c. 3, Cost., con riguardo al concetto di "presenza", su cui v. R. DICKMANN, *Alcune questioni di costituzionalità in tema di voto parlamentare a distanza*, in *Federalismi.it*, 1° aprile 2020, 5 ss., invocando anche il principio della necessaria rappresentanza proporzionale nella composizione degli organi parlamentari e il principio maggioritario delle decisioni (artt. 72, c. 3, e 82, c. 2, Cost.). Ipotesi, quella del voto a distanza, che sembra percorribile invece per S. CURRERI, *Voto a distanza in Parlamento: i precedenti non lo impediscono affatto*, in *laCostituzione.info*, 16 marzo 2020, giustificandosi con la grave situazione emergenziale e il dovere comunque di assicurare il buon andamento dei lavori (art. 8 R.C.), per il tramite del parere unanime della Giunta per il regolamento e la delibera unanime della Conferenza dei capigruppo, allargata ai Presidenti delle componenti politiche del gruppo misto. Favorevole anche N. LUPO, *Perché non è l'art. 64 Cost. a impedire il voto "a distanza" dei parlamentari. E perché ammettere tale voto richiede una "re-ingegnerizzazione" dei procedimenti parlamentari*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 3, 2020, 31 marzo 2020, che riporta precedenti e pronunce giurisprudenziali a riprova dell'elasticità con cui tale previsione può essere interpretata e in favore dell'autonomia regolamentare. Vi è però chi ritiene che debba essere privilegiata la discussione, il dibattito, il confronto dialettico e spesso compromissorio svolto necessariamente in presenza, come C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, cit., 85 s..

[119] Viene qui alla mente quel passaggio della sent. n. 1/2013 in cui la Corte costituzionale chiarisce come il Presidente della Repubblica disponga di un «"potere di persuasione", essenzialmente composto di attività informali, che possono precedere o seguire l'adozione, da parte propria o di altri organi costituzionali, di specifici provvedimenti, sia per valutare, in via preventiva, la loro opportunità istituzionale, sia per saggiarne, in via successiva, l'impatto sul sistema delle relazioni tra i poteri dello Stato» (8.3 cons. dir.).

[120] Con tutte le difficoltà legate all'accesso alla giustizia, come sottolineato da F. CINTIOLI, *Sul regime del* lockdown *in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, cit., 9 s.

[121] Cfr. A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, cit., 207. Di una maggiore aderenza più alle necessità straordinarie che alle nozioni giuridiche acquisite parla anche U. ALLEGRETTI, *Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 25 marzo 2020, 1.

giudizio finale, le misure messe in campo non sembrano porsi in aperta rottura con l'ordinamento, sebbene vi sia stata una marcata torsione nell'uso delle fonti normative, prima fra tutte il decreto-legge, utilizzato come strumento attraverso cui definire il regime, e forse anche la natura degli strumenti normativi – si è detto, istituire un vero e proprio microsistema delle fonti – con cui affrontare l'emergenza. Questa scelta di metodo e di contenuti ha condizionato, come in una sorta di "effetto domino" [122], l'utilizzo degli atti normativi emergenziali di ogni altro livello territoriale di governo, con il risultato di provocare una alterazione considerevole degli equilibri tra poteri costituzionali e la compressione di alcuni principi a tutela delle libertà.

È fondamentale, dunque, che anche in situazioni di vera emergenza come quella attuale tali scostamenti si verifichino per un periodo strettamente limitato di tempo[123], che si salvaguardino, nelle loro logiche di fondo, i meccanismi democratici[124], e che al contempo si preservino le categorie giuridiche che, secondo Costituzione, devono orientare i rapporti tra autorità e libertà[125]. Per questo, una volta calmate le acque, si potrebbe ragionare, in una prospettiva di riforma costituzionale o legislativa, su una disciplina che definisca meglio le condizioni e gli strumenti normativi con cui fronteggiare situazioni analoghe, anche attraverso le necessarie limitazioni delle libertà costituzionali.

L'epidemia da Covid-19 ha reso evidente come tra i fattori da tener presente vi siano: le garanzie individuali da accordare a fronte di misure limitative di diritti fondamentali posti al confine tra libertà di circolazione e libertà personale; i meccanismi di assunzione di responsabilità collegiale da parte del Governo; una funzione di garanzia effettiva del Capo dello Stato, già chiamato a intervenire nelle situazioni emergenziali [126]; un ruolo più incisivo del

[122] Espressione usata da G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit., secondo cui «era logico aspettarsi che, diventato il decreto legge una forma anomala, ma invalsa nella prassi, di legislazione corrente, quando si fosse presentata una vera situazione di necessità e urgenza, il procedimento ideato dai Costituenti per fronteggiare velocemente l'emergenza sia apparso "lento", come "lento" era apparso il procedimento ordinario di formazione della legge di fronte all'abuso della parola "emergenza" per qualunque problematica economica o sociale si presentasse al vaglio della politica».

[123] «Non si può negare che la necessità "di fatto" assurge a fonte autonoma qualora provvedimenti siano indispensabili per fronteggiare esigenze improvvise e imprevedibili che mettono in discussione l'esistenza stessa dello Stato e della comunità di riferimento, non si deve accettare che terminato lo "stato di necessità" la rottura delle regole prosegua»; cfr. G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2020, 31 marzo 2020, II ss., che giudica gli atti fin qui adottati non conformi a Costituzione, ma non illegittimi.

[124] T. GROPPI, *Le sfide del Coronavirus alla democrazia costituzionale*, in *Consulta-online*, 1, 2020, 30 marzo 2020, 192 ss.

[125] Come ritiene anche A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, cit., 523.

[126] Che, come rileva B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana. Editoriale*, cit., VI, avviene già in situazioni *extra ordinem* secondo i poteri a lui attribuiti dall'art. 87 Cost.: rappresenta l'unità nazionale rispetto a Regioni ed enti locali ove si applica l'art. 120, c. 2,

Parlamento nell'informazione e nel controllo[127]; una migliore definizione dei confini del potere di ordinanza delle Regioni e dei sindaci[128]; l'istituzione di sedi di raccordo con le autonomie territoriali per concertare preventivamente le misure da adottare[129].

A ben vedere, molte di quelle emerse sono esigenze che devono essere salvaguardate anche in un contesto di piena "ordinarietà". In fin dei conti, la vicenda in esame induce a riflettere non soltanto sulle incertezze che oggi caratterizzano la decretazione d'urgenza e il sistema delle fonti in una fase di emergenza, ma anche in condizioni di piena "normalità"[130]. Come la crisi si sta dimostrando un'occasione per riconsiderare gli stili di vita e i modelli di organizzazione sociale[131], e addirittura per assumere consapevolezza delle false sicurezze di cui si circondano le persone[132], così, anche sul piano giuridico, può divenire una occasione per riconsiderare il regime delle fonti normative e riportarle entro un alveo precostituito, interrompendo così quell'"effetto domino" che rischia di spingere verso l'abbandono dei canoni formali.

Cost.; dichiara lo stato di guerra *ex* art. 78 Cost.; emana i decreti aventi valore di legge ai sensi dell'art. 77 Cost.

[127] Come chiosa A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del Coronavirus*, cit., 6, «il Parlamento non può chiudere». Che non chiudano i servizi pubblici essenziali (persino le tabaccherie), ma che rischi di chiudere il Parlamento, «organo vitale della democrazia rappresentativa», è censurato da G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, cit., IV.

[128] Come osserva C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, cit., 9, sono limiti dimostrati da «il precario assestamento dell'assetto delle fonti, che ha cercato inutilmente di coprire l'impotenza di fronte a iniziative e pretese di parte regionale eccedenti il costituzionalmente disponibile».

[129] Cfr. A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, cit., 373, che definisce modello vincente quello della «cooperazione di tutte le istituzioni operanti nel territorio coordinate in modo efficace dal centro».

[130] ID., *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, cit.

[131] R. BIN, *Guardando a domani*, in *laCostituzione.info*, 12 marzo 2020; A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del Coronavirus*, cit., 7 s.

[132] «Una crisi ci costringe a tornare alle domande; esige da noi risposte nuove o vecchie, purché scaturite da un esame diretto; e si trasforma in una catastrofe solo quando noi cerchiamo di farvi fronte con giudizi preconcetti, ossia pregiudizi, aggravando così la crisi e per di più rinunciando a vivere quell'esperienza della realtà, a utilizzare quell'occasione per riflettere, che la crisi stessa costituisce» (H. ARENDT, *Tra passato e futuro*, Garzanti, Milano, 1991, 229).

EPISODI E MOMENTI DEL CONFLITTO STATO-REGIONI NELLA GESTIONE DELLA EPIDEMIA DA COVID-19*

ERIK LONGO**

«La Repubblica "tutela la salute, promuove l'igiene e garantisce cure gratuite agli indigenti". Dunque la Repubblica […] assume come obblighi di tutelare la sanità, promuovere l'igiene e garantire cure gratuite agli indigenti. Voglio ben ripeterlo perchè non credo ai miei occhi. Voi sapete qual è la situazione dell'Italia, voi sapete che cosa sono gli ospedali [...]. E noi assumiamo proprio adesso, improvvisamente, l'impegno di assicurare tutte queste cose che non potremo, per parecchi anni, assicurare? Ora credete che sia buona procedura promettere in nome della Repubblica ciò che non si può mantenere? [...] Sono cambiali a vuoto che si vogliono emettere a nome della Repubblica***».

Sommario

1. Introduzione. – 2. Le scelte di fondo. – 3. Tre episodi per descrivere i passaggi più importanti del rapporto Stato-regioni durante l'emergenza covid-19. – 3.1 Episodio 1: l'instaurazione di un meccanismo collaborativo nelle materie protezione civile e salute. – 3.2 Episodio 2: dalla collaborazione «attenuata» alla collaborazione «cedevole». – 3.3 Episodio 3: dalla "fragile" collaborazione alla fine del lockdown. – 4. Tre momenti emblematici del conflitto Stato-regioni. – 4.1 Se telefonando io potessi… obbligarti a collaborare: il caso Marche. – 4.2 Ci ho ripensato, in Campania il *jogging* è vietato. – 4.3 I tavoli all'aperto in Calabria e la successiva sentenza del TAR Catanzaro. – 5. Riflessioni conclusive.

Abstract

The spread of the new Coronavirus in the spring of 2020 upended nearly every aspect of public law as we know it. Day after day, the emergency generated by the COVID-19 infection has taken on the appearance of a "perfect storm". Few people imagined the physical impact of the current epidemic for law, yet SARS-Cov-2 is a "sovereign" virus, as someone has called it. Against this backdrop, this paper intends to take into consideration what happened on the side of relations between state and regions in Italy. The health emergency represented a justification to build an unprecedented structure of relations between State and regions, whose formation is still in progress while writing. There has been a gradual emergence of a new architecture of institutional powers – away from the constitutional configuration of center-periphery relations – for the sake of the rapid and effective solution of problems related to the pandemic. This situation has produced new conflicts among state, regional and municipal powers. The paper is divided in two parts. The first is dedicated to give an overview of the situation and to describe the evolution of legislation from the point of view of "loyal collaboration." The second is devoted to examine three distinctive episodes of the state-regions conflict that have had an epigone before Italian administrative judges. The work ends with an insight into the fate of Italian regionalism after the COVID-19 emergency.

Suggerimento di citazione

E. LONGO, *Episodi e momenti del conflitto Stato-regioni nella gestione della epidemia da Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al *webinar* "Le fonti normative dell'emergenza", organizzato dalla *Rivista* e svoltosi il 30 aprile 2020.

** Professore associato di diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Firenze. Si desidera ringraziare il revisore anonimo per le correzioni e gli ottimi suggerimenti. Gli errori e le sviste sono da attribuire solamente all'autore. Contatto: erik.longo@unifi.it

*** Estratto dal discorso di F.S. NITTI durante la seduta del 19 aprile 1947 dell'Assemblea Costituente, in *Atti Costituente*, II, 1034.

© 2007-2020 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIII - Fascicolo speciale/2020
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Introduzione

Giorno dopo giorno l'emergenza generata dall'infezione COVID-19 ha assunto le sembianze di una "tempesta perfetta", ovvero quel fenomeno che in estrema sintesi accade quando una rara combinazione di eventi genera una catastrofe molto più potente di quella che produrrebbe la mera somma dei singoli elementi[1]. Pochi immaginavano l'impatto fisico dell'attuale epidemia per il diritto, ma d'altronde il SARS-Cov-2 è un virus "sovrano", come qualcuno lo ha definito[2]. L'epidemia ha, infatti, messo in crisi il sistema delle fonti, l'assetto della forma di governo, il quadro dei rapporti centro-periferia e, ultimo ma non meno importante, l'esercizio e la garanzia dei diritti civili, sociali, economici e politici. Senza dimenticare le implicazioni per l'assetto e la tenuta dell'Unione europea, nonché per il quadro delle relazioni internazionali.

Indagini recentissime riportano un numero così ampio di atti normativi e amministrativi approvati dalle diverse istituzioni a livello nazionale e regionale che non è semplice neanche operare una classificazione[3].

Tra le numerose questioni che si potrebbero esaminare, questo scritto intende prendere in considerazione ciò che è accaduto sul versante dei rapporti tra Stato e regioni. L'emergenza sanitaria ha rappresentato l'occasione per costruire un inedito assetto dei rapporti tra lo Stato e le regioni, la cui formazione è ancora in atto mentre si scrive. Tanto sul fronte statale quanto su quello regionale si è assistito alla progressiva emersione di un nuovo assetto di poteri, che ha deviato dalla normale configurazione dei rapporti centro-periferia, in nome della rapida ed efficace soluzione dei problemi legati all'emergenza.

La relazione si divide in due parti. La prima è dedicata a dare un quadro di insieme della situazione e a descrivere l'evoluzione normativa sotto il profilo della "leale collaborazione". La seconda è dedicata ad esaminare tre episodi emblematici del conflitto Stato-regioni che hanno avuto un epigono di fronte alla giurisprudenza amministrativa. Il lavoro si chiude con uno sguardo al futuro delle relazioni istituzionali centro-periferia dopo l'emergenza COVID-19.

[1] S. JUNGER, *La tempesta perfetta. Una storia vera di uomini contro il mare*, Rizzoli, Milano, 1998.

[2] D. DI CESARE, *Virus sovrano? L'asfissia capitalistica*, Bollati Boringhieri, Torino, 2020 (si v. in particolare il paragrafo "Stato d'eccezione e virus sovrano").

[3] Oltre alla rubrica attivata in questa Rivista, si v.no i dossier predisposti dalla fondazione Openpolis (www.openpolis.it). Tra i commenti più interessanti alle caratteristiche e conseguenze dell'inflazione normativa e amministrativa determinatasi si v. F. TORRE, *Il (carattere bidirezionale del) principio di sussidiarietà alla prova dell'emergenza da coronavirus*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, 1, 2020, *passim*; M. MANDATO, *Il rapporto stato-regioni nella gestione del COVID-19*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 1, 2020, p. 7-8.

© Osservatoriosullefonti.it, fasc. speciale/2020

2. Le scelte di fondo

In estrema sintesi possiamo concordare sul fatto che, almeno da una certa data in avanti, il Governo ha scelto di adottare un assetto centripeto a ridotta "leale collaborazione" nella gestione della emergenza. Sulla scorta della considerazione (politica) che il contenimento dell'epidemia dovesse essere perseguito allo stesso modo e contemporaneamente per tutto il Paese, l'Esecutivo ha scelto di mantenere a livello centrale le misure necessarie per evitare il contagio e mettere in sicurezza i cittadini, lasciando solo alcuni e limitati poteri alle regioni (e ai sindaci)[4].

Per realizzare le misure di contenimento del virus è stato valorizzato, sul piano delle fonti, l'impiego del decreto-legge e del DPCM. Mentre, sul piano delle competenze, il Governo ha sfruttato le competenze esclusive in materia di "ordinamento e organizzazione dello Stato e degli enti pubblici nazionali", "ordine pubblico e sicurezza", "profilassi internazionale" (art. 117, comma 2, lett. g, h, e q, Cost.)[5] e le materie concorrenti "tutela della salute" e "protezione civile" (art. 117, comma 3, Cost.), ora utilizzate secondo lo schema tipico delle materie concorrenti ora secondo il modello della "chiamata sussidiarietà", secondo quanto elaborato dalla giurisprudenza costituzionale fin dalle sentt. 303/2003 e 6/2004 (v. *infra* par. 4.3).

Nei fatti, a partire dal 23 febbraio 2020, prima con il decreto-legge n. 6/2020 e poi successivamente con il decreto-legge n. 19/2020 e una serie di decreti del Presidente del Consiglio (DPCM), il Governo ha scelto una strada parzialmente divergente dalla prima per delimitare il potere regionale di adottare ordinanze nelle loro materie in merito alla situazione di crisi.

Ma mentre con il primo decreto-legge e i correlati DPCM è sembrato che l'Esecutivo intendesse aprire e permettere alle regioni di intervenire quanto alla definizione dei divieti ("nelle more" dell'approvazione dei DPCM e in casi di "estrema necessità e urgenza"), con il secondo decreto-legge i margini per gli enti territoriali sono stati drasticamente ridotti, determinando una situazione di incertezza sia per le regioni sia per le imprese e i cittadini.

Il microsistema normativo COVID-19 ha avuto conseguenze molto diverse da quello che il Governo nazionale probabilmente sperava. Se, infatti, da un lato, con il meccanismo creato dai due decreti-legge e dai DPCM si intendeva sottrarre alle regioni rilevanti poteri normativi in materie di potestà concorrente quali, oltre la salute e la protezione civile, il commercio, l'artigianato e l'industria, l'agricoltura, l'istruzione, il turismo, le politiche culturali, dall'altro,

[4] Per un giudizio complessivo sulla condotta del Governo in questa prima fase si v. G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost*, 10 aprile 2020; U. ALLEGRETTI, *Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo*, in *www.astrid-online.it*, 25 marzo 2020

[5] Con riferimento ai poteri sanzionatori assume infine rilievo la materia di esclusiva competenza statale "ordinamento civile e penale" (art. 117, secondo comma, lettera l).

non sono mancate fughe in avanti da parte dei Presidenti di molte Regioni, che hanno risposto alla scelta statale emanando un numero ampio di ordinanze e decreti, spesso contrastanti con le decisioni nazionali[6].

La decisione di usare l'inedita catena normativa fondata sulla filiera decreti-legge, DPCM, ordinanze regionali (e sindacali) ha portato alla luce le criticità più evidenti del sistema regionale riformato nel 2001 e ha anche prodotto numerose incertezze di cui hanno fatto le spese i cittadini, incapaci a volte di comprendere quali comportamenti fossero leciti (*rectius* ammessi) e quali vietati. Purtroppo, si è assistito giornalmente all'accavallarsi di provvedimenti che derogano a divieti nazionali o pongono nuovi divieti, sia inasprendo misure precedenti sia delimitando le fattispecie di divieto[7].

All'incertezza pratica si è poi aggiunta la confusione generata dall'attività di alcuni parlamentari, i quali hanno proposto progetti di legge di revisione costituzionale tesi – alcuni – a introdurre negli art. 116 e 117 Cost. una "clausola di supremazia" e – altri – ad attrarre la competenza in materia di "tutela della salute" all'interno delle potestà legislativa esclusiva dello Stato[8].

3. Tre episodi per descrivere i passaggi più importanti del rapporto Stato-regioni durante l'emergenza COVID-19

Per descrivere cosa è accaduto in questi mesi prenderò in esame il periodo che stiamo vivendo distinguendo la storia in tre episodi.

A nostro avviso il rapporto Stato-regioni ha vissuto tre momenti. Il primo inizia il 31 gennaio 2020 con la dichiarazione di emergenza nazionale deliberata dal Consiglio dei Ministri sulla base del d.lgs. n. 1/2018.

In realtà, ci sarebbe anche un "episodio 0" della lunga vicenda istituzionale che tra poco descriverò, iniziato nel momento in cui a metà gennaio il Ministro della Salute ha emanato le prime due ordinanze contenenti sia misure profilattiche per i passeggeri provenienti dalla Cina e dai primi paesi colpiti dall'epidemia, sia per interdire il traffico aereo dalla Cina[9]. Si è scelto di non considerare nell'analisi questo periodo sebbene, come vedremo più avanti, le decisioni prese in quel lasso di tempo hanno avuto un peso rilevantissimo per ciò che è accaduto successivamente.

[6] Per una riflessione complessiva sull'assetto delle fonti derivanti dal conflitto Stato-regioni si v. U. DE SIERVO, *Emergenza COVID e sistema delle fonti: prime impressioni*, in questo fascicolo della Rivista.

[7] Si pensi, tanto per fare alcuni esempi tra i più noti, all'obbligo delle mascherine ovvero alle attività all'aperto; alla scelta di creare liste alla mera descrizione delle attività commerciali e produttive che potevano rimanere aperte e alla successiva sostituzione di liste composte dai meri codici ATECO.

[8] Si v. *infra* par. 5.

[9] Le due ordinanze sono state emanate il 25 e 30 gennaio 2020 dal Ministro della salute in base all'art. 32 della l. n. 833/1978.

Le vicende che descriveremo, quindi, partono da fine gennaio 2020, cioè dal momento in cui, dopo la dichiarazione di "emergenza sanitaria" da parte dell'Organizzazione Mondiale della Sanità[10] e la scoperta di due contagiati nel nostro Paese, il Governo italiano ha deciso di dichiarare lo stato di emergenza e di intensificare i controlli sui contagi in atto.

3.1 Episodio 1: l'instaurazione di un meccanismo collaborativo nelle materie protezione civile e salute

Il 31 gennaio 2020 il Consiglio dei ministri ha deliberato la "Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili" per sei mesi, tenuto conto, come si legge nella premessa dell'atto, che la situazione di emergenza, "per intensità ed estensione, non è fronteggiabile con mezzi e poteri ordinari", a fronte della sussistenza dei presupposti di cui al d.lgs. n. 1/2018 (Codice della protezione civile) per la dichiarazione dello stato di emergenza[11]. La delibera prevede che si debba procedere mediante l'emanazione di ordinanze in base all'art. 25 Codice della protezione civile da parte del "Capo del Dipartimento della protezione civile in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, nei limiti delle risorse di cui al comma 3".

Per l'adozione delle ordinanze occorre acquisire l'intesa delle regioni e Province autonome territorialmente interessate e, ove rechino deroghe alle leggi vigenti, serve indicare le principali norme a cui si intende derogare, oltre ad una specifica motivazione[12]. Tali ordinanze sono poi trasmesse, per

[10] L'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) ha qualificato la diffusione del COVID-19 come "public health emergency of international concern" il 30 gennaio 2020. Successivamente, il 9 marzo 2020 l'OMS ha infine qualificato come "pandemia" la situazione emergenziale in atto. WHO, *Statement on the second meeting of the International Health Organization (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV),* 30 gennaio 2020. Disponibile in: https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)

[11] La delibera è pubblicata in GU Serie Generale n. 26 del 1.02.2020. Disponibile ora in: https://www.osservatoriosullefonti.it/emergenza-covid-19/fonti-governative/delibere-del-consiglio-dei-ministri/3008-emcov-deliberacdm1

[12] Un ulteriore aspetto importante di questa fase riguarda l'individuazione di "soggetti attuatori", vale a dire coloro di cui il Capo della protezione civile può avvalersi, individuati anche tra gli enti pubblici economici e non economici e soggetti privati, che agiscono sulla base di specifiche direttive potendo anche derogare a specifiche norme di legge. A questi soggetti la protezione civile affida l'attuazione di specifiche azioni. Il primo dei soggetti attuatori è stato individuato con un decreto della protezione civile datato 7 febbraio 2020 nel "segretario generale del Ministero della Salute". NB: per me qui capo va maiuscolo perché è un ruolo, una carica…

informazione, non solo al Presidente del Consiglio dei ministri, ma anche alle regioni o Province autonome interessate[13].

Le ordinanze emanate dal "Capo del Dipartimento della protezione civile" dopo il 31 gennaio 2020 sono intervenute per finalità connesse all'emergenza e per rispondere a molteplici esigenze organizzative e di supporto: predisporre il rientro delle persone presenti nei paesi più colpiti; prevedere misure per la salvaguardia dell'anno scolastico degli studenti rientrati da aree a rischio e sottoposti a misure di sorveglianza; affidare la sorveglianza microbiologica all'Istituto superiore di sanità; istituire un comitato tecnico scientifico con il compito di coordinare tutti gli interventi; consentire acquisti in deroga al Codice dei contratti pubblici, etc.[14]

Sulla carta l'utilizzo delle ordinanze di protezione civile è apparso conforme alle previsioni legislative vigenti e in linea con quanto indicato dalla dottrina negli ultimi anni[15]. Nei fatti gli stretti vincoli stabiliti dall'art. 25 del Codice (adozione da parte del Capo del Dipartimento, intesa e successivo coinvolgimento regionale, indicazione puntuale delle norme, specifica motivazione) hanno rappresentato un punto controverso della vicenda attuale, specie riguardo a un tipo di emergenza di così vasta portata come quella che stiamo vivendo[16].

In questo frangente, come d'altronde accade spesso nel campo della protezione civile, la scelta di adottare lo stato di emergenza si è combinata con l'emanazione di atti regionali con portata particolare. La protezione civile, infatti, è materia concorrente Stato-regioni. In questo settore, quindi, oltre all'intesa a monte, vi è anche bisogno di un coordinamento costante tra centro e periferia, che si declina nella instaurazione di filiere di atti nazionali e regionali. Questa attività complessa risale alla stessa legge n. 225/1992 ed è oggi disciplinata nel già citato art. 25 del Codice[17].

[13] Per tali provvedimenti è assente il controllo preventivo di legittimità della Corte dei Conti.

[14] Un ricostruzione puntuale dell'esercizio del potere di ordinanza dopo il 31 gennaio è stata compiuta da A. CARDONE, *La "gestione alternativa" dell'emergenza nella recente prassi normativa del Governo: le fonti del diritto alla prova del COVID-19*, in *La legislazione penale*, 18 maggio 2020.

[15] Sulla situazione specifica si v. R. CHERCHI, A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria Covid-19: prime riflessioni*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, 1, 2020, 650. In generale sul tema si v. A. CARDONE, *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011; E. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bononia University Press, Bologna, 2020.

[16] In questo senso si possono accogliere in parte i rilievi di G. RAZZANO, *Il Codice di protezione civile e il suo decreto correttivo, fra emergenze e rientro nell'ordinario*, in *Giurcost.org*, 17 marzo 2020.

[17] Su questo aspetto si v. G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *L'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione*, in *Biolaw Journal*, special issue, 2020, 184. È degna di nota in questo momento la delibera del Presidente della Giunta regionale del Veneto del 21 febbraio 2020, n. 23 che ha attivato l'Unità di Crisi Regionale "Protocollo operativo per la gestione delle Emergenze" nell'ambito del Sistema Regionale di Protezione Civile. Attraverso delibere di questo genere le

Nel caso dell'epidemia odierna vi è però un ulteriore e parallelo terreno di cooperazione/competizione tra centro e periferia in materia di salute[18]. La cornice degli interventi su questo piano è stata realizzata attraverso ordinanze del Ministro della Salute secondo l'art. 32 della legge n. 833/1978. È sulla base di questa norma che nei giorni 21 e 22 febbraio il Ministro della salute ha adottato, d'intesa con i presidenti della Lombardia e del Veneto, due ordinanze che dettavano misure di contenimento e gestione dell'epidemia scoppiata negli ospedali di alcuni comuni della bassa lodigiana e della provincia di Padova[19]. Tali atti prevedevano strumenti e momenti di raccordo con le regioni interessate e decisioni che si sarebbero dovute prendere a livello regionale.

3.2 Episodio 2: dalla collaborazione «attenuata» alla collaborazione «cedevole»

Due giorni dopo l'adozione delle ordinanze del Ministro della Salute relative alle prime zone colpite dai contagi, il Governo ha deciso – come ricordato – di cambiare rotta nella gestione e contenimento della pandemia. Il 23 febbraio 2020 viene pubblicato, infatti, sulla GU il decreto-legge n. 6, il cui testo reca misure urgenti per il contenimento e la gestione dell'emergenza. Ad esso segue, nello stesso giorno della pubblicazione, il primo "decreto del Presidente del Consiglio dei ministri" (DPCM) rubricato "Disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19".

La scelta di costruire un nuovo impianto normativo *ad hoc* proprio di una situazione di "eccezione", di cui parleremo tra poco, colpisce sotto molto punti di vista. Si tratta di una decisione che, se da un lato, appare pienamente giustificabile sul piano politico – in ragione della necessità di correre ai ripari rispetto a una condizione che stava interessando giorno dopo giorno, ora dopo ora, altre zone d'Italia con un preoccupante effetto di amplificazione[20] –, dall'altro, appare poco adeguata sul piano del rispetto di alcuni principi costituzionali.

regioni collaborano anche con i tecnici presenti sul territorio alla realizzazione dei protocolli anti-contagio nazionali.

[18] A. Cardone, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, in questo stesso fascicolo, sottolinea con preoccupazione i rischi che derivano dalla "sovrapposizione tra poteri d'ordinanza in materia di protezione civile e poteri *extra ordinem* in materia sanitaria".

[19] Oltre alle due ordinanze indicate, nei giorni seguenti – utilizzando lo stesso appiglio normativo – sono state approvate altre ordinanze del medesimo tipo (v. *infra*). Per il testo delle ordinanze si v. https://www.osservatoriosullefonti.it/emergenza-covid-19/fonti-governative/ordinanze-del-ministro-della-salute-ai-sensi-dell-art-32-legge-23-dicembre-1978-n-833

[20] La logica di "accentramento e speditezza" è ben descritta da M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 2020, p. 6.

La scelta di creare un nuovo ordinamento per la gestione dell'emergenza da COVID-19 ha inaugurato un metodo inedito e precario di usare le fonti del diritto e le decisioni amministrative, composto di atti controversi e dagli effetti imponderabili, soprattutto per l'esercizio e la garanzia dei diritti fondamentali[21]. Il nuovo *modus operandi* ha determinato una frattura nel rapporto collaborativo che si era instaurato tra lo Stato e le regioni per l'attuazione dei provvedimenti adottati dal Dipartimento della protezione civile e del Ministero della Salute.

Si pensi solo al fatto che nello stesso giorno in cui sono stati pubblicati il decreto-legge n. 6/2020 e il primo DPCM, il Ministro della Salute approvava, d'intesa con i Presidenti delle regioni Lombardia, Veneto, Piemonte, Friuli Venezia Giulia, Liguria e Emilia-Romagna, sei ordinanze con la quale si disponevano fino al primo marzo[22], per i rispettivi territori regionali interessati dall'epidemia, specifiche restrizioni relative alla libertà di circolazione, alla sospensione delle attività d'insegnamento, di socialità e culturali[23]. Nelle ordinanze, inoltre, si indicavano i presidenti di regione come "soggetti attuatori" delle ordinanze e si indicava che gli stessi, sentito il Ministro della Salute, avrebbero potuto modificare le prescrizioni in ragione dell'evoluzione epidemiologica.

Contrariamente a quanto disposto in precedenza, l'articolo 1, comma 1, del decreto-legge n. 6/2020 prevedeva che al fine di evitare il diffondersi del virus nelle zone in cui si sono registrati i casi di contagio[24], le autorità competenti avessero potuto adottare tutti i provvedimenti di contenimento e gestione adeguati e proporzionati all'evolversi della situazione epidemiologica. Il successivo comma 2 conteneva un elenco non tassativo delle misure che potevano essere adottate. L'articolo 2 del decreto-legge prevedeva che le autorità competenti –

[21] Si v. a questo proposito la relazione del prof. U. De Siervo in questo speciale. Altra dottrina ha tentato di qualificare la catena normativa in moltissimi modi. Si è tentato anche di individuare una specifica categoria di decreti-legge "anomali" con caratteri e forza diversa da quella prevista nell'art. 77 della Costituzione (A.R. RIZZA, *Il decreto-legge anomalo nel sistema delle fonti*, in *Giurcost.org*, 2, 2020). Sebbene la tesi sia dimostrata con una argomentazione corretta e puntuale non si può accettare che in un ordinamento a costituzione rigida come quello italiano ci sia spazio per una nuova fonte primaria "anomala" derivata da una interpretazione costituzionale. Un conto è parlare di "deroghe" del decreto-legge, rispetto alle quali si dovrà anche ragionare in termini di validità e invalidità, un conto è arrivare a individuare una fonte del tutto nuova, per altro ancorata a una interpretazione creatrice che si fonda sugli artt. 77 e 78 Cost.

[22] L'art. 3 del DPCM 25 febbraio 2020 ha disposto la "conferma" dell'efficacia di queste ordinanze. L'abrogazione di questo DPCM da parte del successivo adottato il 1 marzo 2020 porterebbe a desumere che le ordinanze del Ministro della Salute si intendono pure esse abrogate da quella data.

[23] Il 27 febbraio sono state approvate ordinanze del medesimo tenore con riguardo alle altre regioni interessate.

[24] Come previsto poi dal DPCM attuativo del d.-l. n. 6/2020 le misure di contenimento interessavano le cc.dd. 'zone rosse': dieci comuni della Lombardia (Bertonico, Casalpusterlengo, Castelgerundo, Castiglione d'Adda, Codogno, Fombio, Maleo, San Fiorano, Somaglia, Terranova dei Passerini) e uno del Veneto (Vò).

indicate nell'art. 3 – potessero adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19, anche fuori dei casi di cui all'articolo 1, comma 1.

La scelta iniziale è andata, quindi, verso misure cd. normali o ordinarie (art. 1) e misure ulteriori o straordinarie (art. 2), nei casi diversi dall'ordinario. Si tratta di una delle previsioni più complesse e ambigue di questa prima scelta legislativa[25]. Non è un caso che in sede di conversione, come vedremo tra poco, tale norma è stata emendata e che la sua interpretazione ha prestato il fianco al primo ricorso davanti a un Tribunale amministrativo da parte del Governo nei confronti di un'ordinanza regionale (v. *infra* il caso Marche analizzato nel par. 4.1).

L'articolo 3, comma 1, stabiliva che le misure di gestione e contenimento di cui agli artt. 1 e 2 fossero adottate con uno o più DPCM, su proposta del Ministro della salute, sentiti il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri Ministri competenti per materia, nonché i Presidenti delle regioni competenti, nel caso in cui esse riguardassero esclusivamente una regione o alcune specifiche regioni, ovvero il Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome, nel caso in cui esse fossero estese a tutto il territorio nazionale.

Come si può notare, al sistema delle "intese" prima indicate, in applicazione del Codice della protezione civile, si è previsto un tipo di collaborazione molto più attenuata.

L'articolo 3, comma 2, prevedeva poi che, nelle more dell'adozione dei predetti DPCM, nei casi di estrema necessità ed urgenza, le misure in esame potessero essere adottate con ordinanze del Ministro della salute, delle regioni e dei sindaci, emanate in base alle norme ivi richiamate (norme concernenti l'emanazione di misure urgenti, mediante ordinanze, in materia di igiene e sanità pubblica). Mentre il comma successivo salvava gli effetti delle ordinanze

[25] Non è un caso che il Comitato permanente per i pareri della I Commissione permanente della Camera, in un parere espresso il 25 febbraio 2020, ha invitato la Commissione di merito a valutare l'opportunità di specificare se l'articolo 2 intendesse far riferimento a misure ulteriori rispetto all'ambito territoriale di cui all'articolo 1, comma 1, o a misure ulteriori rispetto a quelle elencate dall'articolo 1, comma 2, ovvero ad entrambe le ipotesi. Cfr. Servizio Studi del Senato della Repubblica, *Dossier sull'A.S. n. 1741 "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19"*, n. 223, 2020. Si v. anche le considerazioni di M. DE NES, *Emergenza COVID-19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?*, in *Biodiritto.org*, 16 marzo 2020, p. 6 e M. BETZU, P. CIARLO, *Epidemia e differenziazione territoriale*, in *Biolaw Journal*, special issue, 2020, p. 202.

contingibili e urgenti già adottate dal Ministro della salute ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833[26].

Così realizzata, la scelta di adottare un decreto-legge e poi i DPCM pare quindi andare in direzione opposta rispetto agli atti in precedenza adottati. Mentre nei giorni immediatamente precedenti si costruiva un impianto nel quale ad ogni livello di governo erano affidati precisi obblighi e poteri per gestire l'emergenza (compresi i poteri relativi alle libertà individuali e collettive), con il decreto-legge e i DPCM si decideva di aprire una via parallela alla gestione della crisi, legittimando secondo altre forme sia il potere della Presidenza del Consiglio dei ministri, sia il potere regionale e locale[27]. Anche la temporanea concorrenza tra DPCM e ordinanze di altri enti territoriali stabilita dal comma 2 dell'art. 3 non valeva a riequilibrare una situazione che il decreto-legge sbilanciava a tutto vantaggio della Presidenza del Consiglio[28]. Oltretutto, pur chiamando a concorrere più fonti nella disciplina della medesima situazione d'urgenza, non si prevedevano particolari forme di concertazione o strumenti di coordinamento rivolti a creare cinghie di trasmissione reale tra centro e periferie. È perciò più corretto parlare di una forma di "attrazione in sussidiarietà", come la dottrina e poi la giurisprudenza hanno rilevato[29].

Malgrado il cambio di metodo, il nuovo assetto delle fonti e dei poteri contrassegnato dai decreti-legge e i DPCM non sembra sia stato del tutto assorbito dagli apparati responsabili della gestione della crisi. Sono interessanti a questo proposito le "Misure operative di protezione civile per la gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19" fornite dal Dipartimento della protezione civile il 4 marzo 2020. Nel testo sono riportate la definizione della catena di comando e controllo, del flusso delle comunicazioni e delle procedure da attivare in relazione allo stato emergenziale determinato dal diffondersi del virus. Il documento coordina le attività al livello nazionale, regionale, provinciale e comunale secondo una logica fortemente integrata, lasciando poi intendere che l'attuazione degli aspetti medico-scientifici relativi al COVID-19 dovevano gravare su tutti enti territoriali.

Se, quindi, da un lato, si utilizzava il sistema della Protezione civile incorporandone anche gli schemi di azione, dall'altro, con il decreto-legge n. 6/2020

[26] A questo proposito l'esempio più interessante e virtuoso dell'esercizio di questo potere viene dal decreto del Presidente della regione Emilia-Romagna del 15 marzo 2020 con il quale è stata disposta la chiusura del Comune di Medicina in provincia di Bologna.

[27] Si v. a questo proposito la relazione del prof. A. Cardone in questo stesso speciale.

[28] G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *L'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione*, cit., 189; G. BOGGERO, *Le "more" dell'adozione dei dpcm sono "ghiotte" per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, 1, 2020.

[29] *Infra multis* M. COSULICH, *Lo Stato regionale italiano alla prova dell'emergenza virale*, in *Amministrazione in cammino*, 2 aprile 2020. Per la giurisprudenza si v. *infra*, par. 4.3.

e i provvedimenti attuativi si intraprendeva una diversa strada, fortemente accentratrice quanto agli aspetti socio-sanitari del contenimento e la gestione dell'emergenza[30].

Su questo piano bisogna prendere atto che il Codice della protezione civile, per quanto ancora da rodare, è stato quasi da subito messo da parte nelle decisioni legate alla situazione socio-economica. Le decisioni su tali aspetti dell'emergenza sono state avocate direttamente al Presidente del Consiglio con progressiva esclusione degli altri livelli di governo, mediante la creazione di una originale catena normativa composta, a monte, da decreti-legge e completata prima dai DPCM e poi dalle ordinanze del Ministro della Salute. In questa inedita filiera le ordinanze dei Presidenti delle regioni e dei sindaci sono state ammesse, ma solo nell'ambito di quel limitato perimetro lasciato scoperto dai provvedimenti nazionali.

Ciò che però appare maggiormente censurabile nella scelta di questa strategia normativa non è tanto la soluzione in sé, che riproduce un modello già in uso da alcuni anni per altri settori[31], quanto e più profondamente il cambiamento repentino di metodo, che distingue la gestione e il contrasto alla diffusione del virus tra scelte legate alla protezione civile e scelte connesse alla salute pubblica.

All'uso legittimo dei poteri per legge affidati agli organi istituzionalmente incaricati di occuparsi di questi due aspetti della crisi (Dipartimento protezione civile e Ministro della Salute), si è sostituito un metodo di gestione che, pur non inverando una diretta e immediata violazione formale di norme costituzionali, integra un più profondo e sostanziale abbandono delle garanzie procedurali connesse ai poteri statali, regionali e locali[32]. Per altro, i decreti legge non abrogano né derogano espressamente alle norme vigenti sulla protezione civile ed il sistema sanitario nazionale[33]. Nessun collegamento è stato poi istituito con la legislazione sanitaria al fine di assicurarne la coerente applicazione e di stabilire in quali casi fosse giustificato l'esercizio dei nuovi poteri in luogo dei vecchi[34].

Che tale metodo non sia corretto sul piano della stretta legalità sostanziale si comprende dalla circostanza che l'architettura dei poteri e le competenze

[30] In questo senso si v. L. BUSCEMA, *Emergenza sanitaria, leale collaborazione e (limiti alla) libertà di manifestazione del pensiero*, in *Dirittifondamentali.it*, 3 aprile 2020, p. 15 ss.

[31] V. DI PORTO, *La carica dei DPCM*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2016.

[32] Si v. a questo proposito il saggio di A. CARDONE in questo stesso numero.

[33] Si pensi solo al fatto che in forza della copertura da parte del decreto-legge, il DPCM 23 febbraio (né quelli successivi) non ha ritenuto necessario contenere una menzione di quali norme di legge con esso venivano derogate. Ciò pare a chi scrive esemplificativo anche del fatto che non è neanche lontanamente immaginabile una equiparazione dei DPCM alle ordinanze della protezione civile.

[34] G. NAPOLITANO, *I poteri pubblici di fronte alla pandemia*, in *Giorn. di dir. amm.*, 2, 2020, 145 ss.

statali, regionali e locali sono stati successivamente aggiustati, modificati e stravolti secondo logiche di attenuazione della leale collaborazione tra lo Stato e gli altri enti territoriali senza che apparisse alcuna motivazione esplicita negli atti successivamente adottati.

Esemplificativa a questo proposito è la legge di conversione del decreto-legge n. 6/2020 (legge n. 13/2020), la quale apporta poche ma significative modifiche agli articoli 2 e 3 del decreto-legge.

Rispetto all'art. 2 si stabilisce che i riferimenti alle autorità competenti a provvedere, che nel testo del decreto-legge risultavano generici, sono precisati chiarendo che essi devono essere letti nel quadro dei poteri attribuiti al Presidente del Consilio dei ministri, come previsto nel comma 1 dell'art. 3, e agli altri poteri previsti espressamente nel successivo comma 2. A questo comma si aggiunge un ulteriore periodo, in forza del quale le misure eventualmente adottate dai Presidenti delle Giunte regionali e sindaci, nelle more dell'adozione dei DPCM, perdono efficacia se non comunicate al Ministro della salute entro ventiquattro ore[35].

Si mantiene poi in vita il comma 5 dell'articolo 3 del decreto-legge che attribuisce soltanto ai Prefetti il compito di monitorare l'attuazione delle misure di contenimento, avvalendosi delle forze dell'ordine e delle forze armate[36].

Il chiarimento relativo all'art. 2 appare sicuramente incisivo del rapporto Stato-regioni. Ricondurre agli atti indicati nell'art. 3 anche l'esercizio di poteri non tipici costituisce una stretta rispetto all'ambito di azione delle regioni e degli enti locali[37].

Inoltre, rimane aperto il problema circa la portata del potere affidato agli enti territoriali diversi dallo Stato. A stretto rigore l'art. 3, comma 2, deve essere interpretato come facoltizzante dell'intervento delle regioni e degli enti locali in attesa dell'emanazione dei DPCM, di modo che le disposizioni e gli atti

[35] Una inefficacia *ex lege* disposta per le ordinanze regionali e sindacali non comunicate entro 24 ore non impedirebbe che il provvedimento continui a produrre degli "effetti apparenti", il tutto a discapito della certezza del diritto. Detto brutalmente, quale Governo lascerebbe l'operare di questa norma all'accertamento del Ministero dell'Interno o dei prefetti senza ricorrere al conforto dell'annullamento di un giudice amministrativo? Sul punto si v. F.F. PAGANO, *Il principio di unità e indivisibilità della Repubblica ai tempi dell'emergenza COVID-19*, in *Biodiritto.org*, 18 marzo 2020. Da notare che l'errore è così comune da essere stato commesso successivamente con riguardo alla previsione contenuta nell'art. 3 del decreto-legge n. 19/2020. Per una ricostruzione complessiva del potere di ordinanza sindacale in questo periodo si v. I. FORGIONE, *La gestione locale dell'emergenza Covid-19. Il ruolo delle ordinanze sindacali, tra unità ordinamentale, sussidiarietà e autonomia*, in corso di pubblicazione su "Dir. econ.".

[36] A queste ultime, con un emendamento introdotto dalla legge di conversione, si attribuisce la qualifica di agenti di pubblica sicurezza previo provvedimento degli stessi prefetti.

[37] Per la verità in sede di conversione una delle commissioni parlamentari incaricate di svolgere l'istruttoria nel merito aveva chiesto di valutare l'opportunità di specificare se l'articolo 2 intendesse far riferimento a misure ulteriori rispetto all'ambito territoriale di cui all'articolo 1, comma 1, o a misure ulteriori rispetto a quelle elencate dall'articolo 1, comma 2, ovvero ad entrambe le ipotesi.

regionali o locali si devono intendere come "cedevoli" rispetto alla disciplina nazionale[38].

Nei fatti è accaduto che i DPCM successivi hanno confermato il potere di ordinanza delle regioni, dando prova che non fosse chiaro neanche al Governo la portata delle previsioni del decreto-legge, dei DPCM e, rispetto ad essi, del potere di ordinanza regionale. Oltretutto, in questo momento si realizza un climax di provvedimenti che vanno verso il periodo di *lockdown*. Gli atti con cui ciò si realizza, i DPCM 8, 9, 11 e poi 22 marzo, si spingono molto oltre ciò che era stato previsto originariamente nel decreto-legge n. 6/2020 e negli emendamenti inseriti in fase di conversione.

In merito agli aspetti che qui si sta discutendo, rimane il fatto che il sistema dei DPCM, seppure giustificato da una emergenza di così vasta portata e incontenibile, appare troppo fluido e limitativo dell'autonoma degli enti territoriali, il cui potere di autogoverno è stato fortemente circoscritto sia nell'oggetto sia nel tempo da provvedimenti che hanno agito più in maniera casistica che sistematica. Non dimentichiamo che tali provvedimenti incidono soprattutto sulle libertà fondamentali, la cui portata pare essere stata lasciata alle decisioni prese attraverso una serie di DPCM adottati sulla base di una "delega in bianco" contenuta in un decreto-legge[39].

La poca coordinazione e la disorganicità dell'impianto normativo costruito a partire dal decreto-legge n. 6/2020 si tocca con mano nella disposizione inserita dalla Camera in fase di conversione, secondo cui le misure adottate dagli enti territoriali ai sensi del comma 2, art. 3, perdono efficacia se non sono comunicate al Ministro della salute entro ventiquattro ore dalla loro adozione. Si tratta sicuramente di una disposizione eccentrica che, se cerca di stringere il potere degli enti territoriali entro confini definiti al fine di garantire l'applicazione uniforme delle misure disposte dal Governo, si presta a creare facilmente cortocircuiti normativi di cui i primi a fare le spese sono i cittadini, i quali ben potrebbero essere ignari che un provvedimento regionale già pubblicato e in vigore debba ritenersi inefficace per via di una previsione di legge di questo genere (su questi aspetti v. *infra*).

3.3 Episodio 3: dalla "fragile" collaborazione alla fine del lockdown

La perdurante emergenza dovuta all'evolversi dell'epidemia, l'aumento vertiginoso di contagi, l'alto numero di morti, e sicuramente i difetti evidenti

[38] Qui il dubbio che può sorgere riguarda la portata delle nuove norme e l'effetto di cedevolezza rispetto a quelle precedenti. È stato sostenuto a tal proposito che le norme regionali cederebbero solo se contrastanti rispetto a quelle adottate con DPCM. G. BOGGERO, *Le "more" dell'adozione dei dpcm sono "ghiotte" per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e regioni in tema di Covid-19*, cit., 363.

[39] G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit.

contenuti nel primo decreto-legge, hanno spinto il Governo ad adottare il decreto-legge n. 19 del 25 marzo 2020. Il nuovo decreto-legge è diretto a "tipizzare" in un atto di rango primario le misure potenzialmente applicabili su tutto il territorio nazionale o su parte di esso, per contenere e contrastare durante un tempo limitato i rischi sanitari conseguenti. Esso abroga il precedente decreto-legge n. 6/2020 e introduce, sulla scorta delle numerose critiche e rilievi effettuati da più parti, una definizione dettagliata ed esaustiva di tutte le misure applicabili per contrastare l'emergenza. Si stabilisce che solo in questo ambito i singoli provvedimenti attuativi (adottati, ai sensi dell'articolo 2, con DPCM), potranno decidere, a seconda del luogo e del momento di applicazione, le misure più opportune ed efficaci.

L'art. 1 prevede la durata di soli trenta giorni (reiterabili e modificabili non oltre la fine dell'emergenza) delle misure limitative delle libertà, che adesso vengono elencate in modo tassativo e sottoposte espressamente ai principi di proporzionalità e adeguatezza rispetto al rischio effettivamente presente.

L'art. 2, comma 1, indica le modalità legittime per decidere le misure previste nell'art. 1: DPCM adottati o su proposta del Ministro della Salute o dei Presidenti di regione o del Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome[40]. La disposizione, pur individuando nelle regioni un legittimo soggetto promotore dei DPCM, lascia intendere che la gestione della crisi è solidamente in mano all'Esecutivo.

Il secondo comma prevede che in casi di estrema necessità e urgenza, nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al precedente comma 1 e con efficacia limitata fino a tale momento, il Ministro della salute può adottare, con ordinanze di carattere contingibile e urgente (ai sensi dell'art. 32 della legge 833/1978), le misure previste dall'articolo 1 del provvedimento in esame. Rispetto al primo decreto-legge la situazione cambia notevolmente. Di fronte alle numerose ordinanze regionali e comunali che spesso non facevano altro che riprodurre il contenuto dei DPCM, il Governo è corso ai ripari chiudendo i rubinetti del potere di ordinanza di comuni e regioni.

Così congegnata, quest'ultima disposizione pare però segnare una distanza da quanto avvenuto a partire dal 21 febbraio 2020 allorché, in attesa della

[40] A garanzia della valutazione corretta delle misure di contenimento si dice tali provvedimenti, per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità, sono adottati sentito, di norma, il Comitato tecnico scientifico di cui all'ordinanza del capo del Dipartimento della Protezione civile n. 630 del 3 febbraio 2020.

Bisogna dare conto che in sede di conversione è stato introdotto il seguente periodo nell'art. 2: "Il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato illustra preventivamente alle Camere il contenuto dei provvedimenti da adottare ai sensi del presente comma, al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi dalle stesse formulati; ove ciò non sia possibile, per ragioni di urgenza connesse alla natura delle misure da adottare, riferisce alle Camere ai sensi del comma 5, secondo periodo".

introduzione della speciale disciplina emergenziale introdotta con il decreto-legge n. 6/2020, sono state adottate le ordinanze del Ministro della Salute d'intesa con i Presidenti delle regioni interessate dal contagio. Nel giro di un mese, quindi, pur non cambiando apparentemente la (seconda) rotta, il Governo ha deciso di sacrificare la collaborazione con le regioni nella fase iniziale e più delicata della vicenda, quando cioè il ruolo degli enti territoriali può essere più rilevante e decisivo perché vicino all'evento.

Il terzo comma salva gli effetti prodotti e gli atti adottati sulla base dei decreti e delle ordinanze emanati ai sensi del decreto-legge n. 6/2020, ovvero ai sensi dell'articolo 32 della legge n. 833/1978[41].

L'articolo 3 mira a regolare il rapporto tra le misure statali adottate con DPCM per fronteggiare l'emergenza epidemiologica e i provvedimenti degli enti territoriali posti in essere per la medesima finalità. L'articolo disciplina, circoscrivendoli nei presupposti, nel contenuto e nell'efficacia, i poteri delle regioni (comma primo) e dei comuni (comma secondo) di stabilire misure di contrasto all'emergenza in corso[42], anche nel caso in cui esse siano contenute in atti posti in essere per ragioni di sanità sulla base di disposizioni di legge previgenti (comma terzo). Il primo comma attribuisce alle regioni la facoltà di introdurre "misure ulteriormente restrittive[43]" per far fronte all'emergenza epidemiologica, nelle more dell'adozione dei DPCM, qualora "sia richiesto da specifiche situazioni sopravvenute che implichino un aggravamento del rischio sanitario" e se "tali situazioni interessino il relativo territorio" (nella sua

[41] Appaiono pertanto fatti salvi gli effetti prodotti e gli atti adottati sulla base dei seguenti atti: decreti del Presidente del Consiglio; decreti dei Presidenti delle regioni; ordinanze del Ministro della salute; ordinanze contingibili ed urgenti adottate dai sindaci e dai presidenti delle regioni. Continuano inoltre ad applicarsi nei termini originariamente previsti le misure già adottate con i DPCM 8 marzo 2020, 9 marzo 2020, 11 marzo 220 e 22 marzo 2020 per come ancora vigenti alla data del 26 marzo, data di entrata in vigore del provvedimento in esame (relativamente alla vigenza delle disposizioni adottate dai DPCM qui indicati si rinvia a quanto illustrato nel box inserito nel paragrafo di questo dossier dedicato al Contenuto). Le altre misure ancora vigenti alla stessa data continuano ad applicarsi nel limite ulteriore di dieci giorni (fino al 4 aprile 2020). In senso critico su questo intervento M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, p. 130 ss.

[42] Con una norma dal tenore molto dubbio il comma 2 dell'art. 3 prevede che "I Sindaci non possono adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali, né eccedendo i limiti di oggetto cui al comma 1". Sul punto si v. il parere reso dal Consiglio di Stato, Adunanza di Sezione del 7 aprile 2020, n. 735, sulla vicenda dell'ordinanza del sindaco di Messina, dove si aderisce allo stesso parere del Ministero dell'Interno sul punto dove si legge che tale norma non fa venir meno "l'interesse governativo all'annullamento, a tutela dell'unitarietà dell'ordinamento della Repubblica, occorrendo comunque rimuoverla quantomeno per esigenze di chiarezza e univocità dei precetti cui i cittadini devono attenersi"; e continua rilevando che non occorre motivazione per comprendere "l'urgenza di provvedere alla tempestiva rimozione dall'ordinamento giuridico dell'ordinanza sindacale oggetto di esame" quando poi applica la premessa minore del sillogismo al caso concreto.

[43] In sede di conversione il Parlamento ha introdotto l'ulteriore precisazione "rispetto a quelle attualmente vigenti" precisando ancora di più la portata del potere regionale.

interezza o anche solo in una parte di esso). Come nella situazione precedente ogni regione nella definizione delle misure da adottare è tenuta ad attenersi alle misure elencate all'art. 1, comma secondo. Inoltre, l'efficacia delle misure introdotte si esaurisce nel momento della loro adozione. Sempre il comma primo precisa che le misure regionali possono essere introdotte "esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza" e "senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale".

L'articolo è dunque finalizzato a rafforzare il potere di coordinamento statale nella gestione dell'emergenza rispetto a quanto già previsto nei decreti-legge precedenti (n. 6 e 9/2020, di cui per altro il decreto-legge n. 19/2020 prevede la abrogazione). L'obiettivo è chiaramente quello di evitare che l'efficacia delle misure statali possa essere "ridotta" da iniziative concorrenti degli altri livelli territoriali[44].

Malgrado si possa giustificare in termini di certezza del diritto e conoscibilità delle norme da parte dei cittadini, la disposizione appare, anzitutto, superflua perché è evidente che si potevano già mettere in atto provvedimenti regionali maggiormente restrittivi in alcune zone in ragione di particolari situazioni (si pensi al caso di Vò Euganeo e di Medicina)[45]. Non si vede inoltre come mai tali provvedimenti debbano rifluire in un DPCM essendo appunto limitati ad una zona del territorio nazionale. Semmai si pongono per essi ragioni legate al controllo, alla vigilanza sanitaria e al coordinamento delle scelte con quanto indicato a livello nazionale. Ma non si vede come tutto ciò possa essere garantito automaticamente dal semplice rifluire del provvedimento all'interno delle norme di un DPCM. Oltretutto anche a voler giustificare la peculiare scelta legislativa, si dovrebbe garantire che il DPCM faccia esplicito riferimento alle ordinanze a cui si riferisce questa particolare "novazione" della fonte, perché altrimenti il meccanismo avrebbe maglie troppo larghe.

Non si può non notare che la previsione suona come una sorta di "punizione" nei confronti delle regioni: più che essere ispirato alla condivisione dei provvedimenti, l'articolo sembra segnare un decisivo passo indietro verso l'accentramento dei poteri socio-sanitari di gestione della crisi in capo al Presidente del Consiglio dei Ministri.

Ancora più punitivo è il divieto dei provvedimenti regionali di incidere sulle attività produttive e quelle di rilevanza strategica per l'economia[46]. Il divieto

[44] A. MORELLI, *Il re del piccolo principe ai tempi del coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, 1, 2020, p. 525 ss.

[45] G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *L'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione*, cit., pp. 186-187.

[46] G. BOGGERO, *Un decentramento confuso, ma necessario. Poteri di ordinanza di Regioni ed enti locali nell'emergenza da COVID-19*, in *Il Piemonte delle autonomie*, 4, 2020.

interseca sia competenze statali sia competenze regionali in base all'art. 117 della Costituzione[47].

La disposizione, considerata nel suo complesso, pare ispirata all'art. 120 della Costituzione che, come noto, attribuisce al Governo la facoltà di sostituirsi ad organi delle regioni nel caso di "pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica". In questo caso tuttavia la stessa Costituzione impone alla legge di definire procedure atte a garantire che tali poteri siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e leale collaborazione. Sebbene tale procedura appaia corretta con riferimento al primo principio (sussidiarietà) per ragioni di gestione di una malattia che ha riguardato tutta la Nazione, più complesso è il giudizio in merito al secondo principio (leale collaborazione)[48].

Oltretutto, come è dimostrato dalla prassi successiva, questa norma non ha funzionato in maniera corretta. Determinare il venire meno dell'efficacia delle disposizioni regionali più restrittive è certamente un compito molto arduo se non si censiscono singolarmente gli atti che divengono inefficaci[49]. Alcuni esempi – di cui si parlerà nei paragrafi successivi – testimoniano tale atteggiamento.

In generale, dunque, con il decreto-legge n. 19/2020 non si è colta l'occasione per la definizione di un più organico assetto dello stato di emergenza sanitaria e per l'individuazione di un sistema minimo di garanzie necessario a proteggere le libertà individuali e le responsabilità del governo durante la pandemia[50].

Tale quadro è stato in parte modificato attraverso il tredicesimo decreto-legge della lunga lista di provvedimenti approvati per il contenimento della pandemia (decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33) con il quale sono state definite le caratteristiche della cosiddetta "fase 2" e i tempi per le riaperture delle diverse attività sociali ed economiche, fatta eccezione per la scuola e l'università.

[47] Per quanto riguarda la competenza esclusiva allo Stato si possono annoverare: ordinamento civile (materia a cui afferisce la disciplina dell'impresa), tutela della concorrenza e tutela dell'ambiente. Nel caso di un'emergenza epidemiologica, rilevano altresì ulteriori competenze statali, quali ad esempio la protezione dei confini nazionali e profilassi internazionale, astrattamente idonee a riverberarsi sulle attività produttive. Per la competenza concorrente possiamo immaginare: il commercio con l'estero e il sostegno all'innovazione per i settori produttivi, grandi reti di trasporto e navigazione, produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia, istituti creditizi a carattere regionale. Tra le competenze residuali spettanti alle regioni si possono annoverare: l'industria, il commercio e l'artigianato.

[48] I DPCM, infatti, sono adottati sentiti i Ministri (eccetto la Salute che propone), i Presidenti di regione (nel caso in cui si riferiscano a singole regioni) e il Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome (nel caso di provvedimenti incidenti su più regioni). In questo senso essi si collocano sul livello della debole collaborazione tra enti territoriali.

[49] Su questi problemi e per gli altri aggiramenti da parte delle regioni si v. G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *L'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione*, cit., p. 195.

[50] G. NAPOLITANO, *I poteri pubblici di fronte alla pandemia*, cit.

Per quanto riguarda la disciplina collegata all'evoluzione dello stato di epidemia qui si detta una articolata configurazione delle competenze dello Stato e degli enti territoriali, soprattutto con riguardo ai protocolli e al monitoraggio dell'andamento della situazione di emergenza e alle condizioni dei sistemi regionali[51]. Il testo dell'art. 1 del nuovo decreto-legge[52] pare segnare la volontà del Governo di affidare maggiori poteri circa il monitoraggio epidemiologico e le conseguenti azioni alle regioni, ristabilendo così quel decentramento decisionale che tanto l'assetto delle competenze legislative quanto i principi di leale collaborazione e di sussidiarietà verticale richiedono[53]. La questione non è di poco conto dato che, come è noto, esistono diverse strategie messe in atto a livello regionale per il monitoraggio e, soprattutto, una propensione molto diversificata ad effettuare tamponi diagnostici.

4. Tre momenti emblematici del conflitto Stato-regioni

Dopo aver analizzato la normativa intervenuta a segnare i rapporti istituzionali tra Stato e regioni durante i quasi cento giorni che ci separano dalla dichiarazione dello stato di emergenza, passiamo ora a descrivere alcune vicende emblematiche del conflitto tra gli enti di sopra con epilogo di fronte alla giurisprudenza amministrativa. Sebbene questo scritto non sia dedicato all'esame del nutrito numero di provvedimenti giurisdizionali fino ad ora emessi – di cui esistono già studi e puntuali indagini[54] - vorremmo qui dare conto di alcuni casi paradigmatici nei quali lo scontro tra regioni e Stato ha rappresentano un punto importante per l'evoluzione dell'assetto dei rapporti tra centro e periferia nella gestione e contenimento della emergenza da COVID-19. Si tratta di una storia giudiziaria ma, se è lecito osare, anche emotiva. È per questo che fin con i titoli dei paragrafi si vuole dare conto anche dell'elemento antropologico che si cela dietro l'analisi.

4.1 Se telefonando io potessi… obbligarti a collaborare[55]: il caso Marche

La stagione delle ordinanze regionali inizia il 27 febbraio 2020. La prima istituzione territoriale ad entrare sotto la lente dei giudici amministrativi è la

[51] G.M. SALERNO, *Alle regioni il compito di stabilire misure più o meno restrittive*, in *Guida al diritto*, 24, 2020, p. 111 ss.

[52] A cui si aggiunge il DPCM 18 maggio 2020.

[53] È prevista ovviamente una clausola di salvaguardia a favore dell'intervento governativo nel caso di inerzia regionale.

[54] Si v. a questo proposito la "rassegna di giurisprudenza" curata da I. FORGIONE, V. DI CAPUA all'interno dell'"Osservatorio normativo COVID-19" organizzato dall'Università di Urbino, disponibile all'indirizzo: https://sites.google.com/uniurb.it/osscovid19/giurisprudenza?authuser=0 (ultimo accesso 31 maggio 2020).

[55] Titolo suscitato dal rilievo di U. ALLEGRETTI, E. BALBONI, *Autonomismo e centralismo nella lotta contro la pandemia coronavirus*, in *www.astrid-online-it*, 9 aprile 2020, p. 9.

regione Marche. La vicenda è nota e la ripercorreremo brevemente. Lunedì 24 febbraio 2020 il Presidente della regione Marche Ceriscioli annuncia alla stampa che pur non essendo ancora accertati casi di contagio nella propria regione avrebbe di lì a poco adottato una ordinanza contenente una serie di misure tese a prevenire la diffusione del virus, tra cui il blocco delle manifestazioni pubbliche e la chiusura delle scuole di ogni ordine e grado e delle università aventi sedi sul territorio regionale. Nel corso della conferenza, come riportato dalla stampa e dai primi commentatori dei fatti, Ceriscioli venne raggiunto in diretta dallo stesso Presidente del Consiglio che lo invitava a non emettere l'atto e attendere quanto sarebbe emerso durante la riunione indetta nella mattina seguente tra il Governo e le regioni[56].

Il giorno seguente (25 febbraio 2020) il Presidente Ceriscioli, ritenendo insufficienti le ordinanze del Ministro della Salute e poi il decreto-legge n. 6/2020 e il DPCM 23 febbraio, ordinò la sospensione dell'attività scolastica di ogni ordine e grado compresa quella universitaria su tutto il territorio regionale. Il Governo ha prontamente impugnato l'atto di fronte al TAR Marche chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia in via d'urgenza. Il Presidente del TAR Marche con decreto n. 56 del 27 febbraio 2020 ha disposto la sospensione dell'ordinanza, evidenziando come il potere atipico riconosciuto alle autorità competenti (e quindi anche ai Presidenti di regione come autorità sanitarie e di protezione civile) poteva essere sì esercitato, ma con poteri meno invasivi di quelli impiegati.

La motivazione del decreto del Presidente del TAR Marche poggia su tre considerazioni che, lette alla luce di ciò che è accaduto successivamente, destano qualche perplessità. Le prime due motivazioni fanno perno sulla mancanza di accertati casi sul territorio regionale. Al momento in cui l'ordinanza era stata emanata non ne esistevano e, dunque, non si avverava la condizione stabilita dall'art. 1 del decreto-legge n. 6/2020. La terza motivazione attiene invece all'interpretazione dell'art. 2 del medesimo decreto-legge, secondo il quale – come ricordato – le autorità competenti potevano adottare "ulteriori misure (…) al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia anche fuori dai casi di cui all'art. 1, comma 1". Secondo il TAR la possibilità di adottare misure "ulteriori" andrebbe, "in via sistematica, riferita a interventi che comportino un sacrificio minore delle libertà individuali, rispetto a quelli previsti dall'art. 1". Le misure dell'art. 2 non potrebbero infatti "essere altrettanto invasive, sia per intensità sia per latitudine, rispetto a quelle giustificate dalla presenza di un focolaio di infezione".

[56] Per una ricostruzione puntuale della vicenda si v. anzitutto G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *La gestione dell'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: il caso Marche*, in *Biodiritto.org*, 16 marzo 2020.

Posto che questa interpretazione ha avuto certamente il merito di bloccare una pericolosa creatività regionale (e locale) in violazione della stessa leale collaborazione istituzionale[57], il modo in cui il TAR intende la portata dell'art. 2 non solo non appare del tutto corretto e supportato dal tenore letterale della disposizione, ma non tiene conto che il presupposto dell'attivazione del potere regionale – almeno in quel momento – andava ricavato dall'art. 32 della legge n. 833/1978 (la cosa cambierà con il decreto-legge n. 19/2020). Non è un caso che in sede di conversione al decreto-legge n. 6/2020 furono apportati significativi emendamenti rivolti a dare un significato più ristretto alla disposizione, tra cui l'ancoraggio dei poteri stabili nell'art. 2 all'art. 3 (che definisce anche nei termini ora indicati il potere regionale).

L'evoluzione della vicenda marchigiana è altrettanto interessante per lo sviluppo delle relazioni centro-periferia. Al fine di evitare la proliferazione di ordinanze regionali difformi, il Ministero della Salute (26 febbraio 2020) ha emanato un modello di ordinanza cui avrebbero dovuto attenersi le singole regioni nell'adozione delle misure di prevenzione e contrasto alla diffusione nella pandemia sui rispettivi territori. La regione Marche, poi, di tutta risposta ai rilievi del TAR, ha emanato una seconda ordinanza contingibile ed urgente (ordinanza 27 febbraio 2020, n. 2) uguale alla prima – data anche la scoperta di casi nella regione – ma con durata fissata fino alla mezzanotte di sabato 29 febbraio. Dal seguito della vicenda si trae dunque una conferma della convinzione che il problema di tali atti sia da rintracciare nello scarso clima di collaborazione (per colpa di entrambi i lati del tavolo) tra Governo e enti territoriali.

L'esempio marchigiano è altresì utile per capire i problemi generali della disciplina nazionale sul contrasto alla diffusione del contagio. La vicenda esemplifica i problemi interpretativi inerenti alla prima fase dell'emergenza e, in particolare, alla legittimità dell'adozione di misure di contenimento per mezzo di un'ordinanza regionale in funzione meramente precauzionale. Un problema che, come si è visto, il decreto-legge n. 19/2020 tenterà di risolvere.

4.2 Ci ho ripensato, in Campania il *jogging* è vietato

Se il caso marchigiano rileva perché è il primo che ha riguardato l'applicazione delle norme del decreto-legge n. 6/2020, la vicenda relativa alle ordinanze del Presidente della Campania De Luca, che vietavano del tutto "attività sportive, ludiche o ricreative all'aperto in luoghi pubblici o aperti al pubblico", ha rappresentato un chiarimento importante dei rapporti tra cittadini e istituzioni e l'occasione per comprendere il rapporto tra esigenze di salute pubblica ed esercizio della libertà di circolazione.

[57] G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *L'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione*, cit., p. 191.

Anche questo episodio è noto alla cronaca. Il 13 marzo 2020 il Presidente della Campania firmava una ordinanza (n. 15/2020) con la quale disponeva una serie di prescrizioni che di fatto ribadivano quanto indicato nei DPCM adottati nella prima decade di marzo relativamente alle limitazioni della libertà di circolazione. Il giorno seguente (14 marzo 2020) appariva nel sito della stessa regione il "Chiarimento n. 6" con il quale precisava il contenuto della precedente ordinanza ritenendo non compatibili con essa "l'attività sportiva, ludica o ricreativa all'aperto in luoghi pubblici o aperti al pubblico" e sottolineando divieto di "svolgere eventi quali riunioni per fini ricreativi e/o sportivi e feste" in locali pubblici e aperti al pubblico. Il chiarimento, si legge dalla motivazione dell'atto, prende spunto da numerosi fatti di cronaca, riportati sia dalla carta stampata sia dal piccolo schermo, nei quali è emersa una non totale rispondenza delle condotte rispetto a quanto prescritto dai provvedimenti nazionali e regionali con riguardo ai divieti di circolazione.

Anche su questo atto, stavolta però sulla base di un ricorso da parte di un privato cittadino, è stata chiamata a pronunciarsi la magistratura amministrativa. Un decreto datato 18 marzo 2020 del presidente del TAR Campania ha rigettato in sede cautelare l'istanza di sospensione dell'ordinanza n. 15 del 13 marzo 2020 del Presidente della Giunta regionale della Campania[58]. La motivazione è alquanto stringata e sembra non tenere in debito conto delle norme statali in quel momento vigenti (soprattutto art. 3 del decreto-legge n. 6/2020), le quali avrebbero consentito alle regioni di intervenire solo «nelle more» dell'adozione dei DPCM e in casi di «estrema necessità ed urgenza»[59]. Tale presupposto nel caso del chiarimento difetterebbe del tutto[60].

Ma ciò che rileva maggiormente, almeno agli occhi dello studioso di diritto costituzionale, è che stabilire misure più restrittive con provvedimenti regionali, in assenza di una sicura base legislativa, contrasta esplicitamente con le norme costituzionali sulle libertà[61].

[58] Cfr. TAR Campania - Napoli, Sez. V, decreto 18 marzo 2020, n. 416.

[59] Si ricordi che sono con l'art. 3 del decreto-legge n. 19/2020 sono state autorizzate le regioni a prevedere «misure ulteriormente restrittive» rispetto a quelle statali.

[60] Oltretutto, non potremmo ritenere che il potere di ordinanza regionale fosse ammesso in forza delle previsioni del DPCM 8 marzo 2020, il quale faceva esplicitamente salvo il potere di ordinanza regionale ai sensi dell'art. 32, comma 3, legge n. 833/1978. Il DPCM non avrebbe la forza normativa necessaria per ampliare i confini dell'esercizio del potere di ordinanza previsti da una norma di rango primario (decreto-legge n. 6/2020). Come rileva anche G. BOGGERO, *Un decentramento confuso, ma necessario. Poteri di ordinanza di Regioni ed enti locali nell'emergenza da COVID-19*, cit.

[61] Il tema è affrontato in modo molto puntuale da C. ACOCELLA, *L'epidemia come metafora della sospensione e della compressione delle libertà fondamentali. Rileggendo la peste di Camus*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, 1, 2020, p. 478-479 e da V. BALDINI, *Emergenza sanitaria nazionale e potere di ordinanza regionale. Tra problema di riconoscibilità dell'atto di giudizio e differenziazione territoriale delle tutele costituzionali*, in *dirittifondamentali.it*, 20 marzo 2020, p. 881.

Il decreto a questo proposito precisa che «l'Ordinanza n. 15/2020 richiama plurime disposizioni legislative che fondano la base legale del potere di adozione di misure correlate a situazioni regionalmente localizzate, il che esclude ogni possibile contrasto di dette misure con quelle predisposte per l'intero territorio nazionale». Del resto, prosegue ancora il Tar, «i dati che pervengono all'Unità di crisi istituita con Decreto del Presidente della Giunta regionale della Campania, n. 45 del 6.3.2020 [...] dimostrano che, nonostante le misure in precedenza adottate, i numeri di contagio sono in continua e forte crescita nella regione[62]».

Si può comprendere come mai la dottrina più avveduta, proprio riferendosi a questo tipo di provvedimenti, abbia parlato di atti che possono determinare una situazione di "notevole incertezza" che non riguarda solo i rapporti istituzionali ma, ancora peggio, la vita dei cittadini[63].

4.3 I tavoli all'aperto in Calabria e la successiva sentenza del TAR Catanzaro

Uno degli esempi più eclatanti di conflitto tra Stato e regioni è avvenuto, più di recente, nella regione Calabria[64]. Quasi al termine della cd. "fase 1", il 29 e 30 aprile 2020, la Presidente della Giunta regionale Santelli ha adottato, ai sensi dell'art. 32 della legge del 1978, due Ordinanze, la numero 37 ("Disposizioni relative alle attività di ristorazione e somministrazione di alimenti e bevande, attività sportive e amatoriali individuali e agli spostamenti delle persone fisiche nel territorio regionale") e la numero 38 ("Disposizioni per il rientro delle persone fisiche nella Regione Calabria") finalizzate, la prima[65], a far ripartire l'economia regionale dando fiducia ai cittadini e, la seconda, a intensificare il monitoraggio dei rientri in Calabria da altre zone d'Italia[66].

Le due ordinanze, di cui gli organi di informazione hanno dato immediatamente notizia, sono state approvate quasi a sorpresa tra le proteste del Governo

[62] TAR Campania - Napoli, Sez. V, decreto 18 marzo 2020, n. 416.

[63] A. MORELLI, *Quel che resta della specialità nello stato di emergenza (e non solo). La proposta di attuazione dell'art. 31 dello Statuto Siciliano*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, 1, 2020, p. 551; A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, 1, 2020.

[64] Tra i primi a commentare le ordinanze U. ADAMO, S. GAMBINO, W. NOCITO, *La Regione Calabria, il DPCM del 26 aprile e le "Ordinanze Santelli" nn. 37 e 38 alla luce di una non trovata leale collaborazione*, in *www.astrid-online.it*, maggio 2020.

[65] Nell'ordinanza n. 37/2020 si legge che a partire dalla data di adozione della medesima è consentita, sul territorio della regione Calabria, «la ripresa delle attività di Bar, Pasticcerie, Ristoranti, Pizzerie, Agriturismo con somministrazione esclusiva attraverso il servizio con tavoli all'aperto».

[66] L'ordinanza prescrive che non sono consentiti «al momento rientri presso il domicilio o l'abitazione», né – ovviamente – il rientro per i residenti nei Comuni "identificati come «zona rossa» dai provvedimenti regionali vigenti".

e di molti sindaci calabresi, i quali hanno adottato ordinanze contingibili ed urgenti tese a "ripristinare" i limiti e le restrizioni previste dai DPCM.

Sebbene tutti e due gli atti abbiano destato molte preoccupazioni, è stata soprattutto la prima ordinanza a trovare una notevole contrarietà nell'Esecutivo poiché disponeva, ancora prima che tali misure fossero prese a livello nazionale, e in contrasto con i poteri definiti dal decreto-legge n. 19/2020 la riapertura a livello regionale delle attività di ristorazione e somministrazione di alimenti e bevande (con servizio al tavolo all'aperto).

La prima ordinanza è stata quindi impugnata davanti al TAR Calabria dal Governo nella parte in cui "consente la ripresa delle attività" di bar e ristorazione con servizio all'aperto; la stessa sorte non è toccata alla seconda ordinanza, per la quale l'atteggiamento del Governo è stato simile a quello avuto con altre ordinanze dei presidenti di regione che stabilivano misure più drastiche – fatta eccezione per il caso Marche[67].

Il TAR Calabria, con la sentenza 9 maggio 2020, n. 841 ha avuto gioco facile nel dichiarare l'illegittimità della ordinanza del Presidente della regione Calabria del 29 aprile 2020, n. 37.

I profili interessanti della decisione sono molteplici. Le parti in giudizio usano l'intero armamentario degli argomenti fino a questo momento schierati circa i rapporti istituzionali, il rapporto tra fonti e soprattutto le garanzie legittime per la limitazione delle libertà costituzionali.

Il primo profilo da esaminare concerne gli aspetti processuali della decisione. Nell'avvio del contenzioso, Stato e regione Calabria hanno concordato di chiedere al tribunale amministrativo una decisione collegiale in forma semplificata. L'effetto immediato di ciò è che ci troviamo a commentare una sentenza che per la prima volta affronta con una motivazione ampia e articolata i problemi sollevati dalle ordinanze dei presidenti di regione per affrontare l'emergenza.

Sotto il profilo processuale c'è anche altro aspetto. La difesa regionale aveva invocato il difetto di giurisdizione del TAR paventando la competenza della Corte costituzionale come giudice del conflitto di attribuzione tra enti. Il TAR sul punto risponde che l'ordinanza rappresenta esercizio di potere amministrativo e come tale il sindacato è attribuito al giudice amministrativo. A questo proposito il giudice amministrativo esclude il conflitto di attribuzione richiamando la giurisprudenza costituzionale circa il cd. "tono costituzionale del conflitto[68]" poiché nel caso specifico non si tratterebbe di una (immediata)

[67] Come rilevato da G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *L'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione*, cit., p. 195

[68] Punto n. 10 della decisione.

lesione delle competenze statali, ma anzitutto di una violazione della legge (il decreto-legge n. 19/2020) da parte dell'ordinanza regionale.

Tale interpretazione si presta ad alcune critiche[69]. L'orientamento della Corte costituzionale richiamato dal TAR (sent. Corte cost. sentenza n. 81/2012[70]) è sorto in un contesto diverso e del tutto peculiare, che vedeva coinvolti interessi di soggetti le cui posizioni soggettive rischiavano di risultare pregiudicate da un'eventuale immunità dalla giurisdizione di atti immediatamente incidenti sulla loro sfera giuridica. La giurisprudenza costituzionale richiamata si è preoccupata di ricordare che, a prescindere dalla circostanza che fossero espressione di attribuzioni regionali, quegli atti non potevano essere sottratti al controllo sull'esercizio del potere amministrativo da parte della regione. Inoltre, era davvero difficile non rinvenire un'interferenza dell'ordinanza regionale calabrese con le attribuzioni costituzionali dello Stato in tema di esercizio delle funzioni amministrative per far fronte all'emergenza sanitaria in ragione della "politicità" dell'ordinanza[71]. Poco importerebbe che ad essere violate dall'esercizio del potere amministrativo regionali siano norme di legge e di DPCM attuative di queste ultime[72]. D'altronde la sentenza dichiara che l'illegittimità dell'ordinanza per violazione del principio di sussidiarietà e leale collaborazione così come sono stati ricavati dal testo della Costituzione dalla Corte costituzionale.

Ma il problema più importante che la sentenza tocca riguarda la concorrenza tra giurisdizione amministrativa e conflitto di attribuzione. Sebbene il TAR riconosca che i due rimedi non si debbano intendere come reciprocamente escludenti, in ragione del fatto che il primo serve per dichiarare l'atto illegittimo e il secondo per dichiarare l'incostituzionalità, nella sentenza si riprende l'orientamento del Consiglio di Stato secondo cui la giurisdizione

[69] In questo senso si v. F.F. PAGANO, A. SAITTA, F. SAITTA, *Il giudice amministrativo stoppa la ripartenza anticipata della Regione Calabria: sul lockdown è lo Stato a dettare legge*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2020, p. 380 ss.

[70] Come noto, la giurisprudenza costituzionale ha sviluppato tali indirizzi a partire dalla notissima elaborazione del "tono costituzionale" del conflitto proposta da C. MEZZANOTTE, *Le nozioni di "potere" e di "conflitto" nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 1, 1979, p. 110 ss. Sul punto si v. di recente anche R. BIN, *"Tono costituzionale" del conflitto vs."tono regionale" della Repubblica*, in *Le Regioni*, 2, 1998, p. 447 ss.; L. FERRARO, *La Consulta non retrocede sul tono costituzionale del conflitto, anche alla luce della recente riforma costituzionale 1/2012*, in *Giur. cost.*, 3, 2015, p. 761 ss.

[71] Malgrado il TAR esordisca parlando della controversia come affidata al "giudice naturale della funzione pubblica".

[72] Perché è evidente che insieme alle formule costituzionali ampie si devono considerare le leggi e gli atti aventi forza di legge di attuazione o specificazione del dato costituzionale La difficoltà pratica di distinguere i casi di illegittimità da quelli di incompetenza costituzionale è stato messo in luce più volte dalla dottrina, come documentano G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, II ed., il Mulino, Bologna, 2018, p. 312; A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019, 344.

amministrativa costituirebbe un "rimedio di carattere generale" attivabile per evitare di proporre due giudizi[73].

Sempre sul piano processuale vengono analizzate le condizioni dell'azione e l'interesse ad agire[74]. Il TAR ritiene che l'ordinanza sia difforme rispetto al DPCM del 26 aprile e che pertanto a partire da tale antinomia si giustifichi l'interesse della Presidenza del Consiglio. L'affermazione desta qualche perplessità, dato che nel caso specifico si tratta di una violazione di legge prima ancora di una antinomia tra ordinanza regionale e decreto del Presidente del Consiglio.

Passiamo ora ad analizzare il secondo profilo di interesse, che è relativo al merito della decisione.

I giudici amministrativi ricordano, anzitutto, che il ruolo "naturale" del giudice della funzione pubblica è quello di "verificare la conformità del provvedimento oggetto di attenzione al modello legale[75]". Coerentemente con questa premessa – in risposta al rilevato difetto di giurisdizione – il TAR ribadisce il quadro normativo entro il quale la regione Calabria era tenuta ad operare, costituito essenzialmente dagli artt. 2 e 3 del decreto-legge n. 19/2020 (su cui si v. *supra* par. n. 3.3).

I giudici amministrativi escludono illegittimità costituzionale delle norme ora menzionate rispetto all'art. 41 Cost., all'assetto delle competenze costituzionali delineato nell'art. 117 Cost. e ai poteri sostitutivi di cui all'art. 120 Cost.

Con riguardo al primo dei due articoli della Costituzione ribadiscono che nel riconoscere libertà di iniziativa economica, esso prevede che "non possa svolgersi in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana[76]". Poiché l'art. 41 non prevede "una riserva di legge in ordine alle prescrizioni da imporre all'imprenditore allo scopo di assicurare che l'iniziativa economica non sia di pregiudizio per la salute pubblica", i giudici affermano che tali prescrizioni "possono essere imposte anche con un atto di natura amministrativa"[77]. Anzi, ciò vale a maggior ragione nel caso di specie, poiché le norme del decreto-legge demandano "al Presidente del Consiglio dei Ministri di disporre, con provvedimento amministrativo, limitazioni o sospensione delle attività di somministrazione al pubblico di bevande e alimenti, nonché di consumo sul posto di alimenti e bevande, compresi bar e ristoranti, allo scopo di

[73] Si v. Cons. Stato, Sez. VI, 27 dicembre 2011, n. 6834. Sarebbe quindi non corretta quella parte della sentenza dove si legge che l'Ente in conflitto potrebbe "scegliere se, anziché proporre due giudizi e devolvere alla Corte costituzionale l'esame dei profili sul difetto di attribuzione, sia il caso di proporre un solo ricorso al giudice amministrativo, deducendo tutti i possibili motivi di illegittimità dell'atto".

[74] Punto n. 12 della decisione.

[75] Punto n. 16 della decisione.

[76] Punto n. 18.1 della decisione.

[77] Ibid.

affrontare l'emergenza sanitaria dovuta alla diffusione del virus COVID-19[78]". Tanto più che secondo il TAR Calabria risulta chiaro dalla norma citata che il contenuto del provvedimento (governativo) è "predeterminato" e alla amministrazione si demanda esclusivamente di "individuare l'ampiezza della limitazione in ragione dell'esame epidemiologico[79]".

Le previsioni del decreto-legge n. 19/2020 non violano neanche il quadro delle competenze legislative. Utilizzando un'argomentazione già usata, i giudici amministrativi rinvengono nell'intreccio tra il potere dello Stato di disciplinare in via esclusiva la "profilassi internazionale" (art. 117, comma 2, lett q) Cost.) e nelle materie concorrenti "tutela della salute" e "protezione civile" (art. 117, comma 3) i titoli che attribuiscono allo Stato il potere di dettare le norme del decreto-legge n. 19/2020.

Poiché i termini di questo ragionamento avrebbe trasceso il ricorso, il TAR opera una chiarificazione e perimetrazione dell'oggetto della questione, onde poi verificare se l'esercizio in concreto del potere amministrativo da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri non sia frutto di una delega da parte di previsioni di legge affette da incostituzionalità. Nel fare ciò i giudici ricordano, anzitutto, che si tratta di un giudizio non su tutto il potere esercitato con DPCM ma solo sull'aspetto della limitazione e sospensione di un certo tipo di attività amministrative. Inoltre, richiamano il rilievo svolto poco prima circa il concreto atteggiarsi della riserva di legge dell'art. 41 Cost.

È a partire da questi rilievi che il TAR Calabria, anziché addentrarsi nella più difficile e complessa individuazione di quale tra le materie invocate sarebbe "prevalsa" nel caso di specie, rinviene nella sussidiarietà dell'art. 118, comma 1, Cost il "potere di individuare in concreto le misure necessarie ad affrontare un'emergenza sanitaria". Da qui i giudici giustificano nel meccanismo della "chiamata in sussidiarietà"[80] l'attrazione in capo allo Stato della competenza legislativa in materia di "tutela della salute" e "protezione civile"[81]. Il tribunale amministrativo continua richiamando la giurisprudenza costituzionale che, a partire dalla nota sentenza n. 303/2003, ha definito le forme e i limiti della "chiamata in sussidiarietà" (apprezzamento dell'interesse pubblico, rispetto del "principio di legalità", inteso anche come impossibilità di utilizzare fonti diverse da quelle primarie per integrare la disciplina legislativa, e della "leale

[78] Ibid.

[79] Ibid.

[80] Sul valore di tale principio nell'evoluzione del sistema regionale italiano si v. funditus P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *Diritto Regionale*, V ed., Giappichelli, Torino, 2019, p. 225 ss.

[81] Si v. a tale proposito le considerazioni di M. COSULICH, *Lo Stato regionale italiano alla prova dell'emergenza virale*, in *Corti supreme e salute*, 1, 2020, p. 81.

collaborazione"[82]). In questo senso, per il TAR la previsione che gli atti del Presidente del Consiglio dei ministri siano decisi sentendo i Presidenti di regione o il Presidente della Conferenza delle regioni e delle Province autonome è garanzia che la cooperazione è stata rispettata.

Sul punto occorre svolgere un rilievo critico. Le materie incise dall'intervento statale ("tutela della salute" e "protezione civile") avrebbero richiesto forme di collaborazione più forti della semplice consultazione (a tal proposito si v. quanto detto *supra* nel par. 3.1 e soprattutto quanto poi è avvenuto con l'emanazione del decreto-legge n. 33/2020). Così come le invocate "chiamata in sussidiarietà" e "intreccio di materie" avrebbero sollecitato l'attivazione di una intesa (almeno debole) per l'esercizio delle relative funzioni amministrative[83]. A tal proposito pare lecito dubitare che i giudici amministrativi, qualificando la chiamata in sussidiarietà in chiave "sintomatica"[84], abbiano in realtà tracciato la via procedurale perché dalla concorrenza di più materie si arrivasse ad allocare in capo allo Stato – in realtà secondo un criterio di prevalenza[85] – l'esercizio del potere legislativo e le funzioni amministrative corrispondenti[86].

Il filo della motivazione prosegue escludendo l'ultimo aspetto legato alla legittimità costituzionale di cui la sentenza si occupa: i poteri sostitutivi di cui all'art. 120 Cost. In merito a questo profilo, i giudici non ravvisano l'esercizio di un intervento sostitutivo dello Stato ma solo, come detto, una avocazione delle funzioni amministrative in ragione del principio di sussidiarietà, accompagnata poi dalla chiamata in sussidiarietà.

Alla luce delle considerazioni riportate il TAR dichiara fondati tutti e tre i motivi del ricorso governativo annullando l'ordinanza del Presidente della regione n. 37/2020. Nell'affrontare il primo e il terzo vizio i giudici si riferiscono alla argomentazione svolta circa l'asserita incostituzionalità del potere governativo. A tal proposito essi ritengono che la regione Calabria non era competente a dettare quelle previsioni perché l'art. 3 del decreto-legge n. 19/2020

[82] Viene richiamata in particolare la Corte cost., sent. n. 278/2010. In generale sulla chiamata in sussidiarietà si v. C. MAINARDIS, *Chiamata in sussidiarietà e strumenti di raccordo nei rapporti Stato-Regioni*, in *Le Regioni*, 2-3, 2011, p. 455 ss.

[83] G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *L'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione*, cit., p. 189. Per un approfondimento del tema si v. anche S. AGOSTA, *La leale collaborazione tra Stato e Regioni*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 179 ss.

[84] A. D'ATENA, *Allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 5, 2003, p. 2780.

[85] Su cui valgono sempre i rilievi critici di R. BIN, *La leale cooperazione nella giurisprudenza costituzionalepiù recente*, in *Seminario "Il principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni", Conferenza delle Regioni e delle Province autonome (disponibile in www.robertobin.it)*, 6 aprile 2017.

[86] Su questi problemi nello sviluppo della giurisprudenza costituzionale si v. S. CALZOLAIO, *Il cammino delle materie nello Stato regionale*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 246 ss.

affida il relativo potere al Governo[87]. Inoltre, ed è il terzo motivo, la regione non ha attivato alcun canale di comunicazione per arrivare ad una qualche forma di collaborazione con l'Esecutivo.

Più complesso, e certamente fonte di maggiore problematicità, è l'aspetto legato al cd. "valore di replicazione del virus" che sarebbe stato preso dalla amministrazione regionale a giustificazione della possibilità di segnare un "regresso dell'epidemia" e quindi la legittimazione a operare scelte diverse da quelle messe in atto dallo Stato. Su questo profilo i giudici potevano forse usare maggiore precisione. Sembra che non si colga nel caso di specie la differenza tra i principi di "precauzione" e "prevenzione", i cui presupposti e caratteri sono molto distanti. Rimane il fatto che l'ordinanza impugnata non giustificava attraverso una istruttoria articolata il "regresso dell'epidemia" e soprattutto quali misure, oltre a quelle previste dai DPCM, la regione avrebbe puntualmente messo in campo nel caso in cui i valori di replicazione si fossero innalzati.

5. Riflessioni conclusive

La sentenza del TAR Calabria ci riporta al punto di partenza di queste riflessioni. L'epidemia da CoViD-19 ha messo a dura prova il sistema di rapporti istituzionali tra centro e periferia. Ancora una volta abbiamo toccato con mano che il quadro delle competenze legislative e la tutela delle istanze unitarie viaggiano oramai su binari lontani dal testo del Titolo V. La prevalenza di alcune materie e la chiamata in sussidiarietà sono in effetti la testimonianza che la riforma del 2001 è stata smontata e rimontata più volte dal Governo e dalla Corte, secondo le esigenze di garantire l'unità dell'ordinamento nel quadro del principio di leale collaborazione ricavato deduttivamente dalla Costituzione.

A ciò oggi si aggiungono l'effetto della pandemia ancora in corso e i problemi economici che ne derivano. In Parlamento sono state addirittura presentati progetti di legge costituzionali sia per portare alla competenza esclusiva la sanità, togliendo la gestione alle regioni, sia per introdurre "clausole di supremazia" a favore dello Stato[88].

Non è mancata in questi giorni da più parti una critica feroce alla gestione della sanità regionale. La vulgata più diffusa è stata infatti che se le regioni devono occuparsi della salute dei cittadini, la diffusione del contagio, la scarsità di terapie intensive, l'elevato numero di decessi e più in generale la risposta

[87] In questo occorrerebbe ricordare che le attività e gli atti regionali (ordinanze e norme) non vengono certamente "azzerati" dalle norme statali, dovendo però assumere una portata più restrittiva in forza della quale possono e devono specificare o aggravare i contenuti degli atti statali. Si v. U. ADAMO, S. GAMBINO, W. NOCITO, *La RegioneCalabria, il DPCM del 26 aprile e le "Ordinanze Santelli" nn. 37 e 38 alla luce di una non trovata leale collaborazione*, cit.

[88] Si v. i progetti di legge AC 2458 e AS 1772 presentati durante la attuale (XVIII) legislatura.

non pronta del sistema sanitario locale è essenzialmente colpa della cattiva gestione regionale.

Malgrado i dati siano chiari e qualche osservazione colga nel segno, il semplicismo di certe affermazioni non può aiutare per una riflessione seria sull'argomento. Bisogna tenere in considerazione che le regioni non sono "sovrane" nel gestire la sanità pubblica[89]. Esse esercitano una competenza concorrente, quindi devono sottostare ai principi stabiliti dallo Stato. Il potere regionale in materia di salute, inoltre, ha un perimetro vasto ma delimitato da altre competenze: deve sottostare, ad esempio, ad altre materie esclusive statali come la "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale"; ed è lo Stato che determina annualmente l'ammontare del finanziamento da distribuire alle regioni, secondo criteri rigidi e purtroppo sulla base dei drastici tagli realizzati negli ultimi dieci anni, anche a fronte degli errori del passato legati a un modello di spesa sanitaria non efficiente[90].

Se, dunque, il "legno storto" non parte dai rami ma risale fin dalla radice, sorge spontaneo chiedersi quali ostacoli il Governo ha incontrato nella soluzione dell'emergenza epidemiologica e perché non è stato attivato il potere sostitutivo previsto in Costituzione all'art. 120 che consentirebbe l'intervento dello Stato quando vi è "pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica".

Forse il vero terreno di scontro tra Stato e regioni ha riguardato la declinazione della "salute pubblica", cioè quel valore supremo la cui tutela può giustificare, rispettate determinate garanzie, una proporzionale compressione di altri diritti di libertà[91]. Su questo fronte si è consumato uno scontro acerrimo tra centro e periferia riguardo alle misure limitative delle libertà. L'attivismo del Presidente del Consiglio, che ha ritenuto di doversi assumere ogni responsabilità politica e amministrativa, di fatto relegando ai margini il resto del Governo, il Parlamento e gli altri corpi amministrativi, ha involontariamente finito per accendere uno speculare protagonismo dei Presidenti delle regioni, dando vita a una poco confortante gara di decreti e ordinanze. Abbiamo assistito ad una confusa sovrapposizione di atti statali, regionali e locali che hanno messo in seria difficoltà i cittadini nel comprendere quali fossero i comportamenti

[89] M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2020.

[90] Si v. a questo proposito S. CALZOLAIO, *Il modello dei piani di rientro dal disavanzo sanitario dal punto di vista dell'equilibrio di bilancio*, in *Federalismi.it*, 23, 2014, 4 ss.

[91] A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32 (commento a)*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, M. OLIVETTI, A. CELOTTO, I, UTET, Torino, 2006.

consentiti e quali fossero invece vietati, forse al di là di quanto si poteva immaginare in una situazione così difficile e imprevedibile[92].

La crisi sanitaria che abbiamo vissuto ha un carattere certamente nazionale (e internazionale) ma si è diffusa in modo assolutamente differenziato nel Paese. Nel contenimento e gestione della diffusione del contagio il decentramento non può essere un ostacolo, ma uno strumento efficace attraverso cui tanto il governo centrale deve essere in grado di stabilire interventi generali, quanto il sistema regionale adattare gli interventi alle esigenze e alle specificità dei propri territori, attraverso un coordinamento adeguato tra i diversi livelli di governo.

Perché dunque non usare la situazione attuale per realizzare un puntuale tagliando del nostro sistema regionale e non per distruggerlo sull'onda dell'emozione[93]? Per realizzare tale obiettivo bisognerà partire da una serie di interrogativi sulla situazione attuale e su ciò che ci aspetta nell'immediato futuro. Qui ne elenchiamo alcuni in forma sintetica e assolutamente provvisoria:

1) comprendere attraverso una indagine approfondita – e non attraverso gli slogan – quali sono state le ragioni dei successi di alcune esperienze regionali e gli insuccessi di altre;
2) capire come avvantaggiarsi dalla differenziazione regionale in materia di sanità[94], posto che non si può prescindere dal contributo del livello regionale per meglio adattare le misure nazionali alle specificità territoriali[95];
3) chiarire che lo smantellamento del sistema sanitario pubblico e la sua trasformazione in un'industria medica in fase di privatizzazione ha trasformato un virus che poteva essere frenato con uno *screening* sistematico delle persone malate e di coloro che erano entrati in contatto con essi in una catastrofe mondiale[96];
4) domandarci, con ancora più attenzione, perchè – al netto degli errori politici – il modello di coordinamento e cooperazione istituzionale in essere, composto da una certa ripartizione costituzionale delle competenze legislative e amministrative, un determinato assetto finanziario della Repubblica e un modello di collaborazione improntato sul sistema delle conferenze, si sia rivelato insufficiente di fronte a questa emergenza pandemica[97];

[92] G. NAPOLITANO, *I poteri pubblici di fronte alla pandemia*, cit.

[93] In questo senso v. anche M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, cit., p. 24 ss.

[94] L. BUSCEMA, *Emergenza sanitaria (inter)nazionale e regionalismo (differenziato): un ossimoro?*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, 1, 2020, p. 406 ss.

[95] M. BETZU, P. CIARLO, *Epidemia e differenziazione territoriale*, cit.

[96] G. GIRAUD S.I., *Per ripartire dopo l'emergenza Covid-19*, in *La civiltà cattolica*, 4, 2020.

[97] Su questo punto si v. il contributo di E. D'Orlando, *Emergenza sanitaria e Stato regionale: spunti per una riflessione*, in questo stesso fascicolo della Rivista.

5) prendere atto che l'insieme dei rapporti che concernono lo Stato e le regioni (tanto ordinarie quanto speciali) è divenuto talmente "rigido" che, senza una riforma complessiva che vada nel senso della maggiore stabilità istituzionale, l'Italia rischia di comprimere in modo irragionevole la capacità dei territori di sviluppare politiche pubbliche innovative e rendere, dall'altro, lo Stato stesso una macchina ogni giorno più inefficiente[98];
6) interrogarci, infine, se non sarebbe meglio riavvolgere il nastro per lavorare in modo serio e non ideologico – a livello culturale prima ancora che politico – alla introduzione di una presenza regionale stabile nel circuito parlamentare, dando particolare peso al grado di evoluzione che il sistema regionale italiano può ad oggi sopportare.

[98] E. DI CARPEGNA BRIVIO, *Il regionalismo differenziato e le occasioni perdute*, in *Le Regioni*, 4, 2019, p. 1003 ss.

LE FONTI DEL DIRITTO E LE DIVERSE RISPOSTE AD UNA EMERGENZA SIMMETRICA: QUALCHE LEZIONE FRANCESE SUL "RENDIMENTO" DELLE CLAUSOLE DI EMERGENZA COSTITUZIONALE*

PIETRO MILAZZO**

Sommario

1. Emergenza "simmetrica" e clausole generali costituzionali sull'emergenza. – 2. Il "doppio canale" dell'emergenza in Francia: clausole costituzionali ed *état d'urgence* legislativo. – 3. La reazione normativa francese all'emergenza sanitaria del 2020. Il nuovo *état d'urgence sanitaire* nel sistema delle fonti. – 4. La lezione francese sul "rendimento" delle clausole costituzionali sull'emergenza. La garanzia costituzionale ed il rischio del "fucile di Čechov".

Abstract

This article starts from the fact that the Italian Constitution does not provide for a clause governing states of emergency, although the constitutional and administrative rulings has defined over time the constitutional dimensions of the emergency in our system. The absence of a constitutional clause on the emergency has often been assumed as one of the reasons that caused - during the 2020 health emergency - a certain degree of confusion in the source system and an excessive centralization of powers in the hands of the government. That said, the article examines the reaction of the French legal system to the emergency induced by the Covid-19 epidemic with the aim to verify whether and to what extent the presence of explicit constitutional provisions on the emergency has affected the regulatory management of the emergency itself. The paper concludes that the presence of constitutional clauses does not always seem able to prevent the emergence of special emergency regimes, rising from the specificity of the particular emergency.

Suggerimento di citazione

P. MILAZZO, *Le fonti del diritto e le diverse risposte ad una emergenza simmetrica: qualche lezione francese sul "rendimento" delle clausole di emergenza costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al *webinar* "Le fonti normative dell'emergenza", organizzato dalla *Rivista* e svoltosi il 30 aprile 2020. Esso è aggiornato al 20 giugno 2020.

** Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Pisa, visiting professor nell'Université de Lille.
Contatto: pietro.milazzo@unipi.it

© 2007-2020 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIII - Fascicolo speciale /2020
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Emergenza "simmetrica" e clausole generali costituzionali sull'emergenza

Come è noto, la Costituzione italiana non prevede espressamente – se non nel caso del decreto-legge e nel caso della deliberazione dello stato di guerra di cui all'art. 78 Cost.[1] - strumenti eccezionali per affrontare circostanze straordinarie, o per istituire degli "stati" di emergenza caratterizzati da un diritto speciale e da una diversa distribuzione ed organizzazione delle fonti del diritto.

In realtà non manca affatto una disciplina sulla "risposta (di livello) costituzionale" all'emergenza[2], che è stata sviluppata dal legislatore (ad esempio mediante il Codice della protezione civile del 2018, che ha ripreso e razionalizzato una normativa che aveva avuto la sua origine con la legge del 1992 con la quale era stato istituito il servizio di protezione civile), ma soprattutto è stata delineata nei suoi contenuti costituzionalmente necessari dalla giurisprudenza costituzionale ed amministrativa[3]. Tale giurisprudenza ha costruito un sistema nel quale misure emergenziali anche derogatorie alla legge possono essere configurate all'interno di un modello che ne prevede – in sintesi – la temporaneità, la determinazione all'esito di un bilanciamento ragionevole e proporzionato fra interessi e diritti costituzionalmente tutelati, il rispetto della riserva di legge, il rispetto della leale collaborazione in caso di compressione delle competenze degli enti territoriali substatali[4].

Ciò che manca nella Costituzione italiana, diversamente rispetto ad altre Costituzioni europee ed extraeuropee, è dunque una disposizione costituzionale generale esplicita sull'emergenza.

Posto che già in passato vi sono state istanze in dottrina indirizzate alla sua introduzione[5], ci si potrebbe chiedere se questa carenza di una norma generale costituzionale sull'emergenza non possa essere anche all'origine della

[1] Un ricorso all'art. 78 Cost., o forse meglio allo *schema* dell'art. 78 Cost (dichiarazione di emergenza fatta dal Parlamento analogamente alla delibera sullo stato di guerra; conferimento al governo dei "necessari poteri") è stato evocato anche nell'attuale situazione di risposta normativa all'emergenza sanitaria indotta dal diffondersi della pandemia da Covid-19. Cfr. A. CELOTTO, Necessitas non habet legem? *Prime riflessioni sulla gestione costituzionale dell'emergenza coronavirus*, Mucchi, Modena, 2020, 60; A. TORRE, *La Costituzione sotto stress ai tempi del coronavirus*, in *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto. Instant Forum*, 27 marzo 2020, 5 ss.

[2] C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020, 82.

[3] Sul punto, si può senz'altro rinviare al contributo di A CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, in questo numero della *Rivista*, nonché, più in generale ed al di fuori della emergenza sanitaria del 2020, Id., *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere* extra ordinem *del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011, *passim*.

[4] E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bononia University Press, Bologna, 2019, passim.

[5] G. DE MINICO, *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, Napoli, Jovene, 2016, 277 ss. La riflessione dell'Autrice era peraltro diretta ad una emergenza di carattere terroristico, all'indomani degli attentati di New York, Madrid, Parigi.

complessa e discutibile evoluzione dell'uso di fonti normative diverse nel corso dell'emergenza derivante dalla pandemia da Covid-19[6].

Una norma costituzionale avrebbe avuto la capacità e la forza – di fronte ad una emergenza come quella attuale, con i suoi particolari caratteri – di "mettere ordine" (anche se un ordine ovviamente a sua volta "eccezionale") nel sistema delle fonti emergenziali? Avrebbe saputo costituire una guida ed uno strumento per orientare le funzioni dei vari organi costituzionali secondo una impostazione rispettosa dell'indirizzo politico-costituzionale generale? Avrebbe ragionevolmente impedito ciò che è avvenuto in Italia soprattutto nella prima fase della risposta giuridica all'emergenza, cioè un protagonismo assoluto del governo, esercitato mediante uno schema di fonti normative diverso anche rispetto al sistema ordinario della protezione civile[7]? Avrebbe, in definitiva, offerto una (più salda) copertura, "a condizioni ed entro limiti puntualmente stabiliti, agli interventi in forma non legislativa che portano a contrazioni ora più ed ora meno vistose dei diritti"[8]?

Tra i tanti e pesanti problemi che l'impatto dell'epidemia di Covid-19 ha imposto di affrontare con riferimento alle fonti del diritto, forse un elemento positivo – dal punto di vista di chi studia tale aspetto dell'ordinamento – potrebbe esserci, ed è la "simmetricità" dell'emergenza; la circostanza per cui essa ha interessato i diversi paesi europei in termini essenzialmente analoghi se non addirittura identici (salvo il fatto che ciò è avvenuto, come noto, "ad ondate" che hanno interessato i diversi paesi in momenti diversi, in una progressione tipicamente epidemica), ed ha imposto ai diversi ordinamenti scelte che – pur in una varietà ed con intensità effettivamente ed anche significativamente diverse– hanno comportato l'adozione di molte misure sostanzialmente sovrapponibili: il confinamento della popolazione; i "giustificati motivi" per poter circolare, la sospensione della liberà di riunione ed i forti condizionamenti alla libertà religiosa, le misure fortemente restrittive per la libertà di impresa, ecc.

In effetti, anche la narrazione – o come usa dire ormai da qualche anno, lo *storytelling*[9] – della risposta giuridica alla epidemia ha assunto caratteri molto simili nei vari paesi e nei vari livelli di governo, spesso mediante l'evocazione di immagini di impronta fortemente "bellica", come ad indicare un qualche

[6] Sul quale, in un contesto dottrinario già molto "affollato", M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Consulta on line* [giurcost.org], 11 aprile 2020, nonché, U. DE SIERVO, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in questo numero della *Rivista*;

[7] M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 28 aprile 2020.

[8] Così A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta on line* [giurcost.org], 6 aprile 2020, 213.

[9] A partire almeno da C. SALMON, *Storytelling. La machine à fabriquer des histoires*, La Découverte, Parigi, 2007, trad. it. *Storytelling. La fabbrica delle storie*, Fazi, Roma, 2008.

tipo di forzatura del sistema delle fonti riconducibile appunto ad un assetto "di guerra" dell'ordinamento[10].

In questo contesto di minaccia "simmetrica" proveniente dalla diffusione del virus e dalla connessa inaudita ed inedita emergenza sanitaria globale, risulta senz'altro interessante valutare qualsia sia stata la risposta immediata a tale emergenza nei contesti ordinamentali che – diversamente dall'Italia - prevedono espressamente uno strumentario costituzionale funzionale proprio ad affrontare le emergenze; se tali clausole costituzionali emergenziali siano state invocate/applicate o meno, ed in che termini; e quale sia stato il rendimento delle scelte operate dagli organi costituzionali di quei paesi rispetto all'assetto complessivo delle fonti ed agli assetti della forme di stato e di governo che sono sottesi al sistema delle fonti stesso.

In questo contributo, si intende avviare una riflessione su tali tematiche, in riferimento al sistema francese: un sistema che ha taluni significativi parallelismi con l'assetto costituzionale (e soprattutto con l'assetto delle fonti) italiano, ma che – appunto – contiene nella sua carta costituzionale diversi strumenti espressamente dedicati ad affrontare gravi emergenze.

2. Il "doppio canale" dell'emergenza in Francia: clausole costituzionali ed *état d'urgence* legislativo

La costituzione francese contiene notoriamente alcune clausole che consentono una disciplina di stati eccezionali. La più vistosa e forse la più caratterizzante il sistema semipresidenziale di quel paese – ma anche la più discussa nei suoi presupposti teorici ed applicativi – è quella prevista nell'art. 16 della Costituzione[11] (collocato significativamente nel secondo titolo, quello dedicati al

[10] Il presidente Macron, nel suo discorso in diretta nazionale del 16 marzo 2020 – quello in cui ha indicato l'immediata adozione di provvedimento fortemente incisivi su varie libertà, prima ancora della presentazione alla camere della nuova legge sulla emergenza sanitaria (sulla quale cfr. *infra*) - ha citato 14 volte la parola "*guerre*", ed ha utilizzato il ricorso retorico alla icastica frase "*nous sommes en guerre*" ben 7 volte (www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/03/16/adresse-aux-francais-covid19).

[11] L'art. 16 stabilisce che "*Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des Présidents des assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel. /Il en informe la Nation par un message. /Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission. Le Conseil constitutionnel est consulté à leur sujet. /Le Parlement se réunit de plein droit. / L'Assemblée nationale ne peut être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels. / Après trente jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat, soixante députés ou soixante sénateurs, aux fins d'examiner si les conditions énoncées au premier alinéa demeurent réunies. Il se prononce dans les délais les plus brefs par un avis public. Il procède de plein droit à cet examen et se prononce dans les mêmes conditions au terme de soixante jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels et à tout moment au-delà de cette durée*".

Presidente della Repubblica) il quale prevede che – qualora sussistano circostanze particolarissime – il Presidente possa adottare le misure "rese necessarie dalle circostanze"; una massima concentrazione di poteri nella figura presidenziale subordinata soltanto ad obblighi di comunicazione e di consultazione non vincolante[12] e ad un vincolo finalistico molto elastico se non addirittura vago: la circostanza per cui tali misure devono essere adottate nell'intento di garantire un recupero della normale funzionalità agli (altri) organi costituzionali nel tempo più breve possibile.

L'origine di questa disposizione è fortemente legata agli avvenimenti della Seconda guerra mondiale, ed in particolare quelli – drammatici per la Francia – del giugno 1940. Dopo la fine della guerra, infatti, emerse che in quel periodo, con l'invasione tedesca in corso, il Presidente della Repubblica Lebrun e il Presidente del Consiglio Reynaud avevano ritenuto che la Costituzione della III Repubblica non conferisse loro i poteri eccezionali che sarebbero stati necessari per proseguire la lotta contro l'invasore trasferendo il governo a Londra o a Algeri (il governo della "*France Libre*" del generale De Gaulle, infatti, scontò un problema di legittimazione costituzionale anche per questo profilo)[13]. Dunque la *ratio* dell'art. 16 era appunto quella di fornire al Presidente della Repubblica poteri sufficientemente estesi per far fronte a crisi gravissime e drammatiche come quella del 1940.

Nell'opinione generale, l'art. 16 è – sulla carta – uno dei poteri presidenziali maggiormente caratterizzanti la stessa figura del Presidente della Repubblica, e per esso si è fatto addirittura riferimento al potere di decisione nello stato di eccezione di schmittiana memoria, o – forse più correttamente - alla *dittatura* nel senso del termine adottato dalla antica costituzione romana: cioè una magistratura cui si conferisce un potere pressoché illimitato, ma al fine di salvaguardare la struttura costituzionale esistente (non certo per stravolgerla)[14]; una magistratura che, essendo in questo caso identificata con il Presidente della Repubblica eletto direttamente dal popolo, ha ovviamente una forte connotazione personale ed espressiva di un collegamento "diretto" fra Presidente e necessità più profonde della vita nazionale, confermata dalla necessità di accompagnare il ricorso all'art. 16 con un messaggio alla nazione[15].

[12] Devono infatti essere consultati il Presidente del Consiglio, i Presidenti delle Camere ed il Consiglio costituzionale. Ma si tratta di pareri senz'altro non vincolanti: M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours*, 15e éd. LGDJ, Parigi, 2018, 453.

[13] F. HAMON – M. TROPER, *Droit constitutionnel*, 39e éd., LGDJ, Parigi, 2018, 612.

[14] F. HAMON – M. TROPER, *Op. cit.*, 613.

[15] C. WILLIAMS, *The last Great Frenchman. A life of General De Gaulle*, Little - Brown, Boston – New York, 1993, trad. it. *De Gaulle. L'ultimo Grande di Francia*, Mondadori, Milano, 1995, 483 e ss. ricorda come il Presidente De Gaulle, nell'unica occasione in cui fu fatto ricorso all'art. 16 della Costituzione (cfr. la successiva nota 16) apparve in televisione – addirittura in divisa (a rimarcare il suo glorioso passato militare e la grave ribellione di militari francesi in Algeria - rivolgendo un drammatico

Del resto, la effettiva eccezionalità di tale potere presidenziale ed i presupposti costituzionali per il suo esercizio, hanno reso questa disposizione di non agevole applicazione – sia sul piano strettamente giuridico-costituzionale, sia sul piano politico[16]. Occorre infatti che sussistano contemporaneamente due condizioni: da un lato vi deve essere una minaccia grave ed immediata alle istituzioni della Repubblica, all'integrità del suo territorio, all'indipendenza della Nazione o all'esecuzione di impegni internazionali assunti dalla Francia; dall'altro lato, e contestualmente, deve anche ricorrere una situazione di interruzione del funzionamento regolare dei poteri pubblici costituzionali (anche se non necessariamente una totale paralisi[17]).

Vi è poi da considerare l'oggettiva ampiezza dei poteri presidenziali d'emergenza, che può costituire una remora alla messa in atto dello stesso schema dell'art. 16: in effetti si tratta di poteri del tutto non individuati se non con riferimento alla citata finalità di ristabilire il funzionamento dell'assetto costituzionale, e che possono quindi esprimersi in provvedimenti adottati in sostituzione del potere esecutivo e legislativo, ed anche dell'autorità giudiziaria

appello alla Francia che si concludeva con l'icastica esclamazione "*Françaises, Français, aidez-moi*!". Sul ruolo di De Gaulle nella creazione della V Repubblica cfr. la recente ricchissima biografia di J. JACKSON, *De Gaulle. Une certaine idée de la France*, Seuil, Parigi, 2019, sul quale O. BEAUD, De Gaulle. Une certaine idée de la France. *Une biographie qui devrait intéresser les constitutionnalistes*, in *Jus Politicum blog* [blog.iuspoliticum.com], 22 giugno 2020,

[16] In effetti ad oggi si è fatto ricorso all'art. 16 della Costituzione francese in un'unica occasione. Il Presidente De Gaulle, infatti, utilizzò i pieni poteri garantiti da detta disposizione per far fronte al tentativo di colpo di stato intervenuto ad Algeri dal 21 aprile 1961, quando alcuni generali francesi a capo del corpo di spedizione in Algeria cessarono di ubbidire alle istruzioni del governo e cercarono di creare un governo insurrezionale, sequestrando anche un rappresentante del governo: cfr. P. ABRAMOVICI, *Le Putsch des généraux. De Gaulle contre l'Armée 1958-1961*, Fayard, Parigi, 2011. È interessante notare come – anche se la ribellione dei generali ad Algeri rientrò nell'arco di poche settimane – De Gaulle mantenne lo stato emergenziale e quindi i pieni poteri ex art. 16 per un periodo molto più lungo (dal 23 aprile al 29 settembre 1961) ed ebbe occasione di usare detti poteri con un raggio di intervento apparentemente molto più ampio rispetto alla repressione della rivolta algerina (ad esempio, sospendendo le garanzie costituzionali dell'inamovibilità dei magistrati): cfr. L. FAVOREU (a cura di), *Droit constitutionnel*, 4e éd., Dalloz, Parigi, 2001, 569, nonché, con maggior dovizia di particolari sui complessi intrecci fra applicazione dell'art. 16 della Costituzione, dell'art. 36 sul potere di ordinanza e dell'*état d'urgence* di cui alla legge del 3 aprile 1955, O. BEAUD – C. GUÉRIN-BARGUES, *L'état d'urgence. Une étude constitutionnelle, historique e critique*, 2e éd., LGDJ, Paris, 2018, 84 e ss., nonché R. CASELLA, *La Francia dopo gli attentati di Parigi: la dichiarazione dello stato di urgenza e la proposta di revisione costituzionale del Presidente Hollande*, in *Nomos*, 3/2015, 5.

[17] Nell'unico precedente appena citato, il parere consultivo del Consiglio costituzionale richiesto dal Presidente sottolineò la effettiva ricorrenza dei due elementi richiesti dall'art. 16. Mentre il primo era effettivamente agevolmente riconoscibile, essendo in corso un tentativo di colpo di stato in una parte (all'epoca) ancora significativa di territorio francese, ancorché coloniale, poteva dubitarsi della effettiva interruzione del funzionamento degli organi costituzionali che in effetti proseguivano la loro attività. Con la Décision n° 61-1 AR16 du 23 avril 1961, il Consiglio costituzionale, però, convenne con il Presidente sul fatto che, nel caso di specie, il venir meno del controllo su una parte relativamente importante del territorio nazionale, assieme al sequestro di un membro del governo, integravano la seconda condizione prevista dall'art. 16.

(eccezion fatta per il divieto di scioglimento dell'Assemblea Nazionale e – secondo la giurisprudenza – per la revisione costituzionale), eventualmente – ma verosimilmente – anche sospensivi delle libertà costituzionali. Lo stesso intervento del Consiglio costituzionale sulle singole misure è meramente consultivo e non pubblico[18]; inoltre, l'art. 16 non stabilisce nemmeno le regole e le condizioni per determinare la cessazione dello stato di emergenza costituzionale, né le condizioni per una eventuale giustiziabilità delle decisioni prese nell'ambito dello stato attivato con il ricorso all'art. 16[19]. Ed infatti, a seguito dei lavori della Commissione Balladur, nel 2008 l'art. 16 è stato modificato introducendo un meccanismo che coinvolge il Consiglio costituzionale e il Parlamento (anche le minoranze parlamentari) nella verifica della sussistenza (*rectius*: della permanenza) delle condizioni per il mantenimento dello stato di emergenza costituzionale[20]: un meccanismo che non può mettere fine allo stato di emergenza ex art. 16, ma che senz'altro è in grado di esprimere un parere politicamente "pesante" nei confronti del Presidente.

Oltre all'art. 16, la Costituzione francese prevede un'ulteriore clausola costituzionale finalizzata ad affrontare le emergenze: l'*état de siège* di cui all'art. 36. Si tratta di una disposizione molto laconica: essa si limita a stabilire che lo stato di assedio è decretato in Consiglio dei ministri, e che il prolungamento di tale stato oltre dodici giorni deve essere autorizzato dal Parlamento. L'art. 36 ha costituzionalizzato – nel suo schema generalissimo e, secondo alcuni, per "pura inerzia"[21] – una disciplina legislativa dello stato di assedio che rimonta alla seconda metà del XIX secolo, strettamente legata a situazioni di guerra o di insurrezione armata, e che sostanzialmente comporta il trasferimento

[18] F. HAMON – M. TROPER, *Op. cit.*, 614-615.

[19] Nella celebre decisione Conseil d'État, Assemblée, 2 mars 1962, *Rubin de Servens et autres*, il Consiglio di Stato ha stabilito che di per sé la decisione presidenziale di attivare i poteri di cui all'art. 16 non è sindacabile, trattandosi di atto di governo (cfr. D. GIRARD, *Les « actes de Gouvernement » demeurent insusceptibles de tout recours juridictionnel en France*, in *Revue générale du droit* [revuegeneraledudroit.eu], 2015, numéro 22851): il controllo è limitato agli espetti esteriori ed estrinseci, come l'aver seguito la procedura di cui all'art. 16, o l'esistenza stessa della decisione presidenziale. Quanto alle misure attuative, il Consiglio di Stato ha ritenuto insindacabili le decisioni presidenziali adottate ai sensi dell'art. 16 quando esse operino nelle materie di competenza normale del legislatore, mentre *a contrario* sarebbero sindacabili quelle adottate nella materia regolamentare: distinzione molto sottile e che, come è stato notato (P. COSSALTER, *Légalité de crise et état d'urgence*, in *Revue générale du droit* [revuegeneraledudroit.eu], 2015, numéro 22919), non ha dato luogo ad un effettivo controllo giurisdizionale sull'attività presidenziale nello stato di emergenza.

[20] Come indicato *supra*, con la riforma costituzionale del 2008 si è previsto che, trascorsi trenta giorni di esercizio dei poteri presidenziali eccezionali, il presidente dell'Assemblea Nazionale, il Presidente del Senato, sessanta deputati o sessanta senatori possono ricorrere al Consiglio costituzionale affinché esamini la permanenza delle condizioni che hanno giustificato il ricorso all'art. 16. Lo stesso Consiglio costituzionale procede d'ufficio a detto esame dopo sessanta giorni di esercizio dei poteri eccezionali del Presidente, ed in ogni momento successivo.

[21] O. BEAUD – C. GUÉRIN-BARGUES, *L'état d'urgence*, cit. 76, che rilevano la pressoché totale assenza di dibattito sul mantenimento di questo antico istituto nel nuovo contesto costituzionale.

all'autorità militare di poteri normalmente esercitati dall'autorità civile, e la possibile significativa compressione di molte libertà individuali e collettive[22].

Nel corso della storia della V Repubblica, lo stato di assedio non è stato mai dichiarato[23]: se ne è sempre percepita infatti la estrema gravità di contenuti e la evidente vaghezza dei presupposti, ancorché sia riconosciuto al Parlamento – diversamente da quanto accade per il citato art. 16 – il potere di far cessare lo stato di assedio rifiutandosi di prorogarlo oltre i primi dodici giorni.

Come è evidente, sia con riferimento all'art. 16 che con riferimento all'art. 36 della Costituzione della V Repubblica, ci si trova di fronte a strumenti di straordinaria delicatezza e di portata eccezionalmente derogatoria rispetto all'assetto delle fonti ed anche alla stessa ordinaria forma di stato e di governo costituzionale. L'uso decisamente parco di tali strumenti da parte degli organi costituzionali francesi in una storia – quella della V Repubblica – lunga ormai oltre 60 anni e caratterizzata da episodi di grave crisi (oltre alla vicenda algerina, si pensi ai movimenti indipendentisti della Nuova Caledonia, agli avvenimenti del maggio 1968, al terrorismo politico degli anni '70, alla cd. rivolta delle *banlieues* del 2005, o agli attentati degli estremisti islamici nel 2015 contro la sede di *Charlie Hebdo* e nel teatro Bataclan, oltre che in altri luoghi di Parigi) indica come l'ordinamento abbia necessariamente prodotto meccanismi di reazione all'emergenza che non implicano il ricorso alle clausole costituzionali che a tale fine appaiono invece destinate (ed anzi, le sfuggono).

Ed infatti lo strumentario che l'ordinamento francese prevede per affrontare le emergenze più gravi non è disciplinato a livello costituzionale ma (solo) legislativo, e viene utilizzato come meccanismo per affrontare tutte quelle urgenze – anche gravissime – per le quali non si ritenga necessario accedere alle clausole costituzionali dell'art. 16 e dell'art. 36, percepite evidentemente come non praticabili in virtù del loro contenuto (soprattutto lo stato d'assedio) ovvero delle torsioni che esse imporrebbero all'assetto del sistema delle fonti e della forma di governo (soprattutto la concentrazione di poteri nel Presidente prevista dall'art. 16)[24]: ed abbiamo visto che, in concreto, l'uso che è stato fatto in Francia delle clausole di emergenza costituzionale è estremamente limitato.

[22] P. COSSALTER, *Légalité de crise et état d'urgence*, cit., il quale nota come la disciplina concreta dello stato di assedio sia rimessa al *Code de la défense*.

[23] Anche se taluni esponenti politici ne hanno invocato l'applicazione ad esempio dopo gli attentati terroristici del 2015 a Parigi: cfr. L. PRAT DE SEABRA, *État d'urgence, état de siège, état de guerre: quelle différence ?*, in *lefigaro.fr*., 20 luglio 2016.

[24] Secondo P. COSSALTER, *Légalité de crise et état d'urgence*, cit., la elaborazione della legge del 1955 sull'état d'urgence da parte del Governo Faure fu proprio destinata ad elaborare uno strumento utilizzabile senza ricorrere allo stato d'assedio.

Tale strumento è l'*état d'urgence* previsto per la prima volta ancora come reazione alla complessa e drammatica vicenda algerina[25], nel 1955 (quindi prima della approvazione della Costituzione della V Repubblica nel 1958)[26], ma "erede" di una tradizione giurisprudenziale molto più risalente (la cd. giurisprudenza *Heyriès* sulle "circostanze eccezionali" maturata nel corso della Prima guerra mondiale[27]) che esprimeva plasticamente la particolare attenzione dell'ordinamento francese al mantenimento dell'ordine pubblico in situazioni eccezionali[28].

Tale meccanismo fu considerato all'epoca dalla dottrina "*en faisant abstraction des régimes autoritaires, le texte le plus sévère che la France ait jamais connu*[29]", ed in linea teorica si presta ad essere utilizzato anche in combinazione con lo strumento costituzionale dell'emergenza ex art. 16[30] (non invece con lo stato d'assedio).

L'*état d'urgence* non fu costituzionalizzato nel 1958 soprattutto per la speciale centralità che nel contesto del dibattito costituzionale ebbe l'introduzione dell'art. 16, cioè la disciplina dello stato di eccezione che De Gaulle volle prevedere nella "sua" Costituzione; anzi, nel quadro di tale dibattito vi furono voci che contestarono la conformità della struttura dello stato di emergenza come previsto dalla legge del 1955 rispetto al nuovo testo costituzionale ed alla

[25] P. KŒNIG, *La protection des libertés publiques dans le régime de l'état d'urgence: (étude de l'application sur les plans administratif et judiciaire des lois des 3 avril et 7 août 1955)*, in *Revue administrative*, 1958, p. 19 e ss.

[26] La legge del 1955 ha subito – quasi immediatamente dopo l'approvazione della Costituzione del 1958 e sempre nel periodo delle rivolte d'Algeria – una riforma profonda che ha portato ad una significativa "presidenzializzazione" dei poteri espressi dalla stessa legge, con particolare riferimento alla stessa dichiarazione dello stato d'urgenza (Ordonnance du 15 avril 1960).

[27] Nel 1918 e nel 1919 il Consiglio di Stato adottò due decisioni "storiche" (28 juin 1918, *Sieur Heyrès* e 28 fevrier 1919, *Dames Dol et Laurent*) nelle quali elaborò la teoria della espansione dei poteri della pubblica amministrazione al fine di adottare decisioni necessarie per il superamento di circostanze eccezionali, e per il tempo indispensabile per conseguire tale superamento (Cfr. P. CAILLE, *L'état d'urgence : la loi du 3 avril 1955 entre maturation et dénaturation*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2007, p. 330 e ss.). La teoria delle circostanze eccezionali derivate da questa giurisprudenza, peraltro, è stata con il tempo precisata e limitata, specialmente con riferimento ai presupposti (evento grave ed imprevisto), alla impossibilità per l'amministrazione di agire secondo il principio di legalità, sussistenza di un interesse particolarmente importante, alla permanenza della situazione di eccezionalità al momento di porre in essere i singoli atti: in questi termini essa è considerata una vera e propria "dottrina" delle circostanze eccezionali (su questi punti, cfr. C. BONTEMPS DI STURCO, *Francia*, in P. PASSAGLIA (a cura di), *Poteri emergenziali e deroghe al principio di legalità*, paper del marzo 2011 reperibile in *https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_Poteri_emergenziali_10052011.pdf.*)

[28] R. CASELLA, *La Francia dopo gli attentati di Parigi*, cit., 3.

[29] R. DRAGO, *L'Etat d'urgence et les libertés publiques*, in *Revue de droit public*, 1955, 670 e ss.;

[30] In effetti nella citata vicenda del tentativo di colpo di stato dei generali ad Algeri nel 1961, le due misure (concentrazione dei poteri nel Presidente secondo l'art. 16 e dichiarazione dello stato di urgenza) furono cumulate dando vita a quello che in dottrina è stato icasticamente definito un "cocktail esplosivo" (O. BEAUD – C. GUÉRIN-BARGUES, *L'état d'urgence*, cit. 83).

protezione delle libertà (anche se, all'epoca, il rango dei diritti espressi dalla dichiarazione del 1789 non era ancora integrato nel *bloc de constitutionnalité*).

La legge del 1955, più volte emendata e modificata, in particolare nel delicato periodo 2015-2017[31], prevede la dichiarazione dell'*état d'urgence* con decreto del Consiglio dei ministri[32], in caso di pericolo imminente derivante da minacce gravi all'ordine pubblico, o in caso di avvenimenti che presentino, per la loro natura e la loro gravità, il carattere di calamità pubblica[33]. Con lo stesso strumento si stabilisce anche il territorio nel quale lo stato è dichiarato e la sua durata. La proroga oltre i dodici giorni può essere autorizzata dal Parlamento con legge con la quale esso determina la durata definitiva dello stato di emergenza. La dichiarazione dell'*état d'urgence* comporta un ispessimento molto significativo delle potestà dell'amministrazione (in particolare, del ministro degli interni e dei prefetti), a detrimento ovviamente di varie tipologie di libertà[34].

Nella più recente (e più prolungata) applicazione dell'*état d'urgence* – quella successiva agli attentati del 13 novembre 2015 a Parigi – la disciplina è stata significativamente mutata con le leggi che hanno prolungato lo stato di emergenza fino al 2017. In particolare (i) è stato inserito nella legge del 1955 un nuovo art. 4-1 che ha stabilito che l'Assemblea nazionale ed il Senato siano informati senza ritardo delle misure prese dal governo durante lo stato

[31] X. DUPRÉ DE BOULOIS, *Éloge d'un état d'urgence sanitaire en "co-costruction"; CSP, art. L. 3131-13 et s.*, in *La Semaine Juridique*, 18 maggio 2020 ripercorre brevemente la "ridefinizione" dell'*état d'urgence* nel periodo 2015-2017, dando atto di come la legge sia stata ampiamente riscritta, chiarendo l'inquadramento legale delle varie fattispecie restrittive delle libertà, anche a seguito di clune pronunce del Consiglio costituzionale in sede di questione prioritaria di costituzionalità.

[32] Nella sua originaria formulazione, la dichiarazione dell'*état d'urgence* era di competenza del Parlamento, ma la citata *Ordonnance* del 1960 ha "presidenzializzato" questa fase, ponendola nella sfera dell'esecutivo. Uno dei motivi di questa scelta fu senz'altro quello di uniformare la disciplina dell' *état d'urgence* con quella dell' *état de siège*, ma non si può escludere che la spinta principale fosse quella di uniformare anche questo istituto all'impostazione di più accentuato presidenzialismo che ispira la Costituzione del 1958.

[33] Come ha osservato M. CAVINO, *Securité, égalité, fraternité. La fragilità costituzionale della Francia (osservazioni a un mese dagli attentati di Parigi)*, in *Consulta on line* [giurcost.org], n. III/2015, 825, è interessante notare come il *Juge des référés* del Consiglio di Stato – con le decisioni n. 286835 e 286837 del 14 novembre 2005 - abbia ritenuto di avere giurisdizione sui provvedimenti di dichiarazione dell'*état d'urgence*, escludendo quindi che si tratti di *actes de gouvernement* (come invece abbiamo visto essere stato ritenuto per quanto concerne l'attivazione dei poteri presidenziali previsti dall'art. 16).

[34] La legge prevede, fra l'altro, la possibilità di vietare la circolazione o il soggiorno, di imporre la chiusura di luoghi deputati a riunioni, di imporre l'assegnazione alla residenza ed il divieto di uscirne per un massimo di 12 ore ogni 24. Dal 2015 è stata altresì prevista la possibilità di scioglimento di associazioni di cui facciano parte soggetti che pongano in essere atti che costituiscono una minaccia grave per l'ordine pubblico, o che facilitino o incitino alla commissione di tale tipo di atti. È altresì possibile procedere a perquisizioni e requisizioni. Per una descrizione più dettagliata, non possibile in questa sede, cfr. M. CAVINO, *Securité, égalité, fraternité*, cit., 822-826, nonché G. ROMA, *Francia: gli attentati del 13 novembre e l'evoluzione dello stato d'emergenza*, in *Questione Giustizia* (questionegiustizia.it), 23 novembre 2015.

d'urgenza, e che possano altresì chiedere ogni informazione complementare nel quadro del controllo e della valutazione di tali misure. Il Parlamento, quindi, è stato maggiormente associato al governo nel periodo di applicazione dello stato di emergenza, quantomeno sotto il profilo informativo e di valutazione/controllo, cercando di emendare quell'evidentissimo squilibrio in favore del governo che caratterizzava la situazione precedente; (ii) è stata prevista espressamente la giustiziabilità delle misure adottate in seguito alla dichiarazione dell'*état d'urgence*, davanti al giudice amministrativo, che così tende a divenire il giudice delle libertà nelle situazioni emergenziali[35].

Lo stato di emergenza è stato oggetto di alcune importanti decisioni del Consiglio costituzionale in occasione del ricorso che ad esso venne fatto per la situazione pre-insurrezionale dei movimenti indipendentisti in Nuova Caledonia nel 1984 e in occasione del suo utilizzo dopo gli attentati del 13 novembre 2015 a Parigi, da parte del Presidente Hollande. Nel primo caso il Consiglio respinse la questione della compatibilità dello stato di urgenza con la presenza in costituzione dello stato di assedio – oggetto di un ricorso parlamentare – sostenendo che l'art. 34 della Costituzione non vieta al Parlamento di creare meccanismi di bilanciamento fra salvaguardia dell'ordine pubblico e tutela delle libertà diversi rispetto allo stato d'assedio[36]. Potenzialmente, quindi, il Parlamento potrebbe creare figure di "urgenza" anche diversificate fra loro: vedremo *infra* che in effetti nel caso della reazione francese all'epidemia di Covid-19 l'opzione è stata proprio quella di creare un nuovo modello di stato di urgenza, piuttosto che ricorrere a quelli già esistenti. Nel secondo caso il Consiglio costituzionale ha affrontato, fra l'altro, una *question prioritaire de constitutionnalité* "filtrata" dal Consiglio di Stato, ed avente ad oggetto la costituzionalità di una delle misure della legge sull'*état d'urgence*: quella che prevedeva la possibilità di confinare in un domicilio persone ritenute pericolose per la sicurezza e l'ordine pubblico, per un massimo di dodici ore su ventiquattro[37], senza provvedimento di una autorità giudiziaria ex art. 66 cost.[38]. Il Consiglio costituzionale, in questa occasione, non ha ritenuto incostituzionale tale disciplina, rilevando come incomba al legislatore la determinazione del punto di equilibrio fra istanze di tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico e garanzia

[35] B. BONNET, *Le Conseil d'État et le covid-19; quand le Conseil d'État porte l'État de droit sur ses épaules*, in *La Semaine Juridique*, 1 giugno 2020, *passim*.

[36] Consiglio costituzionale, décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, sulla quale cfr la *nota* di P. WACHSMANN in *AJDA*, 1985, p. 364 e ss.

[37] Décision n. 2015-527 du 22 janvier 2015, sulla quale cfr. A. ROBLOT-TROIZIER, *État d'urgence et prtotection des libertés*, in *Revue française de droit administratif*, 2016, p. 424 e ss.

[38] L'art. 66 della Costituzione francese stabilisce che "*Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi*".

delle libertà e come, in questo caso, il soggiorno obbligato non avrebbe costituito una *privazione* della libertà personale tale da attivare la garanzia della riserva di giurisdizione, limitandosi a costituire una misura di polizia amministrativa *restrittiva* della libertà di circolazione[39], in linea generale compatibile con l'assetto costituzionale anche perché suscettibile di essere valutata caso per caso dal giudice amministrativo per quanto concerne la sua adeguatezza e proporzionalità.

Proprio la attivazione dell'*état d'urgence* nel 2015 pone una importante questione in punto di fonti del diritto, soprattutto in punto di idoneità di una normativa primaria (non costituzionale) a costituire lo strumento adatto a imporre tutta una serie di restrizioni delle libertà anche molto estese, in presenza di clausole costituzionali che sono stabilite proprio per affrontare situazioni di emergenza. Posto che il Consiglio costituzionale – come *supra* accennato – ha fin dall'inizio considerato possibile un "doppio canale", costituzionale e legislativo, di gestione delle emergenze, deve rilevarsi come la natura primaria della disposizione potrebbe consentire ad una maggioranza parlamentare – specialmente al momento di autorizzare con legge il prolungamento dell'*état d'urgence* dichiarato dal Consiglio dei ministri – di modificare anche le condizioni stesse dell'emergenza e di ampliare i poteri dell'amministrazione a discapito della sfera di libertà, funzionalizzando tali modifiche al tipo di emergenza che viene affrontata di caso in caso (ed abbiamo visto che mediante la dichiarazione dell'*état d'urgence* in Francia sono state affrontate emergenze molto diverse: da quelle di tipo coloniale, a quelle relative all'ordine pubblico interno minacciato da diffuse forme di rivolta sociale, fino all'emergenza terroristica). Questa problematica è al tempo stesso un elemento positivo (perché consente di plasmare la risposta emergenziale alla specifica problematica che si affronta caso per caso), ma anche un possibile elemento di debolezza, in quanto rende la risposta normativa all'emergenza sostanzialmente precaria ed incerta, suscettibile di essere modificata di caso in caso (ed anche maggiormente esposta a giudizi di incostituzionalità).

Anche sulla base di questa valutazioni, durante l'*état d'urgence* attivato nel novembre 2015 (e che sarebbe durato fino al 2017), il Presidente Hollande – peraltro con la massima solennità possibile con contesto costituzionale francese, cioè davanti al Parlamento riunito al Palazzo di Versailles - ha sollevato la questione dell'inadeguatezza degli stati di eccezione previsti dalla Costituzione, ed

[39] Molto criticamente, su tale pronuncia, ed in particolare sulla ristrettezza della nozione di libertà personale che ne emerge, D. GIRARD, *Quand la constitutionnalité jugéè d'une loi no convainc que mal…*, in *Revue générale du droit* [revuegeneraledudroit.eu], 4 gennaio 2016, nonché S. DEGIRMENCI, *Une validation sinueuse de l'assignation à residence en état d'urgence doubléè d'un appel renforcé au controle du juge administratif*, in *Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés* [journals.openedition.org/revdh/], 31 dicembre 2015.

ha quindi proposto una revisione costituzionale che avrebbe dovuto inserire nell'art. 36 della Costituzione francese un fondamento diretto per la dichiarazione dell'*état d'urgence* "civile" (con presupposti sostanzialmente identici a quelli attualmente previsti dalla legge del 1955 come modificata proprio nel 2015) da affiancarsi all' *état de siège* "militare"[40]. Tale progetto di modifica costituzionale è poi naufragato[41] per motivi estranei a questo aspetto[42], ma rimane di grande interesse l'idea centrale che aveva mosso l'amministrazione Hollande nel proporlo, cioè l'utilità – o addirittura la necessarietà - di una previsione costituzionale che rendesse più solido il ricorso a misure emergenziali "civili", fortemente limitative delle libertà.

3. La reazione normativa francese all'emergenza sanitaria del 2020. Il nuovo *état d'urgence sanitaire* nel sistema delle fonti

Quando la Francia ha dovuto affrontare l'emergenza sanitaria derivante dalla pandemia di Covid-19[43], dunque, la sua Costituzione prevedeva due stati di emergenza costituzionalmente indicati (quelli di cui all'art. 16 ed all'art. 36) ed un *état d'urgence* di fonte legislativa ordinaria (quello della legge del 1955 modificata praticamente in ogni occasione in cui è stata applicata), la cui costituzionalizzazione quanti ai presupposti era stata solo sfiorata nel 2015 a seguito dell'emergenza derivante dagli attacchi terroristici dell'Islam radicale, ma che in quel periodo aveva subito una forte torsione "securitaria".

Inoltre, erano previsti nella legislazione - in modo non dissimile rispetto alla situazione italiana – anche poteri emergenziali in capo al Primo ministro "*en*

[40] Si trattava di una soluzione già prospettata da due dei comitati che, in passato si erano occupati di proporre revisioni complessive della Costituzione: il Comitato Vedel ed il Comitato Balladur, il quale ultimo aveva proposto di rinviare ad una legge organica la definizione dei presupposti per l'attivazione dell'*état de urgence*. Come è noto la *loi organique* richiede un *iter* ed una maggioranza particolari per la sua approvazione, e comporta il controllo di costituzionalità preventivo da parte del Consiglio costituzionale. La scelta del legislatore del 2015 è stata invece quella di continuare a disciplinare la materia con legge ordinaria, evitando così il controllo preventivo di costituzionalità.

[41] P. CASSIA, *Révision constitutionnelle: quand le président de la République perd la fa(r)ce*, in *Medipart.fr*, 30 marzo 2016.

[42] La legge di revisione costituzionale ha trovato una forte opposizione soprattutto su un aspetto particolare che era stato associato alla riforma dell'art. 36 e fortemente sostenuto dall'amministrazione Hollande; si trattava di un punto politico di particolare delicatezza: quello della introduzione in costituzione della possibilità di dichiarare la decadenza dalla cittadinanza per i cittadini francesi (dotati anche di un'altra cittadinanza) che fossero stati definitivamente condannati per un reato che costituisce u attentato agli interessi fondamentali della nazione o per un reato che costituisce un atto di terrorismo.

[43] Per una prima ricostruzione delle scelte normative francesi, cfr. D. PAMELIN, *La Francia e il Covid-19: la creazione di un nuovo stato di urgenza sanitaria*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, n. 3/2020, 2 giugno 2020, nonché F. GALLARATI, *Le libertà fondamentali alla prova del coronavirus. La gestione dell'emergenza in Francia e Spagna*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 13 marzo 2020.

dehors de toute délégation législative" (in relazione alla sua competenza di *police administrative générale*[44]), in capo al Ministro della salute e dei prefetti in caso di minaccia di epidemia (dunque in relazione ad una competenza di *police administrative spéciale*)[45], così come poteri di carattere ancora emergenziale riconosciuti in capo ai sindaci[46]. Ed in effetti, la primissima reazione normativa e provvedimentale alle iniziali notizie di diffusione dell'epidemia di Covid-19 nei mesi di febbraio e marzo 2020 è stata canalizzata essenzialmente nei poteri emergenziali di *police administrative* del Ministero della Salute, dei prefetti e dei sindaci, peraltro con significative incertezze – rilevate anche dalla dottrina[47] – in ordine alla base legale di volta in volta effettivamente utilizzata, e se si trattasse di utilizzare poteri di *police administrative générale* o *spéciale*[48], e infine sui rispettivi rapporti fra i poteri esercitati a vario titolo dai soggetti istituzionali coinvolti[49]. In generale, si è fatto riferimento alla citata impostazione pretoria delle *circonstances exceptionelles* per giustificare una amplificazione dei poteri delle varie amministrazioni coinvolte, fra cui soprattutto quella del Primo Ministro.

Con l'emergere della effettiva portata dell'epidemia in corso – anche in relazione agli sviluppi della situazione sanitaria intervenuti in altri paesi, fra cui ovviamente l'Italia- il governo francese ha dapprima adottato una sorta di stato di urgenza sanitaria *ante litteram*, mediante il ricorso ad un decreto di portata fortemente limitativa di molte libertà[50], che è stato ritenuto addirittura *illegale* da una parte della dottrina[51], ma che il Consiglio di Stato ha giustificato di nuovo in relazione al combinato dei poteri governativi di *police adminsitrative générale* e delle *circonstances exceptionnelles*[52]. Ma si è ben presto manifestata

[44] Questa competenza ha una origine essenzialmente giurisprudenziale, riconducibile alla giurisprudenza "*Labonne*" (Conseil d'État, 8 août 1919).

[45] In questo senso l'art. L. 3131-1 del *Code de la santé publique*.

[46] Sulla base soprattutto degli artt. L. 2212-2 e L. 2215-1 del Code général des collectivités territoriales.

[47] D. ROMAN, *Coronavirus: des libertés en quarantine?*, in *La Semaine Juridique*, n. 13, 2020, p. 623.

[48] Cfr. V. SIZAIRE, *Un colosse aux pieds d'argile. Les fondaments juridiques fragiles de l'urgence sanitaire*, in *La Revue des droits de l'homme– Actualité Droits-Libertés* [journals.openedition.org/revdh/], 29 marzo 2020.

[49] In diverse occasioni misure locali hanno avuto contenuti più rigorosi, e maggiormente limitativi delle libertà, rispetto alle misure nazionali: cfr. C. MARLIAC, *Quelques réflexions à propos de l'ordonnance du 31 mars 2020, Préfet du Calvados. L'urgence sanitaire appréciée au niveau local*, in in *La Revue des droits de l'homme – Actualité Droits-Libertés* [journals.openedition.org/revdh/], 8 aprile 2020.

[50] Décret 2020-260 du 16 mars 2020.

[51] J. BOUDON, *De quelques problèmes juridiques et politiques dans les circonstances actuelles*, in Le c*lub des juristes* [leclubdesjuristes.com], 3 aprile 2020, ID., *Note complémentaire sur l'illegalité du décret n. 2020-260 du 16 mars*, ivi, 7 aprile 2020.

[52] Sulla *ordonnance de référé* del Consiglio di Stato del 22 marzo 2020, cfr. J. DE GLINIASTY, *La gestion de la pandémie devant le Conseil d'État à la aune de l'ordonnance de référé du 22 mars 2020*, in *La Revue des droits de l'homme – Actualité Droits-Libertés* [journals.openedition.org/revdh/], 1

l'inadeguatezza del quadro normativo esistente[53], e quindi la necessità di fornire alle misure adottate nella prima fase dell'emergenza – soprattutto al decreto del Primo ministro del 16 marzo 2020 - una base giuridica più solida[54].

Anche in questa occasione, però, non si è fatto ricorso ad alcuna delle clausole emergenziali previste dalla Costituzione. In particolare, non è stato ritenuto necessario od opportuno attivare l'art. 16[55], verosimilmente per valutazioni di proporzionalità rispetto alla situazione da affrontare, e forse soprattutto per una effettiva carenza dei presupposti previsti dalla disposizione (in particolare, il "blocco" di funzionamento delle istituzioni repubblicane)[56]. Ed anzi, la reazione all'epidemia di Covid-19 ha riproposto la riflessione di una parte della dottrina sulla inadeguatezza delle attuali clausole costituzionali a garantire una base giuridica precisa agli stati di emergenza "civili"[57]: riflessione, che, come si è visto, era stata sposata dal Presidente Hollande nel 2015 e stava per tradursi in una riforma costituzionale poi fallita.

La scelta non è stata nemmeno quella di applicare alla emergenza in atto la legge del 1955 sull'*état d'urgence*, più volte modificata nel tempo per adattarne i presupposti ed i contenuti alle varie situazioni di emergenza in cui si era

giugno 2020. La pronuncia è peraltro intervenuta in un contesto relativamente paradossale: mentre normalmente il ricorso al giudice amministrativo con il sistema del *référé-liberté* introdotto nel 2000 viene utilizzato per censurare misure dei pubblici poteri lesive (nel senso di limitative) delle libertà – ed in quest'ottica il sistema del *référé-liberté* è divenuto il meccanismo principe del controllo giurisdizionale anche degli stati di urgenza e di eccezione – nel caso di specie il ricorso introduttivo lamentava che il citato decreto del Primo Ministro del 16 marzo 2020 non aveva abbastanza ,imitato vari tipi di libertà; si chiedeva quindi al giudice amministrativo che ordinasse il confinamento totale della popolazione.

[53] Conviene con l'idea di una insufficienza della normativa esistente per affrontare l'emergenza sanitaria J. PETIT, *L'état d'urgence sanitaire*, in *AJDA*, 2020, n. 15, p. 833 e ss; con accenti diversi (e più critici) V. SIZAIRE, *Un colosse aux pieds d'argile*, cit., p. 3.

[54] S. RENARD, *L'état d'urgence sanitaire: droit d'exception ed exception au droit*, in *Revue des droits et libertés fondamentaux* [revuedlf.com], 2020, n. 13.

[55] Il ricorso all'*état de siège* ex art. 36 era effettivamente improponibile, stanti i presupposti che la legge prevede per la sua dichiarazione, completamente estranei ad una emergenza del tipo sanitario ed epidemico come quella affrontata nel 2020. Va però detto che la retorica "guerresca" della comunicazione soprattutto presidenziale sulla crisi sanitaria ha secondo alcuni avuto la funzione di evocare l'idea "*mais l'idée seulement*" dello stato d'assedio: cfr. M. ALTWEGG-BOUSSAC, *La fin des apparences. À propos du contrôle parlamentaire en état d'urgence sanitaire*, in *La Revue des droits de l'homme – Actualité Droits-Libertés* [journals.openedition.org/revdh/], 2020, 10 aprile 2020, p. 2.

[56] Su questi aspetti, O. BEAUD, *La suprenante invocation de l'article 16 dans le débat sur le report du 2nd tour des élections municipales*, in *Jus Politicum blog* [blog.juspoliticum.com], 23 marzo 2020, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *Les régimes de crises à l'épreuve des circonstances sanitaires exceptionelles*, in *Revue des droits et libertés fondamentaux* [revuedlf.com], 2020, n. 20.

[57] Ad es. P. BLACHER – J.-E. GICQUEL, *Pour gérer des crises comme celle du coronavirus, il faut modifier notre Constitution*, in *Huffingtonpost.fr*, 17 marzo 2020, hanno riproposto la costituzionalizzazione di un regime civile di eccezione. Analogamente J. P. DEROSIER, *Pour un état d'urgence constitutionalisé*, in *La Constitution décodée* [constitutiodecodee.fr], 20 aprile 2020 ritiene che la Costituzione debba offrire un fondamento agli stati di crisi ed agli stati di eccezione non per facilitarli, ma per inquadrarli.

deciso di applicarla[58], verosimilmente per l'impronta eccessivamente "securitaria" che tale legge aveva sempre avuto, ma che si era particolarmente accentuata all'epoca della sua applicazione (e delle numerose modifiche su di essa intervenute) nel periodo 2015-2017.

Si è quindi optato per introdurre – a fianco di numerose norme speciali e temporanee *ad hoc* per l'emergenza in corso[59] - un nuovo regime d'eccezione, l'*état d'urgence sanitaire*, basandosi essenzialmente sul carattere inedito della crisi sanitaria in atto e sulla idea che l'*état d'urgence* "securitario" (quello della legge del 1955) fosse inadatto alla gestione di una crisi di questo nuovo tipo[60].

L'operazione è stata compiuta mediante la velocissima approvazione da parte del Parlamento di un "pacchetto" di leggi, la più rilevante delle quali, per quello che qui interessa, è la legge 2020-290 del 23 marzo 2020[61]. Una legge

[58] Come osserva X. DUPRÉ DE BOULOIS, *Éloge d'un état d'urgence sanitaire en "co-costruction"; CSP, art. L. 3131-13 et s.*, in *La Semaine Juridique*, 18 maggio 2020, in linea di principio non sarebbe stato irragionevole comprendere l'epidemia in atto fra gli "avvenimenti che presentano, per la loro natura e per la loro gravità, il carattere della calamità pubblica", cioè uno dei presupposti dell'applicazione della legge del 1955. In effetti, già P. RRAPI, *Changements climatiques et urgence environnementale, l'hypothèse de l'état d'urgence écologique*, in J.-L. HALPÉRIN - S. HENNETTE VAUCHEZ - É. MILLARD (a cura di.), *L'état d'urgence: de l'exception à la banalisation*, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2017, pp. 181-195 aveva indicato come il termine "*calamité*" potesse attrarre anche emergenze profondamente diverse rispetto a quelle strettamente securitarie. V. SIZAIRE, *Un colosse aux pieds d'argile*, cit., p. 4-5 è ancora più netto nel ritenere la scelta di creare un nuovo stato di emergenza come semplicemente significativa della incapacità dello Stato di individuare modi di reazione all'emergenza alternativi alla severa imitazione delle libertà ed alla concentrazione dei poteri in capo al governo.

[59] Come nota A. LEVADE, *État d'urgence sanitaire: à nouveau peril, nouveau régime d'exception*, in *La Semaine Juridique*, 2020, n. 13, p. 613, la normativa in commento è divisa fra l'idea di creare una nuova ipotesi di stato di eccezione valevole per il futuro, e la disciplina diretta ed immediata della gestione dell'epidemia di Covid-19.

[60] Molto critico su questa scelta, fra gli altri, G. BLIGH, *Quelle est la fonction de la loi sur l'état d'urgence sanitaire?*, in *Jus Politicum blog* [blog.juspoliticum.com], 3 giugno 2020. Cfr., altresì O. BEAUD - C. GUÉRIN-BARGUES, *L'état d'urgence sanitaire: était-il judicieux de créer un nouveau régime d'exception?,* in *Recueil Dalloz*, 30 avril 2020, p. 3-4.

[61] Di un certo interesse – anche se non centrale per il discorso sulle fonti – è anche la legge organica 2020-365, con la quale sono stati sospesi per tre mesi i termini di rimessione delle questioni prioritarie di costituzionalità dai giudici-filtro al Consiglio costituzionale, nonché i termini di decisione del Consiglio stesso. La questione è arrivata ovviamente davanti al Consiglio costituzionale (in via di controllo preventivo trattandosi di *loi organique*), che si è dovuto pronunciare, fra l'altro, sulla violazione evidente dell'art. 46 della costituzione, che prevede un termine di 15 giorni fra la presentazione del disegno di legge organica e la sua discussione in Parlamento: nel caso di specie era invece trascorso solo un giorno. Il Consiglio costituzionale ha giustificato tale evidente *vulnus* ad una disposizione costituzionale molto precisa mediante un passaggio molto rapido (e forse assertivo) della decisione 2020-799 del 26 marzo 2020, con il quale ha dato atto che "*compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, il n'y a pas lieu de juger que cette loi organique a été adopté en violation des règles de procédure prévues à l'article 46 de la Constitution*". Ha suscitato forti perplessità in dottrina il riferimento alle "circostanze particolari" che consentirebbero di derogare ad una norma costituzionale procedimentale: è stato interpretato come un'eco della citata teoria delle "circostanze eccezionali" di ascendenza pretoria amministrativa, ma con la non piccola differenza che in questo caso il riferimento alla particolarità delle circostanze di fatto implica una deroga alla Costituzione, e non una semplice amplificazione delle

ordinaria, non organica (come forse sarebbe stato opportuno): in questo modo il Governo ha evitato le strettoie procedurali della *loi organique* e il controllo di costituzionalità preventivo obbligatorio; d'altra parte, lo stesso Parlamento – e le forze politiche, specialmente quelle di minoranza, che vi sono rappresentate – così come (ovviamente) il Presidente della Repubblica ed il Primo Ministro, hanno rinunciato alla propria prerogativa di *saisine* della legge al Consiglio costituzionale, proseguendo quella interpretazione del ricorso allo stato di urgenza come *union sacrée* (evocante una unità delle forze politiche in vista della salvezza della Nazione di fronte ad una sfida esterna inesorabile) che aveva fortemente caratterizzato la comunicazione e l'azione politica nel periodo 2015-2017[62], e che è stata sostanzialmente riproposta sul piano retorico anche dal Presidente Macron e dal Primo ministro Philippe nel corso del (fulmineo) passaggio parlamentare della legge del marzo 2020[63].

Con la legge in commento – oltre a prevedere misure specificamente dirette contro l'attuale epidemia di Covid-19 autorizzando (fra l'altro) il Governo a legiferare per ordinanza ai sensi dell'art. 38 Cost. in un numero elevatissimo di campi normalmente attribuiti al *domaine de la loi*[64] - è stato dunque introdotto

competenze di certi organi amministrativi. Su tale vicenda, sulla quale non è possibile in questa sede approfondire ulteriormente, cfr. P. COSTANZO, *Brevi note sulle soluzioni apprestate in Francia per contrastare la pandemia nei giudizi di costituzionalità*, in *Consulta on line* [giurcost.org], 2020, I, 17 aprile 2020, V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Le Conseil constitutionnel face à lui-même. À propos de la décision n. 2020-799 CDDC du 26 mars 2020*, in *La Revue des droits de l'homme – Actualité Droits-Libertés* [journals.openedition.org/revdh/], 13 aprile 2020, P. CASSIA, *Le Conseil constitutionnel déchire la Constitution*, in *Mediapart.fr*, 27 marzo 2020

[62] O. BEAUD – C. GUÉRIN-BARGUES, *L'état d'urgence*, cit. p. 135 e ss., ripercorrono i passaggi che avevano portato le Camere, nel 2015, a non attivare la saisine parlamentare e quindi rimettere la questione al Consiglio costituzionale. In particolare, viene messa in rilievo la posizione dell'allora Primo minsitro Valls, che qualificò pubblicamente il ricorso al Consiglio costituzionale come un "risque constitutionnel". Sul punto, cfr. anche M. CAVINO, *Securité, egalité, fraternité*, cit., p. 828.

[63] J.P. DEROSIER, *Du calme!*, in *La Constitution décodée* [constitutiondecodee.fr], 12 maggio 2020 segnala l'eccezionale velocità di intervento degli organi costituzionali, e specialmente l'estrema compressione dei lavori parlamentari.

[64] Tali amplissimi campi di intervento sono indicati nell'art. 11 della Legge 2020-290. La possibilità conferita al Governo di operare con ordinanza si è peraltro – per così dire – colorata di un nuovo interesse alla luce della recentissima sentenza del Consiglio costituzionale n. 2020-843 QPC del 28 maggio 2020 del Consiglio costituzionale. In tale pronuncia, introducendo un principio dichiaratamente nuovo, infatti, il Consiglio costituzionale ha stabilito che con riferimento alle ordinanze ex art. 38 – che sono pacificamente atti amministrativi suscettibili di impugnazione davanti al giudice amministrativo – se solo si verifica la condizione (di fatto puramente formale) che il Consiglio dei Ministri abbia depositato in una Camera il progetto di legge di ratifica nel termine fissato dalla legge di abilitazione, le disposizioni dell'ordinanza non ratificata che vertono su materie che la Costituzione riservi al legislatore acquisiscano la natura di disposizioni allo spirare del termine dell'abilitazione (perché successivamente possono essere modificate solo dalla legge). Sul tema, criticamente, P. CASSIA, *En République française, le gouvernement légifère*, in *Mediapart.fr*, 8 giugno 2020 e, sotto un diverso angolo visuale, T. CARRÈRE, *La guerre des ordonnances aura-t-elle lieu ? À propos de la décision du conseil constitutionnel n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020*, in *Jus Politicum blog* [blog.juspoliticum.com], 8 giugno 2020.

un nuovo *état d'urgence sanitaire* cui ricorrere in caso di "*catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature e sa gravité, la santé de la population*" (definizione di per sé non particolarmente chiara e non priva di ambiguità[65]); esso segue – come schema generale – le linee dell'*état d'urgence* "*securitaire*": è dichiarato dal Consiglio dei Ministri, ha una durata predefinita, e un suo prolungamento può essere deciso solo con legge dal Parlamento; esso comporta la possibilità per il Primo Ministro di adottare per decreto misure restrittive delle libertà in un campo molto vasto, normalmente attribuito al legislatore.

Vi sono però subito alcune importanti differenze. Innanzitutto, il nuovo stato di emergenza sanitaria può avere una durata di trenta giorni (anziché dodici) prima di dover essere eventualmente prorogato: quindi la concentrazione di poteri in capo all'esecutivo senza passaggi parlamentari ha una durata sensibilmente più lunga[66]; è interessante notare come la stessa legge che, in generale e per il futuro, indicava in trenta giorni tale termine, ha stabilito direttamente in *due mesi* (dall'entrata in vigore della legge) la durata dell'attuale stato di emergenza sanitaria (anche stavolta, senza particolari motivazioni o dibattito); una sorta di doppia immediata deroga ad una legge, nel momento stesso in cui essa è stata elaborata: una deroga alla durata iniziale dell'*état d'urgence* e – di fatto – anche una deroga alla individuazione del soggetto che ne verifica i presupposti di ricorrenza (che nel caso dell'emergenza sanitaria del 2020 è – apparentemente - lo stesso Parlamento con la legge, mentre abbiamo visto che essa era stata preceduta da varie iniziative normative governative, ministeriali, prefettizie e dei sindaci che avevano di fatto aperto uno stato generale di urgenza senza che esso fosse stato dichiarato in alcuna forma, e che necessitava di una "copertura" legislativa). Ovviamente, l'assenza di una disposizione

[65] A. GELBLAT – L. MARGUET, *État d'urgence sanitaire: la doctrine dans tout les états?*, in *La Revue des droits de l'homme – Actualité Droits-Libertés* [journals.openedition.org/revdh/], 20 aprile 2020, notano come nel corso dei lavori parlamentari la definizione della situazione che può originare lo stato di emergenza sanitaria sia stata discussa in relazione alla sua eccessiva ampiezza (tale, astrattamente, da potervi ricomprendere anche …l'influenza stagionale), ed anche in relazione alla difficoltà nel distinguere la "catastrofe" (che attiva i poteri eccezionali del Primo ministro dalla "minaccia" sanitaria, che invece, sulla base del Code de santé publique, giustifica un intervento emergenziale ministeriale. V. SIZAIRE, *Un colosse aux pieds d'argile*, cit., p. 4 osserva che la scelta di creare un nuovo stato emergenziale avrebbe potuto essere l'occasione per fissarne i presupposti in modo più chiaro rispetto alle debolezze definitorie dell'*état d'urgence* nella legge del 1955, più volte criticate in dottrina; ma esprime anche delusione per l'eccessiva ampiezza utilizzata, anche stavolta, dal legislatore nel definire il perimetro applicativo delle nuove disposizioni. Molto critico su un dispositivo emergenziale definito "perenne" anche P. CASSIA, *L'état d'urgence sanitaire: remède, placebo ou venin juridique?*, in *Mediapart.fr*, 23 marzo 2020.

[66] La scelta per un termine più che doppio rispetto a quello previsto per l'*état d'urgence* "securitario" è stato giustificato dal Consiglio di Stato, nel suo parere sul disegno di legge che sarebbe divenuto la legge 2020-290, con un riferimento – invero un po' vago - alla "*nature d'une catastrophe sanitaire*". Secondo J. PETIT, *L'état d'urgence sanitaire*, cit., 836, invece, il termine di trenta giorni non deriverebbe da alcuna riflessione o dibattito seri.

costituzionale legittimante ha reso di fatto possibile questa curiosa operazione, con la quale nell'atto stesso di indicare il soggetto legittimato alla dichiarazione dell'*état d'urgence* ed il termine generale di durata di tale stato, la stessa legge lo smentisce con riferimento alla situazione in atto.

In secondo luogo, la dichiarazione dello stato di urgenza sanitario deve essere fatta sulla base di un rapporto del ministro della salute e dei dati scientifici relativi alla situazione sanitaria, che sono resi pubblici. La pubblicità dei dati scientifici dovrebbe quindi costituire una sorta di giustificazione esterna alla scelta politica di adottare le misure restrittive, basata su un bilanciamento fra potere pubblico e potere scientifico[67]: ovviamente, sul punto potrà aprirsi un dibattito sulla qualità dei dati, sulla loro selezione, sulla loro provenienza (anche perché in quel momento – quello della dichiarazione dell'*état d'urgence* – non esiste ancora un organo scientifico "ufficiale" a supporto delle scelte politiche del governo, anche se l'ordinamento francese contempla numerosi organi scientifici consultivi che potrebbero svolgere questa funzione utilmente).

Tale dialettica deve anche riproporsi al momento in cui il Parlamento è chiamato a prolungare la durata dello stato di emergenza sanitaria: cosa che può fare su parere del comitato scientifico la cui costituzione è prevista dalla legge stessa e che svolge un ruolo consultivo rispetto all'attività del governo (e del Parlamento) nell'attuazione delle misure legate allo stato emergenziale[68]. Questo schema pone importanti questioni in ordine all'ordine di priorità da dare alla scelta politica rispetto all'opinione scientifica (o alle opinioni scientifiche, al plurale), cioè alla possibilità, o anche solo alla capacità politica del Parlamento di porre una propria decisione contro il parere del comitato. È un tema che sta emergendo in modo significativo anche in Italia, dove il ruolo del comitato tecnico scientifico è senz'altro più sfumato e meno "istituzionalizzato" – e meno pubblico - che in Francia. Nella dottrina francese è stato rilevato che questa dialettica è in concreto condizionata dalla stessa composizione del comitato, che è largamente dominata da scelte provenienti dall'esecutivo[69], e viene quindi riproposto un problema di selezione politica delle fonti scientifiche cui fare riferimento, che può avere ovviamente un riflesso nell'avallare o meno talune opzioni di carattere politico rispetto ad altre.

[67] J. PETIT, *L'état d'urgence sanitaire*, cit., 836.

[68] Sul comitato tecnico-scientifico in Francia, e sulle differenze con l'analogo organo costituito in Italia, cfr G. MINGARDO, *Il ruolo del comitato tecnico scientifico in Italia e Francia nell'emergenza Covid-19*, in *BioLaw Journal*, speciale issue 1/2020, p. 89 e ss.. Più in generale, sulle leggi science-driven, A IANNUZZI, *Leggi "science driven" e covid-19. il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, ivi, p. 119 e ss.

[69] A. GELBLAT – L. MARGUET, *État d'urgence sanitaire: la doctrine dans tout les états?*, cit. 7, osservano come all'interno del comitato – pur essendovi due componenti nominati dai presidenti delle camere – la grande maggioranza dei membri sia nominata dal Governo, ed il presidente sia designato dal Presidente della Repubblica.

Infine, *but not least*, anche la qualità e la quantità delle misure restrittive disponibili per il governo è estremamente ampliata, potendo avere ad oggetto dieci campi materiali molto vasti – tipicamente di competenza legislativa secondo il riparto dell'art. 34 della Costituzione francese[70] - e potendo incidere in maniera estremamente pervasiva su vari tipi di libertà[71] (tanto che vi è chi ha evocato una ampiezza non dissimile rispetto a quella astrattamente configurabile in caso di attivazione dell'art. 16 della Costituzione[72], e più in generale una tendenza *hypercratique* delle istituzioni della V Repubblica messe alla prova della crisi sanitaria[73]). Ed in effetti, l'autorizzazione legislativa ha consentito l'emissione di numerosissimi decreti ed ordinanze dell'esecutivo (particolarmente del Primo Ministro, ma anche del Ministro della Salute[74], per non parlare dei Prefetti[75]), vertenti in tutti i campi autorizzati, non sempre peraltro caratterizzati da una tecnica normativa inappuntabile[76].

Un discorso a parte lo merita il ruolo del Parlamento in questo contesto emergenziale, soprattutto se si considera che le misure adottate dal ministro della sanità, dal Primo ministro, dai prefetti e dai sindaci nel primo mese di lotta contro il Covid-19 sono state completamente prive di un ruolo significativo del Parlamento, ispirate com'erano a presupposti emergenziali generali o speciali, o addirittura alla teoria delle circostanze eccezionali (che importa per

[70] Come è noto l'art. 34 della Costituzione francese prevede una serie di materie che rientrano nel *domaine de la loi*, mentre l'art. 37 prevede che le altre materie hanno "carattere regolamentare": cfr. F. HAMON – M. TROPER, *Droit constitutionnel*, cit., p. 737 e ss.

[71] P. WACHSMANN, *Les libertés et les mesures prises pour lutter contre la propagation du covid-19*, in *La Semaine Juridique*, 18 maggio 2020.

[72] A. SEE, *Les liberté economiques en période de crise sanitaire: un premier état des lieux*, in *Revue des droits et libertés fondamentaux* [revuedlf.com], 2020, n. 21.

[73] T. MULIER, *La crise du covid-19, reflet des anomalies du fonctionnement de la Ve République*, in *Jus Publicum blog* [blog.juspoliticum.com], 11 giugno 2020, che mutua l'espressione "ipercrazia" (da intendersi come verticalizzazione abusiva del potere) da J. FREUND, *Le nouvel âge. Éléments pour la théorie de la démocratie et de la paix*, Éd. Marcel Rivière, 1970, p. 124-125

[74] Il Ministro della salute è abilitato dalla legge 2020-290 a prendere ogni misura regolamentare relativa all'organizzazione ed al funzionamento del dispositivo di salute.

[75] La legge 2020-290 attribuisce ai rappresentanti dello Stato nei dipartimenti il potere di prendere ogni misure generale o individuale di applicazione delle disposizioni primoministeriali o del Ministro della salute. Sull'operato dei Prefetti, cfr. M. BOULESTREAU – V. CARO – E. DANTAN – Y. FERNANDEZ – S. GASSE – C. GOURZONES – F. LANGE – V. LOUIS – A. PAWLOTSKY – L. PEZRON, *Les mesures locales d'aggravation de l'état d'urgence sanitaire*, in *La Revue des droits de l'homme – Actualité Droits-Libertés* [journals.openedition.org/revdh/], 29 aprile 2020.

[76] H. MOYSAN, *La législation de crise, miroir grossissant de la crise de la législation (una analyse légistique de la législation relative au Covid-19)*, in *Le club des juristes* [leclubdesjuristes.com], 4 maggio 2020 rileva come la legislazione della crisi sanitaria, dal punto di vista della legistica, sia affetta da problemi che affliggono la produzione normativa comune recente e che comportano una degradazione della qualità dei testi normativi. L'autore cita soprattutto l'eccesso di dettaglio, l'inintelligibilità, la precarietà/instabilità, gli errori formali, in certi casi la stessa inaccessibilità della legge.

sua stessa natura l'emarginazione del controllo parlamentare in favore di un'immediata attività delle autorità amministrative).

Nel contesto della legge sull'*état d'urgence* del 1955 ed in occasione dei vari prolungamenti dello stato di emergenza dichiarato nel novembre 2015 erano state inserite alcune modalità di controllo parlamentare rinforzato: le due camere devono essere informate senza ritardo delle misure prese dal Governo durante lo stato di emergenza; le autorità amministrative devono trasmettere alle camere senza ritardo copia di tutti gli atti adottati in applicazione della legge sullo stato di emergenza; ed infine le camere possono richiedere ogni informazione complementare nel quadro del controllo e della valutazione di tali misure[77]. Nella prima versione del progetto di legge presentato dal governo nel quadro dell'emergenza sanitaria del 2020, il controllo parlamentare era stato di fatto pretermesso, creando una significativa "asimmetria" fra il nuovo stato di emergenza sanitaria e l'*état d'urgence* che ne costituiva il modello. Questa omissione – avallata peraltro dal Consiglio di Stato nel suo parere preliminare sul disegno di legge, con una argomentazione che aveva destato forti perplessità in dottrina[78] – è stata praticamente l'unico oggetto del brevissimo dibattito parlamentare che ha portato alla approvazione della legge 2020-290, ed ha portato alla introduzione della disposizione per cui "*l'Assemblée nationale et le Sénat sont informés sans délai des mesures prises par le Gouvernement au titre de l'état d'urgence sanitaire. L'Assemblée nationale et le Sénat peuvent requérir toute information complémentaire dans le cadre du contrôle et de l'évaluation de ces mesures*"[79].

[77] Sul punto, cfr. M. ALTWEGG-BOUSSAC, *La fin des apparences*, cit., p. 2, nonché O. BEAUD – C. GUÉRIN-BARGUES, *L'état d'urgence*, cit., p. 129 e ss.

[78] Secondo il Consiglio di Stato (avis n. 399873 del 18 marzo 2020), la previsione che impone al Governo la trasmissione di informazioni relative alla applicazione dello stato di emergenza sanitaria costituirebbe una "*injonction*" del Parlamento al Governo al di fuori della competenza della legge. Il ragionamento, quindi, è condotto sul filo del problema del riparto delle competenze normative fra i due organi, e non invece sul piano del potere di controllo parlamentare sull'operato dell'esecutivo. Il Consiglio costituzionale nella decisione 2020-800 DC dell'11 maggio 2020 sulla legge di prolungamento dell'*état d'urgence sanitaire* ha evocato esplicitamente il principio della separazione dei poteri con convenire con il Consiglio di Stato sulla incostituzionalità della disposizione che prevedeva la trasmissione informativa automatica al Parlamento delle misure relative al trattamento dei dati sanitari in stato di emergenza. Molto critica, su questi aspetti, M. ALTWEGG-BOUSSAC, *«Un mal qui répand la terreur»: l'information du Parlement*, in *Jus Publicum blog* [blog.juspoliticum.com], 18 maggio 2020, che critica la riproposizione della teoria del divieto di "*injonction*" dal Parlamento al Governo, tipico – secondo l'autrice – della ossessione della V Repubblica per la razionalizzazione del parlamentarismo, e stigmatizza una giurisprudenza del Consiglio costituzionale basata su una "*conception de la séparation des pouvoirs conçue pour blinder l'autonomie de l'exécutif*". Da un diverso punto di vista (quella della sottrazione delle ordinanze di questo tipo alla giurisdizione del Consiglio di Stato una volta acquisita la "nature legislative"), cfr. J. P. DEROSIER, *Le Conseil d'État dépossédé*, in *La Constitution decodée* [constitutiondecodee.fr], 4 giugno 2020.

[79] Art. L. 3131-13 del Code de Santé publique.

Sulla base di questa formulazione, dunque, secondo una prima lettura che emerge chiaramente dagli atti parlamentari[80], è stato istituito un controllo parlamentare più debole – o comunque meno rinforzato – rispetto a quello previsto per l'*état d'urgence* "securitario". Le Camere, infatti, hanno titolo ad essere informato solo delle misure strettamente legate all'*état d'urgence sanitaire*, e non invece sulle numerose ed ampie misure di urgenza economica e complementari che la stessa legge prevede con specifico riferimento all'emergenza Covid-19, e che – lo si è accennato – sono previste dalla legge ma su un piano diverso dalla dichiarazione generale dell'emergenza sanitaria[81]. Inoltre non è più prevista la trasmissione da parte delle amministrazioni alle Camere dei provvedimento adottati sulla base della legge: scelta, questa, discutibilmente giustificata dal Governo con riferimento all'esigenza di non "ingorgare" il Parlamento.

Nei fatti, l'Assemblea nazionale ha inizialmente creato una missione di informazione[82] "sull'impatto, la gestione, e le conseguenze in tutte le dimensioni dell'epidemia di Coronvirus-COVID19; successivamente, all'indomani della legge di prolungamento dello stato di emergenza (sulla quale *infra*) il Senato ha optato per l'istituzione di una commissione d'inchiesta, ed anche l'Assemblea nazionale ha finito per seguire una strada non dissimile[83]. È interessante notare come anche il Governo abbia in animo di istituire una ulteriore commissione di inchiesta "indipendente" sui medesimi temi: circostanza, questa, che ha sollevato forti perplessità sul ruolo del Parlamento nello svolgimento delle funzioni di controllo sull'attività del Governo, e sulla creazione di ulteriori sedi di verifica che sfuggono alla dialettica politica Parlamento/Governo,

[80] M. ALTWEGG-BOUSSAC, *La fin des apparences*, cit., p. 2

[81] Sulle quali ovviamente potrà essere svolto un controllo parlamentare, ma non il controllo "rinforzato" di cui si va discorrendo, ma invece il controllo "classico" con gli ordinari strumenti del diritto parlamentare.

[82] Composta peraltro al massimo livello: il presidente dell'Assemblea nazionale, i presidenti delle commissioni permanenti, oltre a deputati nominati proporzionalmente ai gruppi. Sulle oggettive perplessità sulla composizione della missione (nonché sulla scelta di nominare relatore il Presidente dell'Assemblea nazionale e correlatori i presidenti delle commissioni – tutti, tranne uno, appartenenti alla maggioranza parlamentare), cfr. A. GELBAT – L. MARGUET, *État d'urgence sanitaire: la doctrine dans tout ses états?*, cit., p. 11-12, i quali illustrano come al Senato si è inizialmente preferito affidare alle singole commissioni la funzione di controllo, salva la scelta della *commission des lois* di istituire al proprio interno una *mission de suivi et de contrôle* (più compatta rispetto alla missione della camera bassa) e che sembra avere inteso la propria funzione nel senso di un controllo più approfondito e non limitato ai provvedimento *stricto sensu* emergenziali.

[83] Nel caso dell'Assemblea nazionale, si è in realtà proceduto conferendo i poteri di una commissione di inchiesta alla missione di informazione precedentemente creata. Cfr. E. LEMAIRE, *Contrôle parlementaire de la crise sanitaire: interrogations autour de l'attribution des pouvoirs d'enquête à la mission d'information sur l'épidémie de coronavirus à l'Assemblée nationale*, in *Jus Publicum blog* [blog.juspublicum.com], 18 giugno 2020.

operando sostanzialmente – anche se con uno *status* indipendente – nella stessa area governativa oggetto di controllo[84].

Il Parlamento è poi intervenuto per prorogare l'*état d'urgence sanitaire* fino al 10 luglio 2020 con la legge 2020-546 dell'11 maggio 2020, con la quale ha altresì effettuato alcune modifiche a taluni aspetti regolati dalla legge 2020-290, ed ha istituito un sistema informatico dedicato al contrasto dell'epidemia di Covid-19.

Questa legge è interessante anche perché, diversamente dalla legge 2020-290, è stata sottoposta al controllo di costituzionalità su richiesta sia del Presidente della Repubblica, sia del Presidente del Senato, sia infine da sessanta senatori e sessanta deputati, cioè tutti i soggetti intitolati a chiedere l'intervento preventivo del *Conseil constitutionnel* ai sensi dell'art. 61 comma 2 della Costituzione (eccezion fatta per il Primo Ministro e per il Presidente dell'Assemblea nazionale). Il Consiglio costituzionale si è dunque finalmente espresso sull'*état d'urgence sanitaire*, come era stato richiesto da parte della dottrina anche all'epoca della legge 2020-290[85], anche in relazione alla difficoltà tecnica di far pervenire al Consiglio costituzionale una questione prioritaria di costituzionalità (stante anche la citata sospensione dei termini per questo tipo di questione)[86].

Con la decisione 2020-800 DC[87] dell'11 maggio 2020[88] il Consiglio costituzionale – per quello che qui interessa con riferimento al sistema delle fonti[89] -

[84] S. BARBARIT, *Covid-19 : la commission d'enquête du Sénat ira chercher « la petite bête »*, in *publicsenat.fr*, 8 giugno 2020.

[85] J.P. DEROSIER, *Que le Conseil constitutionnel soit saisi!*, in *La Constitution decodée* [constitutiondecodee.fr], 21 marzo 2020.

[86] V. SIZAIRE, *Consolidation du domaine de la liberté. À propos de la décision du Conseil constitutionnel n. 2020-800 DC du 11 mai 2020*, in *La Revue des droits de l'homme – Actualité Droits-Libertés* [journals.openedition.org/revdh/], 28 maggio 2020.

[87] Sulla quale V. SIZAIRE, *Consolidation du domaine de la liberté*, cit.; O. DORD, *Covid19 et Constitution: la loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire devant le Conseil constitutionnel*, in *Le club des jursistes* [leclubdesjuristes.com], 27 maggio 2020. J.- É. GICQUEL, *La loi du 11 mai 2020 validée en urgence par le Conseil constitutionnel*, in *La Gazette du Palais*, 2 giugno 2020, n° 20, p. 3, P. Rrapi, *Le Préambule de la Constitution de 1946, fondement constitutionnel de l'état d'urgence*, in *La Revue des droits de l'homme - Actualités Droits-Libertés (Lettres)* [journals.openedition.org/revdh/7616], 8 giugno 2020, p. 9 p.

[88] Pare interessante osservare che la decisione è stata presa dal Consiglio costituzionale in tempi veramente brevissimi, anche rispetto alla procedura di urgenza di cui all'art. 61 comma 3 della Costituzione (che prevede un termine di otto giorni, contro i trenta ordinari). La *saisine* del Presidente della Repubblica e quella del Presidente del Senato sono state trasmesse il 9 maggio, quelle parlamentari entrambe il 10 maggio; il Consiglio si è espresso l'11 maggio, quindi meno di ventiquattro ore dopo avere ricevuto l'ultimo ricorso parlamentare!

[89] In effetti la pronuncia ha anche un interesse relativo al regime delle libertà in stato di emergenza sanitaria, prevedendo l'incostituzionalità, o sottoponendo a riserve interpretative alcune delle disposizioni della legge. Su tali aspetti si deve rinviare a V. SIZAIRE, *Consolidation du domaine de la liberté*, cit. passim.

ha fatto riferimento al Preambolo della Costituzione del 1946 secondo il quale la Nazione "*garantit à tous […] la protection de la santé*", e ne ha fatto derivare che la protezione della salute sia un obiettivo di valore costituzionale . Ciò premesso, la decisione ha preso le mosse dalla risalente giurisprudenza sull'*état d'urgence*[90] per ribadire che la Costituzione non esclude la possibilità per il legislatore di prevedere un regiime di stato di emergenza sanitaria, dato che è competenza propria del legislatore quella di conciliare l'obiettivo di valore costituzionale di tutela della salute con il rispetto dei diritti e delle libertà. Non sembra peraltro che il Consiglio costituzionale si sia spinto ad effettuare in concreto un test di adeguatezza/proporzionalità del bilanciamento di volta in volta effettuato dal legislatore, accontentandosi di fatto di avere individuato proprio in tale bilanciamento il fondamento del potere legislativo di fondazione di un nuovo stato di emergenza.

Infine, il 15 giugno 2020 il Primo Ministro ha presentato alle Camere un progetto di legge "*organisant la fin de l'état d'urgence sanitaire*", nel quale peraltro si prevede di confermare in capo al Primo Ministro stesso – fino al 30 novembre 2020 - il potere di adottare decreti regolamentari con i quali "al solo fine di garantire la salute pubblica" venga disciplinata la circolazione delle persone e l'accesso ai mezzi di trasporto, possa essere ordinata la chiusura di luoghi aperti al pubblico e di luoghi di riunione, possa essere limitato il diritto di assembramento e di riunione. La dottrina ha già espresso perplessità significative su questo aspetto, che sostanzialmente attribuisce poteri eccezionali al Primo Ministro (alcuni dei poteri più emblematici fra quelli utilizzati nel periodo emergenziale[91]) dopo che è stata sancita la fine dello stato di emergenza sanitaria, ed in una situazione nella quale le recenti leggi "emergenziali" avevano già creato una competenza diversa[92].

4. La lezione francese sul "rendimento" delle clausole costituzionali sull'emergenza. La garanzia costituzionale ed il rischio del "fucile di Čechov"

Dalla vicenda francese – quella del "doppio canale" costituzionale e legislativo di gestione dell'emergenza – si può desumere come un contesto in cui la Costituzione prevede espressamente clausole preposte ad organizzare la risposta normativa a stati di emergenza, non garantisca necessariamente che tal clausole

[90] Cfr. *supra*, note 36 e 37.

[91] S. HENNETTE-VAUCHEZ, *L'état d'urgence innomé*, in *liberation.fr*, 18 juin 2020

[92] Come nota P. CASSIA, *L'état d'urgence sanitaire «bis» est-il conforme à la Constitution?*, in *Mediapart.fr*, 22 giugno 2020, il "prolungamento larvato" dell'*état d'urgence sanitaire* andrebbe in contraddizione con quanto stabilito dalla stessa legge 2020-290 con la quale è stata introdotto nel *Code de santé publique* una disposizione per cui il Ministro della salute (e non invece il Primo Ministro) può "*prendre […] mesures après la fin de l'état d'urgence sanitaire […] afin d'assurer la disparition durable de la situation de crise sanitaire*" (art. L. 3131-1). Su tali aspetti, cfr. X. BIOY, *Le régime de sortie de l'état d'urgence sanitaire*, in *Le club des juristes* [leclubdesjuristes.com], 15 giugno 2020.

vengano attivate in concreto al momento in cui la singola emergenza si manifesta.

In Francia si è preferita una faticosa – sul piano delle fonti – elaborazione di nuovi modelli legislativi di *état d'urgence*, che si sono via via arricchiti di contenuti a seconda delle emergenze che adavano ad affrontare, sino ad arrivare allo "sdoppiamento" fra *état d'urgence* (di radice sostanzialmente securitaria) e *état d'urgence sanitaire*.

È possibile che ciò dipenda dal tipo di clausole costituzionali di emergenza previste, che possono essere anacronistiche, troppo legate a vicende storiche che ne sono state l'origine, difficilmente attuabili sul piano politico/istituzionale, o anche chiaramente predisposte per emergenze di tipo diverso: è senz'altro il caso dell'art. 16 e dell'art. 36 della Costituzione francese.

Si può però rilevare come anche in ordinamenti in cui non solo vi sono clausole emergenziali in Costituzione, ma esse sono state anche attivate in occasione dell'epidemia di Covid-19 (come ad esempio in Spagna[93]) il ricorso ai modelli costituzionali di stati d'emergenza non abbia lasciato i commentatori completamente soddisfatti del relativo "rendimento", e che anche in quei contesti il diritto "emergenziale" tenda a tracimare dall'alveo costituzionale (che è poi sostanzialmente un alveo formale, e spesso estremamente esiguo) per incidere in modo forse discutibile sul sistema delle fonti oltre che sulla stessa forma di Stato e sulla forma di governo[94].

In definitiva, la risposta alla attuale emergenza sanitaria pone degli interrogativi anche rispetto all'effettivo funzionamento, in concreto, delle previsioni

[93] Come è noto, la Costituzione Spagnola prevede all'art. 116 gli stati di allarme, eccezione ed assedio (ordinati secondo un senso di politicità ascendente) e nell'art. 55 i casi in cui è possibile sospendere i diritti fondamentali e le libertà dei cittadini. Sui tre stati emergenziali, cfr. P. CRUZ VILLALON, *El nuevo derecho de excepcion (Ley organica 4/1981, de 1 de junio)*, in *Revista española de derecho constitucional*, 1981, p. 93 e ss., P. FERNANDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, *El derecho de emergencia constitucional en España: hacia una nueva taxonomia*, in *Revista de derecho politico*, 2020, p. 111 e ss. Il Governo ha dichiarato la prima di tali figure: lo stato di allarme (dichiarato con Real Decreto n. 463/2020, adottato dal Governo il 14 marzo 2020, oggetto di numerose modifiche e proroghe).

[94] Sulle problematiche emerse dalla dichiarazione dello stato di allarme (e non quello di eccezione) cfr. V. ALVAREZ GARCÍA, *El coronavirus (COVID-19): respuestas juridicas frente aa una situación de emergencia sanitaria*, in *El Cronista*, 2020, n. 86-87, p. 6 e ss. (il quale elenca anche i vari poteri emergenziali settoriali attribuiti a varie autorità al di fuori della dichiarazione di uno degli stati di emergenza costituzionale costituzionalmente indicati; in Spagna il tema è reso particolarmente complesso dalla natura regionale dello stato e dai poteri attribuiti, anche in materia sanitaria, alle Comunità autonome), A. NOGUEIRA LOPEZ, *Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción*, ivi, p. 22 e ss., J. J. FERNANDEZ RODRIGUEZ, *Cuestiones constitucionales sobre ed estado de alarma en España y la pandemia de COVID-19*, Documento de opinion IEEE 43/2020, in *www.ieee.es*, 2020, 1 maggio 2020, M.A. PRESNO LINERA, *Coronavirus Sars-Cov-2, garantía de derechos fundamentales y limites a los mismos en el derecho español*, in *BioDiritto*, 2020, 19 marzo 2020, ID., *Crisis del Coronavirus y estado ed alarma en España*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue 1/2020, p. 703 e ss., M. FUERTES, *Estado de excepción, no de alarma*, in *El Cronista – Diario del Derecho*, 20 aprile 2020.

costituzionali che prevedono a priori stati di eccezione – le quali peraltro sono spesso frutto di specifiche situazioni storiche e politiche. Sembra infatti che la imprevedibile specificità e singolarità della singola crisi eserciti su tali diposizioni una pressione tale per cui esse possono essere difficili da utilizzare in concreto, preferendo il ricorso a fonti di altro tipo e circondate da un assetto di garanzie di differente intensità.

Sembra confermarsi che le emergenze tendono ad acquisire "sul campo" un *proprio* diritto: ad ogni emergenza tende a corrispondere uno specifico stato di emergenza. Si tratta di una conseguenza abbastanza comprensibile, e derivante dalla irriducibile diversità fra una emergenza e l'altra, fra gli interessi coinvolti, la intensità della reazione giuridica necessaria ad affrontarla.

In questo senso, non sembra così automatico che una clausola costituzionale sull'emergenza, che si limitasse ad individuare le rispettive competenze fra gli organi costituzionali ed a tracciare un quadro generalissimo dei limiti della disciplina adattabile, sia di per sé in grado di frenare la tendenza ad affrontare le emergenze ciascuna per suo conto e mediante gli strumenti normativi di volta in volta ritenuti più utili (anche nel quadro dello sviluppo storico della forma di governo). Per parafrasare il Consiglio costituzionale nelle pronunce sopra citate, è difficile ritenere che l'esistenza di una clausola costituzionale sull'emergenza impedisca al legislatore (o meglio, al circuito governo/parlamento) di elaborare una normativa specifica per l'emergenza stessa, nel suo ruolo di individuazione del corretto bilanciamento fra creazione di strumenti di reazione e tutela dei diritti e delle libertà.

Se questo è vero (e sembra decisamente esserlo stato in Francia) forse l'esistenza di una dottrina dell'emergenza derivante dalla giurisprudenza costituzionale, ordinaria ed amministrativa – come esiste senz'altro in Italia - può fungere da parametro di rispetto del contesto costituzionale almeno quanto l'inserimento di una clausola in costituzione (che verosimilmente non potrebbe stabilire principi diversi da quelli oggetto della concrezione pretoria), e forse in modo addirittura più efficace.

Visto il problema da un altro punto di osservazione, l'inserimento di una clausola costituzionale di emergenza – se potrebbe non essere del tutto soddisfacente in punto di garanzia effettiva – potrebbe paradossalmente trasformarsi, in piena eterogenesi dei fini, in un'occasione di *facilitazione* del ricorso ai meccanismi emergenziali anche quando non vi sia (come invece mi pare vi sia nel caso del Coronavirus) un *idem sentire* politico in ordine alla necessità dell'intervento eccezionale[95].

[95] Si trattava di una preoccupazione che avevano espresso anche i costituenti italiani, come ricorda A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione*, cit., in questo numero della *Rivista*.

Per prendere spunto dalla frase attribuita ad Anton Čechov (che si riferiva alla struttura del racconto letterario)[96]: se viene introdotto un fucile, prima o poi quel fucile sparerà.

[96] L'immagine čechoviana è riportata S. SHCHUKIN nei suoi *Memoirs* del 1911: "*se nel primo capitolo dici che c'è un fucile appeso al muro, nel secondo o terzo capitolo devi assolutamente farlo sparare. Se il fucile non viene usato, non dovrebbe neanche starsene lì appeso*"

© Osservatoriosullefonti.it, fasc. speciale/2020

LA DIDATTICA ONLINE AL TEMPO DEL CORONAVIRUS: QUESTIONI GIURIDICHE LEGATE ALL'INCLUSIONE E ALLA *PRIVACY*[*]

STEFANIA BARONCELLI[**]

Sommario

1. Introduzione - 2. La didattica a distanza (DAD) - 3. La disciplina normativa sulla didattica a distanza in periodo di emergenza - 4. Inclusione e DAD - 5.DAD, esami di profitto online e questioni legate alla *privacy* - 6.DAD, università e corsi di studio telematici – 7. Conclusioni.

Abstract

At the end of February 2020, following the spread of the Covid-19 virus, Italian universities and schools, with a few days' notice and planning, closed the buildings and converted the teaching activities, which were in presence, to distance learning. In addition to teaching activities, internships, laboratories, degree exams, as well as student orientation, research seminars and conferences became telematic. How was distance learning (DAD) established? How is DAD reconciled with the need for inclusion and protection of privacy recognized by the Italian Constitution and the European regulatory framework? After outlining the ways in which the DAD is provided, the article dwells on the provisions issued during the emergency period, going into detail on how to ensure the inclusion of all students and some regulatory issues relating to the protection of the principle of privacy for online teaching and assessment, distinguishing the solutions identified during the emergency period from those valid for online courses of study.

Suggerimento di citazione

S. BARONCELLI, *La didattica online al tempo del coronavirus: questioni giuridiche legate all'inclusione e alla* privacy, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

[**] Professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico presso la Facoltà di Economia della Libera Università di Bolzano/*Bozen*.

Contatto: stefania.baroncelli@unibz.it

© 2007-2020 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIII – Fascicolo speciale/2020
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Introduzione

A fine febbraio 2020, il virus Covid-19 si è diffuso in Italia, e successivamente si è propagato in tutto il mondo, assumendo il carattere di una vera e propria pandemia. L'obbligo di ridurre al minimo i contatti personali ha fatto sì che le università e le scuole italiane chiudessero gli edifici e convertissero le attività didattiche in presenza all'apprendimento a distanza, con pochi giorni di preavviso e di pianificazione. Improvvisamente, scuole ed università sono diventate virtuali: non solo le attività didattiche, ma anche le altre attività curriculari, come tirocini, laboratori, esami di laurea, orientamento degli studenti, seminari di ricerca e convegni.

Come è stato possibile questo passaggio così veloce? Come è stata instaurata la didattica a distanza (DAD)? Come si concilia la DAD con le esigenze di inclusione e di tutela della riservatezza riconosciute nella Costituzione italiana e nel quadro normativo europeo? Dopo avere delineato le modalità con le quali è erogata la DAD, ci soffermeremo sulle disposizioni emanate durante il periodo di emergenza, approfondendo le modalità per assicurare l'inclusione di tutti gli studenti e alcune questioni normative relative alla tutela del principio di riservatezza con riferimento alle modalità di didattica online e alle verifiche, distinguendo le soluzioni identificate durante il periodo di emergenza rispetto a quelle valide per i corsi di studio telematici.

2. La didattica a distanza (DAD)

La didattica a distanza costituisce una modalità didattica di tipo innovativo, che si realizza attraverso la registrazione di lezioni depositate nel sistema (o sistemi) di gestione didattico di Ateneo e fruibili successivamente e ripetutamente dagli studenti. Può consistere anche in video *streaming* per studenti che seguono a distanza[1].

Nel primo caso, si parla di didattica online asincrona (DOA): le lezioni sono preparate in anticipo e messe a disposizione degli studenti per la lezione. Nella sua forma più pura, questo metodo prevede che i docenti e gli studenti siano separati non solo nello spazio ma anche nel tempo: gli studenti possono lavorare sul materiale didattico reso disponibile online durante il proprio tempo libero o organizzarsi come meglio credono. Le lezioni registrate sono supportate da alcuni strumenti didattici, come e-mail, materiali online, forum di discussione e social media, inclusi blogs e wikipedia, che sono incorporati nelle piattaforme di gestione dell'apprendimento tipo Moodle o BlackBoard. La DOA generalmente richiede la messa a disposizione di materiali online senza

[1] E. MURPHY – M. A. RODRÍGUEZ-MANZANARES AND M. BARBOUR, *Asynchronous and synchronous online teaching: Perspectives of Canadian high school distance education teachers*, in *British Journal of Educational Technology*, July 2011, Vol.42(4), 583-591.

che sia possibile udire la voce del docente, ma è possibile che siano incluse anche registrazioni audio. Studenti e docenti non si vedono, a meno che non siano disponibili registrazioni video realizzate e messe a disposizione da parte del docente.

La didattica online sincrona (DOS) assomiglia a una lezione in presenza, ma gli studenti non si trovano in sede e sono collegati in videoconferenza o audioconferenza. La DOS implica una presenza temporanea di studenti e docente, ma a distanza. Sia gli studenti che il docente possono trovarsi molto lontani, anche a chilometri di distanza, o in continenti diversi, ma interagiscono fra loro come se fossero presenti entrambi nell'aula virtuale. La DOS è supportata da vari strumenti didattici come la "chat" basata su messaggi istantanei, il telefono analogico o digitale, la videoconferenza e l'audioconferenza. Possono essere utilizzate lavagne interattive (c.d. *whiteboards*) o altre applicazioni didattiche adoperate da studenti e docenti in condivisione, per migliorare la qualità della didattica. La comunicazione è basata sulla vista e sulla voce del docente. Alcune piattaforme, come ZOOM o TEAMS, danno anche la possibilità di registrare le lezioni sincrone e le chat e di metterle a disposizione degli studenti per riascoltarle in seguito, anche a più riprese, dando così luogo a una combinazione di didattica sincrona e asincrona.

Gli studenti, quindi, interagiscono fra loro e con il professore usando varie modalità; le lezioni sincrone possono essere registrate e riviste più volte. L'uso estensivo di queste tecnologie durante il periodo di emergenza Covid-19, soprattutto in modalità sincrona, ma con la messa a disposizione delle lezioni registrate, ha dato luogo a questioni giuridiche di non facile soluzione. L'opzione di fare l'upload di lezioni registrate, infatti, è stata spesso consigliata negli Atenei come buona pratica per rendere la didattica inclusiva, onde permettere a tutti gli studenti di prendere parte alle lezioni, in modalità sincrona o asincrona. Questa possibilità è stata considerata utile, data la scarsa connessione internet lamentata da molti studenti e la mancanza di locali idonei a prendere parte alle lezioni in sincrono.

Altre questioni giuridiche hanno riguardato l'organizzazione didattica delle lezioni stesse e la difficoltà di adattare le nuove modalità di insegnamento alle disposizioni normative sull'impegno orario dei professori, fondate sulla didattica in presenza. Dette difficoltà sono state superate in considerazione della eccezionalità del momento. Nelle università sono stati emanati decreti rettorali basati su atti del Presidente del Consiglio dei ministri (D.P.C.M.), che consentivano di derogare alle disposizioni normative seguite nei periodi normali. Tuttavia, tali soluzioni, identificate per permettere la didattica online, non hanno risolto alcune questioni giuridiche connesse, poiché non strettamente legate all'obiettivo perseguito dai decreti emergenziali. Molti professori, inoltre, si chiedono se e in quale misura queste nuove tecnologie saranno utilizzate una

volta che sarà finita l'ondata di emergenza, quando si sarà passati alla fase tre o *post-lockdown*. Infatti, né le università né le scuole si sono trasformate in telematiche, per le quali vigono regole specifiche, ma sono restate università che erogano didattica in via convenzionale.

3. La disciplina normativa sulla didattica a distanza in periodo di emergenza

La base giuridica a fondamento della adozione della didattica online è da rinvenire nel d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19[2]. Tale atto, all'articolo 1, comma d), legittimava la "sospensione del funzionamento dei servizi educativi dell'infanzia, delle istituzioni scolastiche del sistema nazionale di istruzione e degli istituti di formazione superiore, compresa quella universitaria, salvo le attività formative svolte a distanza" (comma modificato in sede di conversione dalla legge 22 maggio 2020 n. 35). Tale sospensione era reiterata e ampliata dal d.l. 25 marzo 2020, n. 19 (c.d. "Nuovo Coronavirus" – art. 1, comma 2, lett. p)) che vietava tutte le attività formative e prove di esame svolte in presenza da enti pubblici e soggetti privati "ferma la possibilità del loro svolgimento di attività in modalità a distanza"[3].

Queste disposizioni di carattere generale erano attuate da una serie di D.P.C.M. del Presidente del Consiglio dei ministri emanati nel periodo tra febbraio e giugno 2020 che sospendevano le attività didattiche, prima nelle c.d. "zone rosse" e poi in tutto il territorio nazionale, prorogando successivamente questa misura e dando la possibilità a università e scuole di sostituire le attività didattiche e curriculari in presenza con quelle a distanza[4]. Il decreto che più interessa, ai fini della didattica online, è quello adottato il 4 marzo 2020, che stabilisce il rispetto di alcuni principi che devono essere rispettati e bilanciati: tutela della salute pubblica, diritto allo studio e inclusione, autonomia di università e scuole e, infine, continuità dei servizi alla comunità. La didattica nel periodo di emergenza deve, innanzitutto, considerare le necessità specifiche degli studenti con disabilità: non solo la scuola è aperta a tutti, in base all'art.

[2] D.l. 23 febbraio 2020 n.6. - Decreto convertito, con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13 - Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 (CORONAVIRUS). D.l. 23 febbraio 2020 n.6. - Decreto convertito, con modificazioni dalla Legge 5 marzo 2020, n. 13. - Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 (CORONAVIRUS).

[3] D.l. 25 marzo 2020 n.19 (in Gazz. Uff., 25 marzo 2020, n. 79). - Decreto convertito, con modificazioni, dalla Legge 22 maggio 2020, n. 35 - Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19. (NUOVO CORONAVIRUS).

[4] D.P.C.M. 23 febbraio 2020, D.P.C.M. 25 febbraio 2020, D.P.C.M. 1° marzo 2020, D.P.C.M. 4 marzo 2020, D.P.C.M. 8 marzo 2020, D.P.C.M. 9 marzo 2020 e da ultimo D.P.C.M. 22 marzo 2020. Per l'attuazione del d.l. 25 marzo 2020, n. 19, vedi il D.P.C.M. 10 aprile 2020, il D.P.C.M. 17 maggio 2020 e da ultimo il D.P.C.M. 11 giugno 2020.

34 Cost., ma l'art. 3 Cost. legittima un intervento legislativo di favore nei confronti di coloro che sono colpiti da svantaggi economici, fisici o sociali. Tale puntualizzazione è condivisibile dal punto di vista giuridico: gli studenti disabili costituiscono una categoria cui è riconosciuta una speciale protezione, anche per giurisprudenza costituzionale[5]. Per quanto riguarda le modalità didattiche, i decreti non stabiliscono principi specifici. Così, la didattica può svolgersi in modalità sincrona, con lezioni in presenza del docente, o modalità asincrona, con video registrati o materiali didattici e compiti da eseguire a casa, in base alle scelte prese in autonomia dalle scuole e università.

Di fatto, le università hanno adottato la DAD quasi immediatamente dopo l'inizio del *lockdown*, tanto che, in media, l'88% degli insegnamenti erogati dagli Atenei era già online al 24 marzo. Ancora più significativo è il valore mediano, che indica che a quella data la metà delle università offriva almeno il 96% degli insegnamenti del secondo semestre in modalità a distanza[6]. Questo dato, fra l'altro, non tiene conto del fatto che alcuni insegnamenti erano programmati per iniziare più tardi, nel corso del semestre. Questo dato mostra una risposta unitaria del sistema universitario italiano nei confronti dell'emergenza, e la capacità di reagire in autonomia utilizzando piattaforme informatiche didattiche garantendo la continuità del servizio agli studenti. Per quanto riguarda la scuola, una analisi condotta da Cittadinanzattiva ha evidenziato come il 92% delle scuole abbia attivato modalità di didattica a distanza e che l'impegno dei docenti sia stato valutato in modo positivo dagli studenti. Alcune criticità permangono, tuttavia, per alcune scuole o per alcune aree, a causa di una cattiva connessione o per condizioni familiari complicate o, infine, per mancanza o penuria di pc disponibili, nel caso in cui debbano essere condivisi con altri membri della famiglia[7].

Questi risultati evidenziano come il sistema universitario e il complesso della scuola abbiano raggiunto un risultato per vari versi sorprendente, che mostra come il sistema "Italia" si sia mosso all'unisono. Questo dato appare senz'altro vero per le università, che si sono organizzate in autonomia, adottando sistemi didattici a distanza diversi, ma con una continuità generalizzata, segno dell'esistenza di una cornice relazionale molto forte fra università e organismi centrali di raccordo. Certamente, un ruolo fondamentale è stato svolto dalla messa a disposizione di soluzioni tecnologiche adeguate.

[5] Si ricorda a questo proposito la sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016, dove i diritti degli studenti disabili a usufruire del servizio di trasporto scolastico sono riconosciuti anche in mancanza di una fonte finanziaria sicura nel budget regionale annuale. Cfr. sul punto S. BARONCELLI – M. ROSINI, *Costituzione e vincoli europei di bilancio*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, 27.

[6] CRUI, *Stato sulla didattica on-line al 24/3, il sole-24 ore,* 16.3.2020.

[7] M. FARINA, *Scuole chiuse nel mondo, allarme disuguaglianze*, in CORRIERE DELLA SERA, Numero Speciale, 20.5.2020.

4. Inclusione e DAD

Il primo principio da rispettare nell'organizzare la DAD è quello dell'inclusione. Si tratta di un portato dell'art. 34 Cost., che garantisce a tutti l'accesso alla scuola. Sia per le scuole sia per le università si richiede, dunque, che sia osservato un "riguardo alle specifiche esigenze degli studenti con disabilità" (nel caso delle università, si parla di "particolare riguardo")[8]. Rientrano in questa categoria gli studenti (o i candidati) con disabilità previsti dalla legge n. 104/1992[9] e le sue integrazioni e modifiche (in particolare la legge n. 17/1999) come anche gli studenti con DSA e altri bisogni educativi speciali – BES – previsti dalla legge n. 170/2010[10]. L'applicazione dei principi normativi, basati sul principio di eguaglianza sostanziale, richiede che gli studenti siano inseriti nella comunità scolastica e universitaria e che ne sia favorito il successo formativo. Ciò implica una rimodulazione delle strategie e delle modalità didattiche adottate dai docenti. Già in periodi non di emergenza, queste esigenze avevano messo in dubbio l'efficacia delle lezioni frontali, di contenuto e durata eguali per tutti.

Da tempo il modello delle lezioni frontali è sottoposto a critiche basate su concezioni teleologiche, che valorizzano gli obiettivi educativi da raggiungere, mettendo in secondo piano aspetti formali di durata e di contenuto. Questa concezione deriva dalla normativa europea, che fa riferimento ai Descrittori di Dublino del 2004 e alle Raccomandazioni sulla costruzione delle competenze (cfr. le otto competenze chiave elencate nella Raccomandazione 2006/962/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 dicembre 2006, relativa a competenze chiave per l'apprendimento permanente)[11]. A ciò si aggiungono varie linee guida di reti, come la Conferenza nazionale universitaria dei delegati per le disabilità, che incoraggiano gli atenei ad erogare servizi specifici, fra i quali l'uso di aiuti tecnici e didattici, l'istituzione di un apposito servizio di tutorato specializzato, e il trattamento individualizzato per la valutazione e gli esami[12].

[8] D.P.C.M. 4 marzo 2020, art. 1, lett. d) g) h) i).

[9] Legge 5 febbraio 1992, n. 104, Legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate.

[10] Legge 8 ottobre 2010, n. 170, Nuove norme in materia di disturbi specifici di apprendimento in ambito scolastico.

[11] Raccomandazione del Parlamento europeo e del Consiglio, 18 dicembre 2006, relativa a competenze chiave per l'apprendimento permanente (2006/962/CE).

[12] Cfr. le linee Guida della Conferenza Nazionale Universitaria dei Delegati per la Disabilità (CNUDD). Altri servizi promossi sono: orientamento per la scelta del corso di studio, supporto individualizzato durante gli esami di ammissione, formulazione di un programma di studi personalizzato, supporto allo studio individuale attraverso azioni di tutorato, assistenza all'espletamento delle prove d'esame, assistenza nel disbrigo di pratiche burocratiche, supporto per mobilità all'estero, esperienze di tirocinio e inserimento lavorativo e fornitura di ausili tecnici e informatici

Un maggiore uso delle tecnologie didattiche è considerato un fattore utile per promuovere l'inclusione, proprio perché esse implicano una differenziazione e una maggiore autonomia dello studente nel decidere come studiare. Generalmente, si osserva come queste pratiche inclusive abbiano risentito di una certa difficoltà ad affermarsi, sia per problemi tecnici dei docenti, che non si trovano a proprio agio con le tecnologie informatiche, sia per questioni culturali, legate a un mancato interesse o attenzione verso i bisogni educativi speciali[13]. La chiusura delle scuole e delle università in seguito alla situazione di emergenza legata al coronavirus e l'adozione della DAD, possono costituire un'occasione unica per capire in quale modo differenziare le modalità di apprendimento e valorizzare le capacità inclusive degli strumenti didattici telematici, anche se la prevalenza delle motivazioni di sanità pubblica e il poco tempo disponibile per la conversione alla DAD rende difficoltoso un ripensamento delle modalità di insegnamento. Ecco perché il riferimento alle esigenze specifiche contenute nei D.P.C.M. costituisce un principio rilevante.

Per rendere effettivo il principio di inclusione, occorrerà che scuole e università dotino i docenti di strumenti *hardware* e organizzino corsi sull'insegnamento online e *tutorials* per rendere praticabile l'uso delle piattaforme e degli strumenti tecnologici. Particolarmente utile potrà essere la formazione di gruppi di docenti che si scambiano le buone pratiche, per personalizzare le metodologie di apprendimento, e il rapporto con le famiglie, per comprendere le difficoltà a cui vanno incontro gli studenti. Un confronto con gli altri paesi ci mostra che i dati per l'Italia sono piuttosto positivi. Secondo uno studio comparato effettuato dall'OECD i docenti italiani ritengono di essere molto efficaci nel supportare gli studenti nell'apprendimento con l'uso di strumenti tecnologici, tanto che il nostro paese si posiziona al quinto posto fra i paesi OECD e ben sopra la media (80%)[14]. Curiosamente, il tasso di ottimismo scende del 10% quando i docenti valutano la volontà di cambiamento e innovazione dei propri colleghi, facendo scendere l'Italia sotto la media dei paesi OECD[15]. Sembra, dunque, che la questione sia più organizzativa e di sistema che non individuale.

[13] L. DE ANNA, A. PEPINO, L. FANUCCI, D. PETRETTO, M. FULCHERI, I. GAROFOLO, E. CARONNA, G. DI LORENZO, A. ANDREETTI, *Documento di sintesi conclusivo del lavoro svolto dal gruppo "Miglioramento della qualità della didattica inclusiva"*, CRUI, pubblicato sul sito: https://www2.crui.it/crui/cnudd/CNUDD_Miglioramento%20Didattica%20inclusiva_30.06.17.pdf

[14] OECD, *How prepared are teachers and schools to face the changes to learning caused by the coronavirus pandemic?* Teaching in Focus #32, May 2020, 3 (*Figure* 1). In base a questo studio, l'80% dei docenti italiani delle scuole secondarie inferiori ritengono di riuscire ad aiutare gli studenti ad apprendere usando la tecnologia digitale. Questo dato scende al 70% se ai docenti si domanda se la maggior parte dei colleghi è aperto al cambiamento.

[15] Ibid., 4 (*Figure* 2).

Una scuola inclusiva attua i principi dell'art. 34 Cost., secondo il quale la scuola è aperta a tutti. Tale articolo riconosce l'inclusione come principio fondamentale, soprattutto nel caso dell'istruzione inferiore che, impartita per almeno otto anni, è obbligatoria e gratuita per dettato costituzionale. La DAD può, dunque, rappresentare un buon sistema di apprendimento anche per gli studenti con disabilità; la scelta dei *software* sul mercato è ampia. Tuttavia, nella pratica, questi studenti possono scontrarsi con numerose barriere che rendono difficoltoso l'insegnamento a distanza. In particolare, sono loro che risentono di più del mancato contatto con la classe e gli insegnanti di sostegno durante il periodo di emergenza[16]. Per questi studenti, infatti, inclusione significa apprendimento unito a partecipazione, ossia contatto con insegnanti e compagni di classe. La percezione sociale e le competenze sociali fanno parte del processo di inclusione e sono state particolarmente colpite durante il periodo di emergenza.

La chiusura delle scuole e dei servizi pubblici durante la fase di *lockdown* può essere particolarmente negativa per gli studenti con disabilità o socialmente ed economicamente fragili, nonostante l'impegno profuso dalle scuole. Uno studio della Fondazioni Agnelli effettuato insieme con le università LUMSA, di Trento e di Bolzano ha riportato come la DAD lasci indietro almeno un alunno con disabilità su quattro[17]. Questo dato è ancor più grave se si considera che nel 10% dei casi il piano educativo individualizzato non legittima interventi di aiuto online. Gli studenti con disabilità, inoltre, rischiano di restare esclusi dai servizi complementari di cui si facevano carico la scuola e la comunità, come i servizi di mensa, o le visite mediche. Senza parlare della situazione di alunni ospedalizzati o sottoposti ad abusi o negligenze da parte dei familiari, a cui può venire a mancare ogni sostegno esterno da parte di insegnanti o servizi sociali[18]. Queste difficoltà incidono in modo evidente sulle condizioni dei minori, e possono avere ripercussioni anche in seguito, allorché le ragioni di chiusura delle scuole verranno meno[19]. Si pone dunque l'esigenza di facilitare il più possibile il percorso di reinserimento nella scuola e di renderlo

[16] Cfr. D. IANES, *Inclusione scolastica. Cosa cambia con il Covid-19?*, Academia, marzo 2020, pubblicato alla pagina web: http://www.academia.bz.it/articles/inclusione-scolastica-cosa-cambia-con-il-covid-19

[17] Cfr. FONDAZIONE AGNELLI, *Oltre le distanze. Indagine preliminare*, Università di Trento, LUMSA, UNIBZ, 2020, 2, pubblicato alla pagina web: https://www.fondazioneagnelli.it/wp-content/uploads/2020/05/OLTRE-LE-DISTANZE-SINTESI-RISULTATI-QUESTIONARIO-1.pdf

[18] Per un aiuto nei confronti degli alunni ospedalizzati, cfr. il Protocollo concluso tra il Ministero della Salute, il Ministero dell'Istruzione, la Fondazione Zancan e l'Impresa Sociale 'Con i bambini', che mira ad aiutare gli alunni non solo per l'apprendimento e la DAD, ma anche a colmare le differenze educative e sociali.

[19] UNITED NATIONS, *A Disability-Inclusive Response to COVID-19*, Policy Brief, May 2020, 14.

il più inclusivo possibile, riconoscendo i progressi o instaurando processi per colmare le lacune tramite precorsi o approfondimenti ad hoc.

5. DAD, esami di profitto online e questioni legate alla *privacy*

L'adozione della DAD ha posto all'attenzione alcune questioni giuridiche riguardanti l'uso di dati personali funzionali all'organizzazione delle lezioni online. L'iscrizione e l'uso di piattaforme informatiche, nelle varie modalità, o il ricorso a strumenti di *social networking* implica, infatti, l'utilizzo di dati personali di studenti e alunni, docenti, insegnanti e famiglie non utilizzati nella pratica della didattica in presenza. La DAD ha accresciuto le occasioni di utilizzo di strumenti tecnologici capaci di invadere la *privacy* degli studenti o dei docenti. Così, la facilità di registrazione delle lezioni online e la loro messa a disposizione sulle piattaforme digitali ha posto la questione della violazione della *privacy* da parte di coloro che, inconsapevolmente, vi avevano partecipato. Tuttavia, questo punto non è stato preso direttamente in considerazione né dai dl né dai vari D.P.C.M. che si sono susseguiti a prorogare la situazione di emergenza.

Un primo chiarimento è intervenuto da parte del Garante della protezione dei dati personali. Questi, con un provvedimento del 26 marzo 2020, specificava come le scuole e le università che utilizzano sistemi di didattica a distanza non devono richiedere il consenso specifico al trattamento dei dati di docenti, alunni, studenti, genitori, poiché il trattamento di questi dati è necessario per esercitare le "funzioni istituzionalmente assegnate a scuole ed atenei", nonostante l'uso di modalità innovative[20]. La giustificazione giuridica viene, dunque, identificata nel D.P.C.M. 8 marzo 2020, ove si prevede l'attivazione della DAD "per tutta la durata della sospensione delle attività didattiche in presenza"[21].

Nella scelta delle piattaforme informatiche per la DAD le università e le scuole si devono, quindi, orientare nel senso di scegliere quelle che si conformano ai principi di *privacy by design* e *by default* (protezione per impostazione predefinita) considerando i rischi per i diritti e le libertà degli interessati[22]. Tale scelta fa sì che dovrebbero essere scelte quelle piattaforme che non solo sono congrue rispetto alle competenze e le capacità intellettive degli studenti, ma che, inoltre, trattano i dati personali, per impostazione predefinita, solo nella

[20] GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Provvedimento del 26 marzo 2020 - "Didattica a distanza: prime indicazioni"* [9300784].

[21] Art. 2, lett. m) e n), del D.P.C.M. dell'8 marzo 2020.

[22] Artt. 24 e 25 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

misura necessaria e sufficiente per i fini previsti e per il periodo strettamente necessario a raggiungere tali finalità.

Tali piattaforme offrono servizi di didattica online, tramite la predisposizione di classi virtuali e canali didattici, prevedendo la pubblicazione di materiali didattici, la "trasmissione e lo svolgimento on line di video-lezioni, l'assegnazione di compiti, la valutazione dell'apprendimento e il dialogo in modo '*social*' tra docenti, studenti e famiglie". Tuttavia, nell'uso di tali piattaforme, sottolinea di Garante, occorrerà anche considerare che alcune di queste includono servizi ulteriori che non sono rivolti specificamente alla didattica. Queste attività ultronee non sono coperte dal D.P.C.M. 8 marzo 2020, e necessitano di uno specifico consenso al trattamento dei dati personali.

Ciò significa che i provvedimenti emanati in via emergenziale hanno dotato le università e le scuole di una base giuridica che le consente di non raccogliere il consenso esplicito per il trattamento dati solo per quelle attività che sono equivalenti alla didattica in presenza, non per altre attività che non sarebbero effettuate durante le lezioni in classe. Ciò pone il problema del riconoscimento della registrazione delle lezioni sincrone e la loro messa a disposizione degli studenti nella piattaforma informatica usata. Diversamente dalle lezioni sincrone senza registrazione, che equivalgono a quelle in presenza, e da quelle asincrone, che sono effettuate dal docente senza l'intervento degli studenti, le registrazioni delle lezioni sincrone possono contenere immagini e domande di studenti che intervengono online e che sono conservate e rese visibili, magari per anni, a fini didattici. In tal caso, si pone la questione del diritto all'immagine che deve essere tutelata, ai sensi della legge n. 633 del 22 aprile 1941, aggiornato e modificato, in materia di diritto d'autore[23]. È vero, infatti, che l'art. 97 di questa legge riconosce che non è necessario il consenso della persona ritratta se la riproduzione dell'immagine è giustificata da scopi scientifici, didattici o culturali; tuttavia il ritratto non può essere esposto se da ciò derivi pregiudizio all'onore, alla reputazione o al decoro della persona ritratta. Occorre, dunque, uno specifico consenso, qualora si ritenga che la registrazione del video sincrono non sia equivalente alla lezione in presenza. In effetti, in Italia non si è ancora diffuso l'uso, praticato nelle università inglesi, di registrare le lezioni in presenza e metterle a disposizione degli studenti.

Allo stesso tempo, però, l'esperienza del periodo di emergenza, basata su lezioni sincrone, ha evidenziato un contrasto fra l'uso della DAD e la fruibilità delle lezioni da parte degli studenti. Una lezione proficua implica una interazione fra studenti e professori, mentre l'uso di lezioni sincrone continue può rendere le lezioni una meccanica ripetizione di concetti. La tutela della *privacy*

[23] Vedi in particolare gli artt. 96 e 97 della legge sul diritto d'autore.

e le pratiche tese ad assicurarla, inoltre, rischiano di "ingessare" le lezioni stesse, riducendo l'interazione fra studenti e professori.

Un'altra questione di contrasto con il diritto alla riservatezza riguarda le modalità di verifiche ed esami di profitto, anch'essi realizzati in modalità online. Mentre gli esami orali sincroni pongono minori questioni di tutela della *privacy* – se non sono registrati e diffusi – gli esami scritti pongono rilevanti questioni di tutela della riservatezza. Da una parte, occorre assicurare che l'elaborato scritto non sia frutto del lavoro altrui o copiato da fonti disponibili; dall'altra, tale controllo non può arrivare fino a ledere la riservatezza dello studente. L'opzione più blanda, che fa leva sull'atteggiamento responsabile degli studenti, è quella che si basa su un "Protocollo di integrità accademica" che deve essere firmato dallo studente, ove egli si impegna a non cercare di ottenere vantaggi in modo sleale, comunicando con altre persone durante l'esame, o fornendo assistenza a un altro studente che sostiene lo stesso esame, avvertendolo che, in caso di flagranza, sarà soggetto a sanzioni. La seconda opzione, che assicura un controllo maggiore, si basa sull'uso di software chiamati di "*proctoring*", i quali hanno il vantaggio di prendere possesso del computer utilizzato dallo studente durante l'esame scritto, identificando nelle espressioni del viso degli indizi di copiatura. Per tale controllo, tuttavia, è necessario registrare l'esame, con una possibile violazione della riservatezza, che richiede una valutazione di impatto, e un telecontrollo del professore.

Le modalità di valutazione online costituiscono l'anello debole della DAD, poiché pongono una serie di questioni giuridiche relative alle procedure e agli standard da seguire. Nel caso dell'uso del *proctoring*, ad esempio, quale percentuale di indizi è sufficiente per ritenere l'esame copiato? Si tratta di una questione simile a quella dei *software* usati per controllare il tasso di copiatura delle tesi di laurea, come nel caso del software "turnitin" o simili. Ma soprattutto, cosa succede nel caso in cui uno studente contesti il risultato della valutazione ottenuto in base a modalità di valutazione poco chiare perché mediate dallo strumento informatico, in base a un processo completamente automatizzato o in base a un algoritmo? Il regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR) stabilisce che l'interessato ha diritto a non essere valutato unicamente in base a un procedimento automatizzato che produca effetti giuridici che lo riguardano[24]. Anche nel caso in cui lo studente abbia dato il consenso esplicito a essere valutato con un *proctoring*, ha comunque diritto a che il titolare del trattamento attui misure appropriate per tutelare i suoi diritti e i legittimi interessi; in ogni caso ha il diritto di "ottenere l'intervento umano da parte del

[24] Art. 22 del GDPR - Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione"[25].

Si apre, quindi, la questione se un procedimento amministrativo, come un esame, possa avvenire in modo completamente informatizzato. Si tratta di un ambito nuovo e controverso. Prima della situazione di emergenza, era intervenuto il TAR Lazio-Roma in relazione a un procedimento deciso con sola procedura informatizzata con una sentenza che accoglieva il ricorso di un docente scolastico e annullava un'ordinanza del MUR, argomentando come nel caso di specie l'attività amministrativa mancasse del tutto, essendosi "demandato ad un impersonale algoritmo lo svolgimento dell'intera procedura di assegnazione dei docenti alle sedi disponibili nell'organico dell'autonomia della scuola"[26]. Un algoritmo, per quanto sofisticato, non può assicurare le garanzie di partecipazione approntate dalla legge n. 241/1990. Il procedimento si poneva quindi in contrasto con gli artt. 3, 24 e 97 Cost., per mancato rispetto dei principi di eguaglianza, trasparenza e partecipazione procedimentale. Di particolare interesse il riferimento all'art. 24 Cost. Tale diritto sarebbe violato poiché l'assenza della motivazione non permette né all'interessato né al giudice di seguire l'iter logico e giuridico seguito per giungere a una certa decisione. Non sarebbe dunque legittimo un provvedimento basato sulla sola procedura informatica, che può avere, tutt'al più, un ruolo servente o strumentale rispetto a un soggetto persona fisica. Tali considerazioni possono essere applicate agli esami online, qualora i criteri di valutazione non siano adeguati al tipo di competenze richieste agli studenti ovvero siano irragionevoli, illogici o contradittori perché le competenze degli studenti non sono valutabili in modo appropriato o ragionevole dal software.

6. DAD, università e corsi di studio telematici

Abbiamo visto nel paragrafo precedente come il Garante per la protezione dei dati personali si sia limitato a traslare nel contesto telematico concetti validi per la didattica convenzionale. Ciò significa che le università e le scuole continuano a funzionare in base a un quadro normativo tipico delle lezioni frontali in presenza.

Per quanto riguarda le università, questa affermazione ha un'ulteriore conseguenza: durante la sospensione emergenziale delle lezioni non si applicano i concetti e le disposizioni validi per le università telematiche o per i corsi di studio accreditati come a distanza. Come noto, la differenza fra corsi di studio erogati in modalità convenzionale rispetto a quelle tenuti con modalità a distanza è individuata nella misura delle attività didattiche erogate con modalità

[25] Id.
[26] TAR Lazio-Roma, sezione III bis, sentenza 13 settembre 2019, n. 10964.

telematiche, così come stabilito nel D.M. 635/2016[27]. I corsi di studio convenzionali (a) sono quelli in cui l'attività didattica erogata con modalità telematiche è in misura non superiore a un decimo del totale. Da essi si distinguono i corsi di studio con modalità mista (b), per i quali si prevede che l'erogazione delle attività formative con modalità telematiche sia significativa, ma non superiore ai due terzi. Sono corsi di studio prevalentemente a distanza (c) quelli in cui le attività formative telematiche si svolgono in misura superiore ai due terzi. Infine, nei corsi di studio integralmente a distanza (d), tutte le attività formative sono tenute in via telematica, ad eccezione delle prove di esame di profitto e di discussione degli elaborati di laurea, che si tengono in presenza.

Effettivamente, lo schema delle università telematiche o dei corsi di studio accreditati a distanza non si attaglia alla realtà di emergenza provocata dal coronavirus. Infatti, diversamente dai corsi di studio erogati in modo prevalentemente telematico e dai corsi tenuti dalle università telematiche, anche le prove di esame di profitto e le sessioni di laurea si tengono in modalità telematica, come anche le attività pratiche tipo laboratori o tirocini, nella misura del possibile.

Si tratta, dunque, di un'attività del tutto eccezionale dettata dall'emergenza, che funziona con regole adattate dalla didattica in presenza. Ciò determina naturalmente una serie di questioni. Ad esempio, quanto tempo deve durare una lezione con DAD equivalente a una lezione in presenza di due ore? Anche qui esistono delle regole specifiche per le università telematiche; generalmente una video lezione di tipo asincrono vale il doppio rispetto a una lezione erogata in via convenzionale, dato il tempo che il docente impiega per la preparazione e la diversa scansione dei tempi nella lezione online. Come detto, non è possibile applicare le regole delle università telematiche in questo caso. Allo stesso tempo, il mancato impiego delle categorie normative dei corsi di studio online e la mancata regolamentazione da parte del D.P.C.M. o di D.M. della questione non potranno condurre alla conseguenza di applicare - *sic et simpliciter* – gli stessi requisiti formali della didattica online. Questi, infatti, dovranno essere interpretati in base ai principi normativi generali, usando il principio di proporzionalità. Probabilmente, l'approccio migliore è quello che fa riferimento agli obiettivi educativi da raggiungere in base ai Descrittori di Dublino, di cui si è fatta menzione in precedenza[28].

La questione, tuttavia, deve essere considerata anche con riferimento ai bisogni degli studenti. Sono loro, infatti, i destinatari dei sistemi di istruzione e di formazione, attraverso i quali essi acquisiscono competenze, abilità e

[27] Cfr. allegato 3 al DM n. 635 del 2016, Linee guida sulla programmazione delle Università relativa all'accreditamento di corsi e sedi.

[28] Vedi *supra*, par. 4.

conoscenze orientate al futuro, per progredire ed evolvere[29]. Per quanto riguarda l'orario delle lezioni, il TU sulla sicurezza nei luoghi di lavoro stabilisce la regola generale per cui occorre osservare una pausa di almeno 15 minuti fra blocchi di lezioni online di centoventi minuti, considerando il maggiore affaticamento per la visione su computer[30]. Ciò significa che bisognerà considerare queste specificità nell'organizzazione degli orari. In realtà si tratta di esigenze di buon senso che erano applicate anche nelle lezioni in presenza, ma che con la DAD devono essere considerate in modo più formale. L'interazione fra docenti e studenti è rimessa alla libertà di insegnamento e alla discrezionalità dei docenti, che tuttavia devono osservare le indicazioni dell'ateneo o della scuola tese a garantire la sostenibilità della DAD per gli studenti e i docenti[31].

Per quanto concerne le modalità di erogazione della didattica valgono considerazioni simili. Per assicurare che la tecnologia digitale comporti un vantaggio per gli studenti è importante assicurare un approccio fondato su piani di studio, materiali didattici e modalità di insegnamento adeguati ai modelli di insegnamento erogati su supporto digitale, che differiscono rispetto a quelli in presenza. Per questo motivo è difficile utilizzare le stesse categorie della didattica in presenza per la DAD. Quest'ultima, infatti, ha bisogno di una serie di strumenti che incentivano l'interazione fra corpo docente e studenti in modo più rigido e complesso rispetto alle lezioni in presenza, dove tutto avviene in modo naturale. Ciò deve essere tenuto presente allorché si decida di rafforzare nel futuro una parte di didattica prevedendo modalità online.

7. Conclusioni

L'uso della DAD durante il periodo di emergenza ha permesso di assicurare la continuità dei servizi agli studenti e il diritto di studio, garantendo al contempo la tutela della salute pubblica. Allo stesso tempo, per lo meno a livello normativo, si è assicurato che la DAD fosse erogata nel modo quanto più inclusivo. In effetti, la DAD può contribuire, se bene organizzata e personalizzata, a ridurre il divario di apprendimento tra studenti provenienti da ambienti socioeconomici diversi e ad accrescere la loro motivazione.

A livello normativo, l'esperienza in tempi di emergenza ha evidenziato, tuttavia, un contrasto fra l'uso della DAD e la fruibilità delle lezioni da parte degli

[29] COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, sul piano d'azione per l'istruzione digitale*, 17.1.2018, COM(2018) 22 final, 6.

[30] Cfr. l'art. 175 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, Attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro (TU sulla sicurezza nei luoghi di lavoro), applicabile anche agli studenti.

[31] E. COSENTINO, *Didattica a distanza, cosa dice la legge e come praticarla, D(i)ritto a scuola*, pubblicato su: https://libreriamo.it/istruzione/scuola/didattica-a-distanza-legge/

studenti. La mancata interazione fra studenti e professori, in particolare, può rendere le lezioni una meccanica ripetizione di concetti. La presenza in classe, inoltre, serve a rafforzare le relazioni con i compagni e i professori e svolge un ruolo fondamentale per costruire una identità di appartenenza. Ecco perché alcuni autori hanno ammonito sulle modalità con le quali potrà essere erogata la didattica nella fase tre[32].

Il vero elemento debole della DAD è costituito soprattutto dalle verifiche e dagli esami di profitto, per la difficoltà di applicare metodologie di controllo credibili e non invasive della riservatezza degli studenti. Tali difficoltà risentono delle caratteristiche specifiche del periodo di emergenza, che esclude completamente la presenza. In periodi normali, infatti, anche gli esami dei corsi di studio online sono tenuti in presenza. Queste criticità si verificano soprattutto per gli esami scritti, dove l'affidamento della valutazione a piattaforme informatiche può incidere in modo negativo sulla capacità di apprendimento degli studenti, poiché di tipo "automatico", e può rendere opaco l'iter argomentativo degli studenti e il processo decisionale seguito dal professore.

Per le università, questo esperimento "forzato" dalle esigenze di tutela della saluta pubblica ha mostrato come il principio di responsabilità costituisca il necessario complemento di quelli di autonomia e di libertà già previsti nell'art. 33, commi 1 (l'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento) e 6 (Le istituzioni di alta cultura, università ed accademie, hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato) della Costituzione[33]. Nelle scuole, il principio di inclusione ha acquistato un valore ancora più pregnante; i risultati di vari studi, infatti, hanno mostrato come gli studenti con disabilità o difficoltà socioeconomiche siano quelli più colpiti dalla mancanza di una comunità scolastica di riferimento, mettendo in pericolo l'attuazione degli artt. 3 e 34 della Costituzione.

[32] S. VENTURA, *Coronavirus e didattica mista*, Il mulino, 20.4.2020, 1.

[33] Su questi tre concetti cfr. G. GRASSO, *L'Università tra autonomia, libertà e responsabilità*, in A. CIANCIO, *Ripensare o "rinnovare" le formazioni sociali? Legislatori e giudici di fronte alle sfide del pluralismo sociale nelle democrazie contemporanee*, Giappichelli, 2020, 97.

LEGALITÀ E CORONAVIRUS: L'ALLOCAZIONE DEL POTERE PUNITIVO E I CORTOCIRCUITI DELLA DEMOCRAZIA COSTITUZIONALE DURANTE L'EMERGENZA*

ROBERTO BARTOLI**

Sommario

1. Tre premesse. – 2. Anticipazione delle problematiche conclusioni. – 3. La legalità penale prima del coronavirus. – 4. La legalità penale al tempo del coronavirus. – 5. La legalità punitivo-amministrativa prima del coronavirus. – 5.1. Il potere punitivo amministrativo degli enti locali. – 5.2. Il potere puniti-vo amministrativo attribuito alle autorità indipendenti, ma non alla protezione civile. – 6. La legalità punitivo-amministrativa al tempo del coronavirus. – 7. La riserva di legge relativa: un confronto tra costituzionalisti e penalisti. – 8. La linea e l'ellisse.

Abstract

The management of the emergency through the relative law reserve poses quite a few legitimacy problems, especially when the prohibitions are punished with a punitive administrative sanction and consist of limitations which, in normal circumstances, would constitute a regular and full exercise of rights, that is when such prohibitions, in the absence of covid, they would constitute real punishments for the exercise of rights, as such liberticides. The Author offers a contribution to the reflection on the subject from a criminal law perspective, hoping - among other things - for the operation of an absolute legal reserve when, in emergency situations, the bans punished with a punitive administrative sanction pertain to the exercise of rights

Suggerimento di citazione

R. BARTOLI, *Legalità e coronavirus: l'allocazione del potere punitivo e i cortocircuiti della democrazia costituzionale durante l'emergenza*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Contributo pervenuto alla redazione in seguito al webinar "Le fonti normative dell'emergenza", organizzato dalla *Rivista* e svoltosi il 30 aprile 2020.

** Professore ordinario di Diritto penale nell'Università degli studi di Firenze.
Contatto: roberto.bartoli@unifi.it

© 2007-2020 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIII - Fascicolo speciale/2020
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Tre premesse

Prima premessa. Un grande Maestro storico del diritto ci ha insegnato, soprattutto a noi vigentisti, che del diritto, e in particolare della legislazione, si deve guardare non soltanto al punto, ma anche alla linea[1]. È la linea, la prospettiva, che consente di riconnettere il punto del presente al passato, come anche al futuro, e che quindi permette di tracciare la traiettoria e di comprendere in modo profondo e reale ciò che sta accadendo e potrebbe accadere. Ma per noi vigentisti, andare oltre il punto significa anche inserirlo nel sistema, nel più ampio disegno dell'assetto complessivo dell'ordinamento, un assetto che non può prescindere dalla realtà del diritto "vivente" nel protagonismo ultimo dei principi del moderno costituzionalismo. Per utilizzare sempre una metafora geometrica, potremmo dire che, mutuando da un recente libro di un altro Maestro storico del diritto, il punto deve esser inserito anche nell'ellisse[2].

Seconda premessa. Il tema che dobbiamo affrontare lo porrò non solo in termini di limitazione ai diritti, di fonti del diritto, di legalità, di rapporto tra fonti primarie e secondarie. Intervenendo da penalista, vorrei affrontare il tema anche in un'ottica leggermente diversa, che poi in definitiva è quella propria della disciplina a cui appartengo, nel tentativo di un proficuo dialogo tra settori di disciplina troppo spesso chiusi in se stessi. In particolare, affronterò il tema guardando soprattutto all'aspetto sanzionatorio che sta dietro ogni "reale" limitazione, e quindi lo affronterò in chiave di allocazione – se così si può dire – del potere punitivo, da intendersi come potere sanzionatorio afflittivo, non soltanto a carattere penale, destinato a incidere più o meno direttamente sulla libertà personale, ma anche, e direi nel nostro caso soprattutto, a carattere punitivo amministrativo, destinato a non incidere mai sulla libertà personale. Detto diversamente, parlare soltanto dei diritti e delle loro limitazioni, nonché delle fonti che possono disciplinarli, senza fare riferimento alla componente sanzionatoria, rischia di essere riduttivo, poiché ciò che pone problemi di garanzia non è soltanto la limitazione, ma anche, e per certi aspetti soprattutto, la componente sanzionatoria che consente di rendere effettiva la limitazione.

Terza premessa. Il nostro tema è inoltre reso più complesso, per non dire complicato, da un altro fattore davvero determinante: l'emergenza. L'emergenza e le deroghe che essa comporta possono riguardare sia la legislazione vigente come anche i principi e i diritti costituzionali. Si può affermare quanto

[1] P. GROSSI, *Storicità del diritto*, Napoli, 2006, p. 9: «lo storico del diritto ha, secondo me, la funzione primaria di fungere da coscienza critica del giurista di diritto positivo. Costui ha di fronte quel punto fisso della linea, che è il diritto vigente, e spesso, isolàndolo e immobilizzàndolo, è troppo proteso ad assolutizzarlo. Lo storico del diritto deve richiamarlo alla elementare ma salvante verità che quel punto non è qualcosa di distaccato e di distaccabile ma anzi ben inserito in una linea che nasce prima, prosegue fino all'oggi e addirittura continua verso il futuro».

[2] M. FIORAVANTI, *Il cerchio e l'ellisse. I fondamenti dello Stato costituzionale*, Roma-Bari, 2020.

si vuole che nel nostro ordinamento non c'è spazio per gli "stati di emergenza" o gli " stati di eccezione"[3]. La realtà, tuttavia, inevitabilmente, è molto diversa: stati emergenziali in deroga, vale a dire, nella sostanza, legislazioni emergenziali derogatorie rispetto alla configurazione "normale", "regolare" "non emergenziale" dei principi e dei diritti, esistono. È sufficiente dare una lettura al comma 2 dell'art. 1 del d.l. n. 19 del 2020 per rendersi conto che la maggior parte delle norme in esso previste, in assenza del covid-19, sarebbe semplicemente liberticida e incostituzionale: la lettera a) parla di limitazione della circolazione delle persone, anche prevedendo limitazioni alla possibilità di allontanarsi dalla propria residenza, domicilio, dimora se non per spostamenti individuali limitati nel tempo e nello spazio o motivati da esigenze lavorative, da situazioni di necessità o urgenza, da motivi di salute o da altre specifiche ragioni; la lettera g) parla di limitazione o sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, di eventi di ogni e di ogni altra forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo, ricreativo o religioso. Senza considerare poi il divieto di assembramento che può legale anche all'esercizio di diritti politici.

Tali limitazioni entrano in un contesto di problematica legittimità soltanto grazie all'emergenza determinata dal covid-19 e se si ritengono legittime è perché si ritiene che vi sia una situazione emergenziale che legittima deroghe ai diritti e ai principi altrimenti inammissibili. Ponendosi quindi poi il problema delle fonti e di limiti comunque invalicabili da parte di queste deroghe.

2. Anticipazione delle problematiche conclusioni

Ebbene, se mettiamo insieme emergenze, deroghe ai principi e ai diritti, diritto punivo e fonti, la miscela tende a farsi davvero esplosiva. Ed io vorrei esprimere subito quelle che saranno le due conclusioni, assolutamente problematiche, di queste mie riflessioni.

La prima: posto che con l'emergenza si deroga ad alcuni principi e ad alcuni diritti, si deroga cioè alla portata "normale" della Costituzione, la disciplina di queste deroghe deve avvenire interamente mediante fonte legislativa (riserva assoluta di legge) oppure può ammettere anche l'integrazione di fonti

[3] In realtà, "stati di emergenza" e "stati di eccezione" sono due concetti diversissimi: mentre gli stati di eccezione sono pensati in termini di sospensione totale, con la conseguenza che la deroga non incontra i più limiti, gli stati di emergenza sono pensati in termini di sospensione parziale, con la conseguenza che la deroga incontra ancora limiti posti dalla Costituzione. Insomma, gli stati di eccezione alla fin fine non sono compatibili con il moderno costituzionalismo, mentre lo sono gli stati d'emergenza. Sul tema sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *Regola ed eccezione nel contrasto al terrorismo internazionale*, in *Diritto pubblico*, 2010, n. 1-2, p. 329 ss.; anche in M. MACCARELLI, P. PALCHETTI E C. SOTIS (a cura di), *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, Macerata2011, p. 169 ss.

secondarie (riserva relativa)? Detto diversamente: posto che nei momenti di normalità la disciplina di alcuni diritti, e quindi anche la limitazione di alcuni diritti, si basa su una riserva relativa (esempio diritto alla circolazione), nei momenti di emergenza, che comportano limitazioni ulteriori sulla base di un diverso bilanciamento determinato dall'emergenza, queste limitazioni possono ancora basarsi su una riserva relativa oppure necessitano sempre di una riserva assoluta? A mio parere, come vedremo meglio in seguito, vi sono ragioni per ritenere che la disciplina dell'emergenza in deroga alla portata normale dei diritti, determinando una punizione di spazi di libertà altrimenti nella normalità non comprimibili, debba sottostare ad una riserva di legge assoluta anche là dove le violazioni (che nella normalità non sarebbero altro che legittimo esercizio di diritti) siano punite con sanzione amministrativa, con la conseguenza che si estendono ombre di illegittimità sul decreto legge n. 19/2020 nella parte in cui è punito con integrazione del d.p.c.m. l'esercizio di alcuni diritti. Insomma, lo strumento per gestire l'emergenza allorquando si pongono limiti in deroga ai diritti è la legalità e, in particolare, l'atto avente forza di legge pensato per le urgenze, vale a dire il decreto legge.

Seconda problematica conclusione. Posto che quanto previsto nel decreto legge n. 19/2020 può essere considerato un particolare modello di gestione dell'emergenza, caratterizzato dalla previsione legale delle condotte da punire all'interno delle quali la fonte secondaria (d.p.c.m.) può scegliere, ci dobbiamo chiedere se tale modello, con ogni probabilità illegittimo in ambito nazionale, non possa essere utilizzato invece soprattutto per altre ipotesi emergenziali, quelle che nella sostanza riguardano il Sindaco, rispetto alle quali esiste una vero e proprio buco nero in termini di legalità. Insomma, visto che al Sindaco è riconosciuto un ampio potere emergenziale (ordinanze contingibili e urgenti in deroga), e considerato che al momento tale potere è nella sostanza scoperto sul piano della legalità, con ogni probabilità si potrebbe colmare tale lacuna con una disciplina simile a quella contenuta nel d.l. n. 19/2020: indicazione tramite legge delle limitazioni in deroga tra le quali il Sindaco può di volta in volta scegliere.

3. La legalità penale prima del coronavirus

Partiamo dal potere punitivo penale. Rispetto a questo potere punitivo che può andare a limitare direttamente (in prima battuta) o indirettamente (in seconda battuta) la libertà personale, entrano in gioco gli artt. 25 e 13 della Costituzione, vale a dire riserve di legge e di giurisdizione che non esitiamo a definire assolute. In particolare, per quanto riguarda la legalità, l'assolutismo riguarda la formulazione del giudizio di disvalore del fatto che compete soltanto al legislatore, alla legge e agli atti aventi forza di legge, mentre le fonti secondarie possono specificare e dettagliare discipline – per così dire – tecniche.

Sul punto ho avuto modo di esprimermi recentemente, e non posso fare altro che ripetere in forma sintetica quanto già affermato. In particolare, con riferimento al diritto penale, stando alla giurisprudenza della nostra Corte costituzionale, l'integrazione della fonte secondaria è legittima a quattro condizioni:

la sanzione deve essere interamente stabilita dalla legge[4];

deve esserci una fonte legislativa – per così dire – *extra* fatto tipico che per l'appunto disciplina la fonte secondaria che va ad integrare il precetto[5];

tale fonte *extra* fatto tipico deve risultare sufficientemente determinata altrimenti la condizione precedente verrebbe nella sostanza neutralizzata da una formulazione vaga[6];

infine, l'integrazione deve essere tale da non implicare una scelta valutativa significativa nel determinare il contenuto di disvalore del fatto ovvero deve consistere in una specificazione – per così dire – meramente tecnica[7].

Se tutto questo è vero si deve ritenere che una fonte secondaria può sempre integrare il precetto penale allorquando si tratta di fonte particolare e concreta: è per questa ragione che l'art. 650 c.p. non pone problemi di legittimità costituzionale, in quanto, superata una iniziale incertezza applicativa durante gli anni Sessanta, la fattispecie viene oggi pacificamente interpretata come integrabile soltanto da fonti secondarie particolari e concrete, consistenti soprattutto in ordini[8].

[4] Corte cost., sent. n. 26/1966.

[5] Cfr. Corte cost., sent. n. 36/1964.

[6] Corte cost., sent. n. 26/1966, dove la Corte ha chiarito che «il principio di legalità della pena non può mai considerarsi soddisfatto quando non sia una legge (o atto equiparato) dello Stato – non importa se proprio la medesima legge che prevede la sanzione penale o un'altra legge – a indicare con sufficiente specificazione i presupposti, i caratteri, il contenuto e i limiti dei provvedimenti dell'autorità non legislativa, alla trasgressione dei quali deve seguire la pena».

[7] Corte cost., sent. n. 282/1990, dove, nel dichiarare costituzionalmente legittima una integrazione che comportava nella sostanza l'individuazione dei soggetti attivi, la Corte ha affermato quanto segue: «la norma descrive una fattispecie di reato proprio, riferita al "titolare di una delle attività di cui al decreto ministeriale 16 febbraio 1982"; in questo modo essa rimette al regolamento la determinazione della cerchia degli obbligati, che rappresenta peraltro il nucleo fondante il contenuto d'illecito del reato proprio, in quanto tale contenuto discende essenzialmente dal rapporto funzionale intercorrente tra la posizione del soggetto e l'interesse tutelato dalla norma. Nell'ipotesi di specie, viene così demandata all'amministrazione la determinazione di tutti i termini normativi rilevanti per l'individuazione del fatto tipico, contraddicendo l'esigenza che sia la legge, e solo la legge dello Stato, a stabilire, con sufficiente precisione, gli estremi del fatto». In senso analogo, cfr. Corte cost., sent. n. 61/1969.

[8] V. per tutte Cass. pen., rv. 213241, in cui si afferma che «per provvedimento dell'Autorità, ai sensi dell'art. 650 c.p., deve intendersi ogni atto con il quale essa impone a una o più persone determinate una specifica condotta, omissiva o commissiva, ispirata da una contingenza presente o transeunte; pertanto, l'art. 650 non è applicabile alla inosservanza di regolamenti o ordinanze concernenti la generalità dei cittadini».

Diversamente, una fonte secondaria generale ed astratta può integrare una fattispecie soltanto alle condizioni che abbiamo visto, con la conseguenza che non può mai individuare/selezionare/scegliere la condotta da incriminare, anche se al di sopra della fonte secondaria c'è una fonte legislativa *extra* fatto tipico che determina i criteri per la sua individuazione ed anche se la fonte legislativa *extra* fatto tipico individua molteplici condotte tutte sufficientemente determinate all'interno delle quali la fonte secondaria può di volta in volta scegliere quale sanzionare, sulla base di una valutazione nella sostanza discrezionale. E ciò per la semplice ragione che la condotta è il perno indefettibile attorno al quale ruota tutto il contenuto di disvalore di qualsiasi fatto e la scelta della sua punizione esprime senz'altro, sempre e comunque, una scelta valutativa.

La *ratio* di una riserva di legge così concepita è senza dubbio di tipo democratico, a salvaguardia cioè delle scelte politiche discrezionali che competono a chi è stato democraticamente eletto. Ma non si può trascurare anche una *ratio* basata sull'assicurare un ampio controllo di portata generale da parte della Corte costituzionale. Se, da un lato, è vero che la Corte non può sindacare il provvedimento amministrativo, e che, per stessa giurisprudenza della Corte costituzionale, è assolutamente pacifico che sia il giudice a "sindacare" la legittimità del provvedimento, disapplicandolo se illegittimo[9], tuttavia, dall'altro lato, proprio la circostanza che sopra la fonte secondaria debba esserci una legge *extra* fatto tipico sufficientemente determinata che non delega scelte valutative, consente al giudice anche di sollevare rispetto a tale legge *extra* fatto tipico una eventuale questione di legittimità costituzionale in ragione della sua indeterminatezza o della delega ad un potere non legislativo di scelte valutative.

4. La legalità penale al tempo del coronavirus

È alla luce di questo quadro che si comprende la ragione per cui il primo decreto legge n. 6/2020 e il primo d.p.c.m. 8 marzo 2020 adottato sulla base di quel decreto legge fossero nella sostanza fuori dalla legalità.

In particolare, il decreto legge rispettava sicuramente la prima condizione che abbiamo visto, in quanto l'art. 3, comma 4, prevedeva il trattamento sanzionatorio attraverso il richiamo *quoad poenam* dell'art. 650 c.p.: «salvo che il fatto non costituisca più grave reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è punito ai sensi dell'articolo 650 del codice penale».

[9] In questo senso già Corte cost., sent. n. 8/1956.

Parimenti, la legge rispettava anche la seconda condizione, in quanto lo stesso decreto legge conteneva la normativa *extra* fatto tipico disciplinante il "potere punitivo-amministrativo" (artt. 1, 2 e 3).

Al contrario, il decreto legge non rispettava le ultime due condizioni indicate dalla giurisprudenza costituzionale. Da un lato, infatti, gli artt. 1 e 2 prevedevano disposizioni totalmente generiche, che nella sostanza attribuivano alla fonte secondaria una discrezionalità amplissima. Inoltre, come fonte integratrice secondaria venivano individuati, a ben vedere, non soltanto il d.p.c.m., ma, in ipotesi particolari, anche altre fonti, tra cui l'ordinanza contingibile ed urgente del Sindaco del Comune (art. 3, comma 2). Dall'altro lato, e soprattutto, il decreto legge nella sostanza stabiliva che il d.p.c.m. potesse scegliere di volta in volta i comportamenti da sottoporre a pena attribuendo quindi ad una fonte secondaria la scelta del comportamento vietato, vale a dire il cuore del disvalore del fatto tipico.

Quest'ultima precisazione può apparire capziosa, ma non lo è affatto soprattutto se si guarda in prospettiva. Se infatti si ritenesse che una legge possa indicare comportamenti ben tipizzati, risultando così rispettosa del principio di determinatezza, lasciando tuttavia a fonti secondarie il potere di scegliere di volta in volta quali comportamenti incriminare, si finirebbe per consentire a fonti secondarie di attivare o disattivare precetti penali a proprio piacimento, svuotando in definitiva la legalità.

Bene ha fatto quindi il Governo a correggere il tiro attraverso il d.l. n. 19/2020, e la correzione fondamentale, a nostro avviso, non è stata fornita tanto dal fatto che si è andati a rendere più determinata la fonte legislativa che sta al di sopra della fonte secondaria, specificando (in realtà non del tutto, come vedremo) le condotte da cui il potere secondario può scegliere quelle da punire a seconda delle esigenze che si pongono di volta in volta, ma piuttosto dal fatto che si è andati a mutare la natura della responsabilità da penale ad amministrativa.

5. La legalità punitivo-amministrativa prima del coronavirus

L'analisi si sposta quindi sul potere punitivo amministrativo. E qui il quadro si fa più articolato e complesso.

Potere punitivo amministrativo significa potere concernente una sanzione che non può andare a intaccare la libertà personale. Significa anche notevole amministrativizzazione dell'impianto complessivo del sistema, anche perché la contestazione sul piano giurisdizionale può essere fatta – per così dire – in seconda battuta e davanti a un tribunale amministrativo, con indubbio affievolimento della garanzia giurisdizionale.

Partiamo dal panorama pre-covid, vale a dire precedente al secondo decreto legge n. 19/2020. La legalità del diritto punitivo amministrativo è una legalità diversa da quella penale, proprio in ragione del diverso contenuto afflittivo che caratterizza la sanzione amministrativa. Attenzione: sulla base della giurisprudenza della Corte EDU e della Corte costituzionale, non è sanzione penale, ma è pur sempre sanzione punitiva che necessita di garanzie proprio in virtù del carattere afflittivo. Non solo, ma negli ultimi anni la giurisprudenza costituzionale è andata sempre più incrementando le garanzie che coprono l'illecito punitivo amministrativo[10].

Ebbene, sul piano della legalità, la peculiarità del diritto punitivo amministrativo si coglie proprio in ordine alla portata, potendosi affermare che si tratta di una legalità nella sostanza relativa. Se infatti la sanzione amministrativa non può che essere prevista dalla legge e se è sempre necessaria una legge *extra* fatto tipico determinata, la scelta del comportamento da sottoporre alla sanzione può essere rimessa anche al potere secondario. In buona sostanza potremmo dire che con riferimento al diritto punitivo amministrativo, stando alla giurisprudenza della nostra Corte costituzionale, l'integrazione della fonte secondaria è legittima a tre condizioni:

la sanzione deve essere interamente stabilita dalla legge;

deve esserci una fonte legislativa *extra* fatto tipico che per l'appunto disciplina la fonte secondaria che va ad integrare il precetto;

tale fonte *extra* fatto tipico deve risultare sufficientemente determinata altrimenti la condizione precedente verrebbe nella sostanza neutralizzata da una formulazione vaga.

A mancare è la quarta condizione, quella secondo cui l'integrazione deve essere tale da non implicare una scelta valutativa significativa nel determinare il contenuto di disvalore del fatto ovvero deve consistere in una specificazione – per così dire – meramente tecnica: rispetto all'illecito punitivo amministrativo la fonte secondaria può compiere scelte che incidono sul disvalore del fatto e quindi individuare anche il comportamento da punire, ma sempre sotto la copertura di una legge *extra* fatto tipico sufficientemente determinata sul piano delle indicazioni alle quali la fonte secondaria deve attenersi.

A dire il vero, il quadro della legalità concernente l'illecito punitivo amministrativo risulta molto più complesso e problematico, anche perché la disciplina di questo potere è decisamente articolata. Se infatti non è problematico il potere punitivo amministrativo attribuito al potere legislativo statale e a quello regionale, problemi si pongono là dove esso viene attribuito ad altri poteri, come ad esempio agli enti locali o ad autorità – per così dire – indipendenti.

[10] V., da ultimo, Corte cost., sent. n. 63/2019, che ha esteso all'illecito punitivo amministrativo anche il principio di retroattività della legge favorevole.

È evidente che non possiamo soffermarsi su questo tema che meriterebbe davvero grande attenzione. Tema, a dire il vero, e salvo rare eccezioni, poco trattato[11], anche perché costituisce una zona grigia di confine tra costituzionale, amministrativo e penale che finisce per appartenere a tutti e quindi a nessuno.

Tuttavia alcune brevi considerazioni sono necessarie, anche perché, come vedremo, la vicenda delle fonti al tempo dell'emergenza da coronavirus, a nostro avviso, è in qualche modo connessa a questa disciplina del potere punitivo amministrativo attribuito agli enti locali e alle autorità indipendenti.

5.1. Il potere punitivo amministrativo degli enti locali

In estrema sintesi, per quanto riguarda gli enti locali, il Testo Unico 267/2000 prevede all'art. 7-*bis*, comma 1, che «salvo diversa disposizione di legge, per le violazioni delle disposizioni dei regolamenti comunali e provinciali si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 25 euro a 500 euro».

Ebbene, si tratta della norma che senza dubbio corrisponde alla prima condizione necessaria per rendere legittima qualsiasi integrazione da parte di una fonte secondaria. Dopo di che, com'è facile capire, se da un lato, nel momento in cui si attribuisce al regolamento comunale e provinciale e quindi ai Consigli comunali e provinciali il potere di individuare i comportamenti da sanzionare (manca quella che abbiamo definito la condizione n. 4), dall'altro lato, le altre due condizioni (la n. 2: fonte legale *extra* fatto tipico; la n. 3: determinatezza della fonte *extra* fatto tipico), diventano senza dubbio più problematiche. In particolare, se è ben vero che un regolamento comunale opera sempre in un ambito coperto dalla legge (condizione n. 2), punto decisamente problematico è la determinatezza di queste fonti legislative nell'offrire indicazioni circa l'individuazione dei comportamenti da vietare (condizione n. 3). A ben vedere, il *vulnus* finisce per essere in qualche modo bilanciato dalla circostanza che i regolamenti sono espressione della democrazia locale: ma ciò non toglie che si possa porre un problema legalità sul piano della determinatezza, visto che anche tali regolamenti possono incidere sulle libertà dei cittadini.

Il quadro si complica ulteriormente nel momento in cui si getta lo sguardo su un altro potere punitivo amministrativo attribuito dal TUEL al Sindaco mediante le ordinanze, che possono essere contingibili e urgenti oppure non contingibili ed urgenti, vale a dire "ordinarie".

In particolare, le ordinanze contingibili ed urgenti, sono previste dagli artt. 50, comma 5, 54, comma 4 e 4-bis e 54, comma 6: per la violazione di queste ordinanze il trattamento sanzionatorio è previsto dall'art. 7-*bis*, comma 1-*bis*.

[11] Cfr. C. RUGA RIVA, *Inosservanza di provvedimenti dell'Autorità e ordinanze sindacali in materia di sicurezza urbana: nuove questioni, vecchi problemi*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. III, Napoli, 2011, p. 1685 ss.

Le ordinanze non contingibili ed urgenti, c.d. ordinarie, sono previste dall'art. 50, comma 7-*bis*: per la violazione di queste ordinanze il trattamento sanzionatorio è previsto dall'art. 50, comma 7-bis.1. Di estremo interesse il comma 11 dell'art. 54, il quale prevede che rispetto ad alcune funzioni di competenza sindacale, compreso il potere di ordinanza di cui al comma 4, nel caso di inerzia del sindaco può intervenire il prefetto con proprio provvedimento.

Ebbene, ciò che a noi interessa osservare sono tre aspetti.

Anzitutto, mentre le ordinanze contingibili e urgenti sono in deroga sia alla distribuzione dei poteri normativi comunali che alla legislazione vigente (non, ovviamente, ai principi costituzionali), le ordinanze "ordinarie" (non contingibili ed urgenti) sono in deroga soltanto alla distribuzione dei poteri normativi comunali, non potendo derogare alla legislazione vigente. E la Corte costituzionale, nella sentenza n. 115/2011 ha ribadito la legittimità di entrambe le tipologie di ordinanze: le prime, proprio perché basate per l'appunto sul carattere contingibile ed urgente, le seconde proprio perché non consentono deroghe alla legislazione vigente. Con la conseguenza che in deroga alla normativa vigente si può andare soltanto con ordinanze contingibili ed urgenti.

D'altra parte, non si può fare a meno di osservare come la legittimità delle ordinanze "ordinarie" si presenti comunque problematica, perché, non si comprende la loro giustificazione, visto che se da un lato è vero che non possono essere in deroga alla normativa vigente, dall'altro lato, però, derogano alla "normale" distribuzione dei poteri, deroga che tende a giustificarsi proprio alla luce dell'emergenza.

In secondo luogo, problematico è il tema della legalità. Sempre nella sentenza n. 115/2011, la Corte costituzionale ha affermato che le ordinanze "ordinarie" devono comunque sottostare al principio di legalità sostanziale, con la conseguenza che si è ritenuto illegittimo l'art. 54, comma 4, TUEL nella parte in cui conferiva al Sindaco il potere di adottare ordinanze "ordinarie" al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana: «la norma censurata, nel prevedere un potere di ordinanza dei Sindaci, quali ufficiali di Governo, non limitato ai casi contingibili e urgenti – pur non attribuendo agli stessi il potere di derogare, in via ordinaria e temporalmente non definita, a norme primarie e secondarie vigenti – viola la riserva di legge relativa di cui all'art. 23 Cost., in quanto non prevede una qualunque delimitazione della discrezionalità amministrativa in un ambito, quello della imposizione di comportamenti, che rientra nella generale sfera di libertà dei consociati». Insomma, «il carattere relativo della riserva *de qua* non relega tuttavia la legge sullo sfondo, né può costituire giustificazione sufficiente per un rapporto con atti amministrativi concreti ridotto al mero richiamo formale […] senza una precisazione anche non dettagliata da parte della legalità, dei

contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini».

Ebbene, se tutto questo è condivisibile, si pone però a questo punto il problema della legalità delle ordinanze contingibili e urgenti, visto che rispetto ad esse la legalità nella sostanza nulla dice, nonostante che possa essere in deroga alla stessa normativa vigente. La questione è: l'emergenza/urgenza che legittima ordinanze contingibili ed urgenti oltretutto in deroga alla legislazione vigente determina un vero e proprio buco nero rispetto al quale non si pone nemmeno il problema di una copertura legale oppure anche per quelle situazioni deve restare una certa copertura legale? Anche perché non ci possiamo dimenticare la circostanza che la violazione delle ordinanze contingibili ed urgenti, in deroga alla normativa vigente, può essere punita con sanzione amministrativa, con la conseguenza che quella esigenza di legalità che la Corte costituzionale ha inteso soddisfare per le ordinanze ordinarie, non si può non porre anche per le ordinanze contingibili ed urgenti.

La questione si pone con ancora più forza, ed ecco la terza considerazione, se si considera che la riforma del 2017 attraverso il decreto c.d. Minniti ha aggiunto all'art. 54 il comma 4-*bis*, dove si prevede che i provvedimenti concernenti l'incolumità pubblica sono diretti a tutelare l'integrità fisica della popolazione, quelli concernenti la sicurezza urbana sono diretti a prevenire e contrastare l'insorgere di fenomeni criminosi o di illegalità, quali lo spaccio di stupefacenti e molti altri fenomeni criminosi. Ebbene, con questa disposizione, il sindaco diviene co-protagonista della politica criminale, non potendosi fare a meno di osservare come un potere di ordinanza contingibile ed urgente in tema di sicurezza per contrastare fenomeni criminosi costituisca addirittura una contraddizione in termini[12]: insomma, le finalità che si perseguono con ordinanze contingibili ed urgenti sono distoniche rispetto ai requisiti della contingibilità ed urgenza.

Ebbene, concludendo sul potere punitivo amministrativo degli enti locali, non si può fare a meno di scorgere una disciplina che presenta non poche criticità sul piano della legalità, sia per quanto riguarda il potere regolamentare dei Consigli, ma soprattutto per quanto concerne il potere di ordinanza del Sindaco, rispetto al quale si deve registrare un vero e proprio vuoto di legalità in presenza di ordinanze contingibili e urgenti che possono essere oltretutto in deroga rispetto alla normativa vigente.

[12] C. RUGA RIVA-R. CORNELLI-A. SQUAZZONI-P. RONDINI-B. BISCOTTI, *La sicurezza urbana e i suoi custodi (il Sindaco, il Questore e il prefetto)*, in *Dir. pen. cont. - Trimestrale*, n. 4/2017, p. 234 ss.

5.2. Il potere punitivo amministrativo attribuito alle autorità indipendenti, ma non alla protezione civile

Un potere punitivo amministrativo è attribuito anche alle autorità indipendenti[13].

Così, ad esempio, l'art. 190 d.lgs. n. 58/1998, in tema di servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari e di intermediazione finanziaria, ricollega una sanzione pecuniaria (fra l'altro) all'inosservanza delle "disposizioni generali o particolari impartite dalla Consob o dalla Banca d'Italia. Ma di esempi se ne potrebbero fare davvero molti nell'ambito delle telecomunicazioni, dell'esercizio del credito, dei fondi pensione.

È del tutto evidente come un potere del genere sia problematico, anche perché le autorità indipendenti sono autorità prive di legittimazione democratica. Tuttavia, il carattere per l'appunto indipendente delle autorità, come anche l'intervento in settori di disciplina particolaristici, inducono a legittimare tale potere, richiedendosi pur sempre una legalità sufficientemente determinata che tuttavia nella realtà spesso manca.

A quanto ci risulta, il legislatore non ha invece previsto, in termini generali, alcun trattamento sanzionatorio punitivo nell'ipotesi di violazione delle ordinanze della protezione civile. Il recente codice della protezione civile nulla dice a riguardo. Difficile stabilire le ragioni di questa scelta. Forse perché le ordinanze della protezione civile, operanti soprattutto in presenza di calamità naturali, sono destinate ad operare in deroga in termini – per così dire – favorevoli più che sfavorevoli. Forse perché, riguardando spesso questioni logistiche (approvvigionamenti, forniture etc.) non limitano significativamente i diritti di libertà, se non incidendo su quella contrattuale. Forse perché, là dove vengono posti limiti, tende a trovare applicazione l'art. 650 c.p., nella misura in cui si tratti di provvedimenti concreti (ad es. chiusura strade o quartieri per pericoli incolumità pubblica). Non potendosi fare a meno di osservare che oltretutto la protezione civile, pur utilizzando ordinanze che hanno comunque una portata generale particolarmente significativa, è comunque priva di "legittimazione democratica".

Fatto sta che non è prevista una disciplina sanzionatoria generale per la violazione delle ordinanze della protezione civile.

[13] D. NOTARO, *Autorità indipendenti e norma penale. La crisi del principio di legalità nello Stato policentrico*, Torino, 2010, p. 137 ss.

6. La legalità punitivo-amministrativa al tempo del coronavirus

Ebbene, il richiamo di queste discipline concernenti il diritto punitivo amministrativo prodotto da poteri non legislativi/esecutivi ci è utile, a nostro avviso, anche per comprendere appieno e in termini sostanziali quanto accaduto nella gestione della vicenda covid.

Da un lato, proprio l'assenza di un potere punitivo amministrativo in capo alla protezione civile ha posto problemi, in quanto la gestione dell'emergenza covid esigeva la previsione di precetti limitativi di libertà da sanzionare in termini punitivi.

Dall'altro lato, è evidente come ci si sia ispirati nella sostanza proprio alla disciplina dei poteri di ordinanza contingibile ed urgente del Sindaco: come il Sindaco opera in deroga mediante ordinanze contingibili ed urgenti; così il Presidente del Consiglio dei Ministri opera in deroga mediante d.p.c.m.

Ed eccoci quindi alla valutazione del nuovo decreto legge n. 19/2020.

Anzitutto, appare sempre più evidente perché sia stato adottato. Ha ragione Andrea Cardone nel dire che si è approntato un nuovo modello di disciplina per fronteggiare l'emergenza diverso da quello della protezione civile e che vede come protagonista la Presidenza del Consiglio dei Ministri[14]. E la ragione sta con ogni probabilità nella necessità di porre limitazioni a libertà in deroga alla Costituzione, la violazione delle quali è punita con sanzioni amministrative.

Inoltre, per salvaguardare la riserva di legge, la legge *extra* fatto tipico indica comportamenti all'interno dei quali il Presidente del Consiglio può scegliere. Si tratta di un passaggio molto importante, perché senza dubbio consente di soddisfare maggiormente le esigenze poste dalla legalità in termini di determinatezza. Anzi, andando ancora più a fondo, si potrebbe dire che il modello di disciplina adottato a livello nazionale per l'emergenza Covid, potrebbe essere adottato, con una legge da adottare – per così dire – in tempi di normalità, anche per la disciplina delle emergenze che si trova ad affrontare il Sindaco: insomma, per colmare il vuoto di legalità che abbiamo riscontrato per le ordinanze contingibili e urgenti, si potrebbe prevedere per legge un elenco tassativo dei divieti all'interno dei quali un Sindaco può scegliere di volta in volta quando si presentano le situazioni di emergenza.

Tuttavia rimane un problema che vorrei evidenziare.

Se torniamo ai contenuti dei divieti previsti dal d.l. n. 19/2020, ci rendiamo conto che si tratta di divieti che nella sostanza puniscono ciò che nella normalità costituirebbe esercizio di diritti: insomma, si tratta di "punizioni" dell'esercizio di diritti, per cui l'ordinario esercizio di determinati diritti è punito come illecito punitivo amministrativo: se fosse rimasto il penale si sarebbe potuto

[14] A. CARDONE, *La "gestione alternativa" dell'emergenza nella recente prassi normativa del Governo: le fonti del diritto alla prova del covid-19*, in *Legisl. pen.*, 18.5.2020, p. 1 ss.

parlare di vere e proprie incriminazioni dell'esercizio di diritti senz'altro illegittime, perché liberticide, in assenza di covid.

Ebbene, il tema è: in presenza di un'emergenza, la limitazione "eccezionale" dei diritti in quanto derogatoria alla estensione costituzionalmente garantita nei momenti di normalità può avvenire mediante fonte secondaria? Oppure è necessaria comunque una riserva assoluta di legge?

Qualcuno potrebbe affermare che la prima limitazione prevista dalla lettera a) dell'art. 1, comma 2, d.l. n. 19/2020 non riguarda la circolazione, ma la stessa libertà personale, con la conseguenza che tale disposizione porrebbe problemi di legittimità riguardo all'art. 13 Cost. che prevede una riserva assoluta di legge. Può essere. Ma sgomberiamo il campo da questo problema di qualificazione della tipologia di diritto e soffermiamoci sulla lettera g) dello stesso articolo che riguarda in termini inequivoci la libertà di riunione. Ebbene, una limitazione di questo tenore che si estende anche alle riunioni "private", limitazione che in tempi di normalità sarebbe considerata sicuramente autoritaria, può essere attivata mediante d.p.c.m.?

A me pare che quando scatta l'emergenza, limitazioni in deroga alla portata normale dei diritti, ancorché presidiati con sanzioni amministrative, possano essere previste soltanto attraverso una legalità a riserva di legge assoluta.

Anzitutto, proprio perché si tratta di limitazioni in deroga, di limitazioni quindi contenutisticamente molto consistenti, si pone la necessità di bilanciare questo *vulnus* attraverso una riaffermazione forte della legalità. Insomma, mettere assieme limitazioni in deroga con una riserva di legge relativa che implica punizioni, ancorché a carattere amministrativo, finirebbe per determinare un eccessivo sbilanciamento a favore del potere esecutivo nella limitazione di diritti fondamentali.

Inoltre, non è soltanto un problema di democrazia, ma anche di controllo da parte della Corte costituzionale, soprattutto adesso che tale controllo è stato esteso alla ragionevolezza e alla razionalità delle scelte di incriminazione/punizione. Se infatti si ammette una riserva relativa che consente al potere esecutivo di scegliere condotte vietate che nella sostanza puniscono l'esercizio dei diritti, il controllo che potrà essere compiuto sul d.p.c.m. potrà essere soltanto di conformità o meno alla legge da parte del singolo giudice, controllo destinato a dare un esito scontato se si considera l'ampiezza della compressione da parte della legislazione, mentre non potrà essere valutata *erga omnes*, ad esempio, la distonia tra gli scopi perseguiti e i mezzi utilizzati da parte.

A ciò si deve aggiungere che suscita notevole perplessità l'aver attribuito ad un organo monocratico il potere di derogare alla portata costituzionale normale dei diritti. Anche perché non si può fare a meno di osservare come sia decisamente diversa la possibilità di deroga che contraddistingue le ordinanze straordinarie del Sindaco da quella che contraddistingue i d.p.c.m. come

disciplinati dal d.l. n. 19/2020: le prime possono derogare alla normativa vigente, non anche alla Costituzione, e quindi è pur sempre plausibile una deroga alla legalità con provvedimento monosoggettivo, anche perché il Sindaco ha una investitura democratica; le seconde, invece, finiscono per derogare alla stessa Costituzione, risultando decisamente problematico che una deroga alla Costituzione sia attivata da un solo soggetto non eletto.

Ecco allora che proprio accogliendo la soluzione qui proposta si creerebbero le condizioni per gestire l'emergenza nel modo più equilibrato possibile, e cioè soprattutto attraverso i decreti legge, suscettibili di un controllo costituzionale e coinvolgenti il Parlamento, oltre che essere adottati collegialmente dal Governo.

In buona sostanza, la soluzione qui proposta da un lato consente di affrontare comunque l'emergenza, anche in deroga alla Costituzione, attraverso lo strumento del decreto legge che i nostri costituenti avevano pensato proprio per gestire situazioni emergenziali necessitanti anche deroghe forti. Dall'altro lato, permette di soddisfare in modo pieno le esigenze di garanzia, evitando il paradosso che mentre limitazioni anche solo semplicemente ordinarie dei diritti mediante il diritto penale debbano avvenire per legge, le limitazioni straordinarie dei diritti mediante il diritto punitivo possano avvenire per d.p.c.m.

7. La riserva di legge relativa: un confronto tra costituzionalisti e penalisti

A questo punto il tema vero che si deve affrontare è quello della legalità, e sul punto non si può che scorgere un modo diverso di concepire il carattere relativo della riserva di legge da parte dei costituzionalisti e dei penalisti.

In particolare, a me pare che i costituzionalisti tendano a concepire la riserva di legge relativa in termini – per così dire – *soft*, nel senso che, non occupandosi della dimensione punitiva, concepiscono le limitazioni come "forme di disciplina della libertà", con la conseguenza che è sufficiente una previsione di legge sufficientemente dettagliata per ritenersi rispettata la riserva di legge relativa, mentre le fonti secondarie possono compiere qualsiasi limitazione, purché restino all'interno della cornice tracciata dalla legalità. Non solo, ma siccome si tende a negare l'esistenza di condizioni emergenziali, tale riserva di legge relativa soft si ritiene pienamente operante anche quando le limitazioni comportano deroghe alla normale portata costituzionale dei diritti.

Paradigmatica sul punto la posizione di Massimo Luciani, il quale, dopo aver affermato che «nella vicenda che qui interessa la necessaria disciplina generale non manca», precisa che «le fonti secondarie, se possono derogare alle norme primarie (comunque sempre nel rispetto dei comuni principi di proporzionalità, temporaneità e tollerabilità delle limitazioni imposte), possono farlo solo nella misura in cui e nella forma indicata dalla fonte primaria legittimante,

la quale, proprio perché legittimante, non può essere a sua volta derogata»[15]: ma il problema sta proprio nella fonte primaria legittimante che è essa stessa in deroga alla portata normale dei diritti costituzionali, con la conseguenza che la fonte secondaria finisce per vietare, punendolo, ciò che nella normalità costituirebbe l'esercizio di un diritto.

Differentemente, per ineludibili esigenze di garanzia connesse al carattere afflittivo della sanzione a presidio delle limitazioni, i penalisti non possono non concepire la riserva di legge relativa che in termini comunque "duri". Con la conseguenza che, da un lato, essa non è mai ammessa nell'ambito del diritto penale, là dove l'intervento della fonte secondaria comporterebbe scelte valutative come ad esempio la scelta della condotta da incriminare, mentre è ammessa nell'ambito del diritto punitivo amministrativo. Tuttavia, anche in ambito del diritto punitivo amministrativo la riserva di legge relativa torna a farsi problematica allorquando tale diritto finisce per incidere sulle libertà fondamentali in deroga alla portata regolare dei diritti costituzionali, allorquando cioè si punisce ciò che nella normalità costituirebbe addirittura l'esercizio di un diritto.

Insomma, nelle situazioni normali, mentre i costituzionalisti tendono a non distinguere tra tipologie di integrazione, i penalisti distinguono a seconda che l'integrazione incida sul giudizio di disvalore del fatto e a seconda che la sanzione sia penale o punitiva amministrativa. Nelle situazioni di emergenza, mentre i costituzionalisti tendono a negare l'emergenza e ripropongono lo stesso concetto di riserva relativa anche per l'ipotesi in cui la disciplina dell'emergenza deroghi alla stessa Costituzione, i penalisti, nelle situazioni di emergenza, avvertono l'esigenza di rafforzare ulteriormente le garanzie riducendo gli spazi della riserva relativa anche se attiene all'illecito punitivo amministrativo, allorquando si pongono limitazioni all'esercizio dei diritti in deroga alla portata costituzionale che si ha nelle situazioni di normalità.

8. La linea e l'ellisse

Il penale non può mai derogare alla riserva di legge assoluta: né nella normalità, né nell'emergenza, anche perché la legalità penale è inderogabile (art. 15 CEDU): i fatti punibili con sanzione afflittiva che incide sulla libertà personale possono essere previsti soltanto per legge.

Il punitivo amministrativo in momenti di normalità conosce una riserva di legge relativa. Tuttavia si pone la necessità, a livello di sistema, di rafforzare le leggi *extra* fatto tipico che stanno al di sopra della fonte secondaria, soprattutto in termini determinatezza, precisando più in dettaglio criteri e indicazioni ai

[15] M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *AIC*, 10.4.2020, p. 124 s.

quali la fonte secondaria deve sottostare per individuare i comportamenti da punire.

In questa direzione, in prospettiva di riforma sarebbe opportuno applicare ai Sindaci e, in particolare, al potere di ordinanza contingibile e urgente il modello emergenziale configurato d.l. 19/2020: la legge predetermina le limitazioni all'interno delle quali il Sindaco può scegliere.

Il punitivo amministrativo in momenti di emergenza, là dove pone limiti ai diritti in deroga alla Costituzione, torna e reclamare una riserva di legge assoluta.

Per fronteggiare l'emergenza, sia con il diritto penale che con il diritto punitivo amministrativo, anche in deroga alla Costituzione, il potere politico gode dello strumento dei decreti legge, atti aventi forza di legge, suscettibili di un controllo *erga omnes*, anche di ragionevolezza, da parte della Corte costituzionale.

L'UFFICIO DI GIURISTA: LA FORZA/VALORE DI LEGGE E LO STATO D'ECCEZIONE*

LAURA BUFFONI**

Sommario

1. Il tradimento dei chierici. – 2. Lo stato di eccezione: la forza ~~di legge~~. – 3. La Costituzione e la forza di legge. – 4. La Costituzione e il potere d'eccezione. – 5. *Hors de la Costitution*? – 6. Il diritto invalido.

Abstract

The essay focuses on the relation between decrees with legal force and the state of exception, investigating the philosophical and constitutional theories involved. The essay aims to verify the compatibility of the covid-19 pandemic's emergency regulation with the Italian Constitution.

Suggerimento di citazione

L. BUFFONI, *L'ufficio di giurista: la forza/valore di legge e lo Stato d'eccezione*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il contributo costituisce la rielaborazione dell'intervento tenuto al *webinar* "Le fonti normative dell'emergenza", organizzato dalla *Rivista* e svoltosi il 30 aprile 2020.

** Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Sassari, Dipartimento di Giurisprudenza.

Contatto: labuffoni@uniss.it

© 2007-2020 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIII – Fascicolo speciale/2020
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Il tradimento dei chierici

Giorgio Agamben nella sua rubrica Quodlibet, *Una voce*, con l'intervento del 14 aprile, *Una domanda,* ha rimproverato ai giuristi di essere venuti meno al loro mestiere: «*Quare silete iuristae in munere vestro?*», ora che «la soglia che separa l'umanità dalla barbarie è stata oltrepassata».

Più precisamente nel passo successivo di quella micidiale *Domanda* afferma che «Siamo da tempo abituati all'uso sconsiderato dei decreti di urgenza attraverso i quali *di fatto* il potere esecutivo si sostituisce a quello legislativo, abolendo quel principio della separazione dei poteri che definisce la democrazia. Ma in questo caso ogni limite è stato superato, e si ha l'impressione che le parole del primo ministro e del capo della protezione civile abbiano, come si diceva per quelle del Führer, immediatamente *valore di legge*. E non si vede come, esaurito il limite di validità temporale dei decreti di urgenza, le limitazioni della libertà potranno essere, come si annuncia, mantenute. Con quali dispositivi giuridici? Con uno *stato di eccezione permanente?* È compito dei giuristi verificare che *le regole della Costituzione* siano rispettate, ma i giuristi tacciono. *Quare silete iuristae in munere vestro*?». Aggiunge che «So che ci sarà immancabilmente qualcuno che risponderà che il pur grave sacrificio è stato fatto in nome di principi morali. A costoro vorrei ricordare che Eichmann, apparentemente in buona fede, non si stancava di ripetere che aveva fatto quello che aveva fatto secondo coscienza, per obbedire a quelli che riteneva essere i precetti della morale kantiana. Una norma, che affermi che si deve rinunciare al bene per salvare il bene, è altrettanto falsa e contraddittoria di quella che, *per proteggere la libertà, impone di rinunciare alla libertà*»[1]. Il *Quare silete* è la medesima domanda che compare *in esergo* a *Stato di eccezione* ed è rivolta ai giuspubblicisti per non aver articolato una teoria dello stato di eccezione nel diritto pubblico[2].

Nelle *Nuove riflessioni* del 22 aprile insiste sull'abolizione «di fatto» del principio della divisione dei poteri per effetto dei decreti d'urgenza del Governo.

Nei *Chiarimenti* del 17 marzo aveva già anticipato che «lo *stato di eccezione*, a cui i governi ci hanno abituati da tempo, è veramente diventato *la condizione normale*. Ci sono state in passato epidemie più gravi, ma nessuno aveva mai pensato a dichiarare per questo uno stato di emergenza come quello attuale, che ci impedisce perfino di muoverci. Gli uomini si sono così abituati a vivere in condizioni di crisi perenne e di perenne emergenza che non sembrano accorgersi che la loro vita è stata ridotta a una condizione puramente biologica e

[1] G. AGAMBEN, *Una domanda*, in *Una voce*, Quodlibet, disponibile all'indirizzo *www.quodlibet.it/una-voce-giorgio-agamben.* I corsivi sono nostri.

[2] G. AGAMBEN, *Stato di eccezione. Homo sacer, II, I*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, spec. 9.

ha perso ogni dimensione non solo sociale e politica, ma persino umana e affettiva».

In una, il rimprovero ai giuristi è il tradimento dei chierici.

Qui non ci si occuperà della tragica scissione – che, forse, da un punto di vista esistenziale, è avvenuta – dell'«unità della nostra esperienza vitale, che è sempre inseparabilmente insieme corporea e spirituale, in una entità puramente biologica da una parte e in una vita affettiva e culturale dall'altra», né si è in grado di prevedere se il «distanziamento sociale", come lo si è chiamato con un significativo eufemismo, sarà il nuovo principio di organizzazione della società»[3], il paradigma normale di governo della società impolitica o finanche, a questo punto, della non società. Può essere. Né tanto meno si intende difendere le virtù taumaturgiche della comunicazione digitale a distanza o la concezione 'immunitativa' delle libertà. Tutto al contrario.

Sono, però, questioni che non pertengono all'ufficio di giurista e, pertanto, non gli possono essere rimproverate[4].

Per le medesime ragioni non si è in grado di dire se quanto sta accadendo significherà la riduzione dell'umanità a 'nuda vita', eccepita e separata nell'ordinamento statuale o se, meno radicalmente, sia una conferma del paradigma biopolitico *à la* Foucault ovvero della medicalizzazione infinita della vita, la cui unica funzione – vitale – è allontanare incessantemente, in un 'ultimo giorno' permanente, la fine, la morte. Ancora, sfugge a chi scrive se lo stato di eccezione sia, storicamente e teoricamente, tutt'uno con la nuda vita e se, così delineato, sia già o diverrà la regola di governo. In una, se significhi l'estensione del 'campo di concentramento' a condizione normale dell'umanità.

In limine, sulla soglia, ci si potrebbe azzardare a dire che il concetto di nuda vita pone la questione se davvero qualcosa che riguarda l'uomo sia separabile dal diritto e non sia, invece, già dal medesimo costituito o, almeno, presupposto, come se l'esistenza biologica, naturale, dell'uomo possa essere separata dalla forma di vita umana, che è sociale, di una socialità particolare, costituita da regole poste intenzionalmente e socialmente riconosciute come doverose[5].

[3] G. AGAMBEN, *Una domanda*, cit.

[4] Per le stesse ragioni, però, non pare neppure corretto rimproverare o criticare, dal punto di vista interno al diritto, le riflessioni del filosofo. Tra i costituzionalisti, accenni critici alle tesi di Agamben in M. LUCIANI *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, disponibile in *Consulta OnLine,* 2020, note 16 e 54-6 e C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Amministrazione In Cammino*, 2020, 2.

[5] Lo spunto lo si deve a P. PINNA, *La rappresentanza tra realtà naturale e artificiale*, in corso di pubblicazione, che scrive «non c'è nessun passaggio dallo stato di natura a quello civile, né viceversa e nessun atto che determini, o quantomeno segni questa trasformazione», nel senso che «da quando l'animale umano si è evoluto e ha acquisito la capacità di organizzare rappresentativamente la vita in comune, lo stato naturale degli uomini è quello civile, un modo di vivere sociale basato su regole giuridiche. Da allora lo stato di natura è la condizione civile degli uomini e viceversa; e in conseguenza

In Agamben la nuda vita pare il risultato di questa 'retroflessione'. La questione generale implicata, di cui questo è solo uno tra i molti possibili punti di ricaduta, è la fondatezza della contrapposizione dialettica, binaria, tra la vita naturale e quella sociale e politica, tra lo stato di natura e lo stato di diritto. Il punto è la pensabilità per l'uomo di una vita (e collettivamente di una società) impolitica, che può essere solo sfiorato.

Con più pertinenza all'ufficio di giurista si accoglie l'invito del filosofo e si pone la questione se nel caso specifico dell''emergenza sanitaria'[6] e del suo ordine giuridico: *a)* ai decreti di urgenza del Governo possa guardarsi nel diritto costituzionale vigente come a una forza-di-legge senza legge, ovvero come al dispositivo attraverso cui «di fatto il potere esecutivo si sostituisce a quello legislativo»; *b)* lo 'stato di eccezione', così come teorizzato da Agamben, possa dire qualcosa al giurista e, quindi il giurista abbia qualcosa da dire in proposito; *c)* comunque, sia stata sospesa la Costituzione e, più precisamente, le disposizioni che regolano le competenze d'eccezione e che proteggono le libertà individuali; *d*) piuttosto, si tratti di violazione della Costituzione e, quindi, di diritto invalido[7].

la condizione civile degli uomini (artificiale, rappresentativa, simbolica, spirituale, o in qualsiasi altro la si voglia definire) non è più contrapponibile a quella naturale (reale, materiale, o corporea, ecc.): è l'insieme di tutte queste cose e allo stesso tempo ciascuna di esse singolarmente considerate». Con questo non intende escludere che dallo stato civile si possa 'regredire' allo stato naturale. Ma, a ben vedere, lo stato civile, la comunità politica, è già naturale perché è prodotto dalla ragione, dall'intenzionalità che è la natura umana e quello naturale, che è tutt'uno con la ragione degli uomini, contiene in sé la possibilità di quello civile: se non fosse così, non ci sarebbe possibilità di alcuna comunità. Tra l'uno e l'altro, insomma, non vi è separazione.

[6] Si eviteranno, nel tentativo – con tutta probabilità vano – di 'pulire' il linguaggio, i termini 'epidemia' e 'pandemia', molto scivolosi per il nostro discorso, in quanto implicano già la confusione tra corpo politico e corpo fisico. L'epidemia, come nota Agamben nell'intervento *La medicina come religione* del 2 maggio 2020, è un composto di *demos*, che in greco è il popolo come corpo politico e significa alla lettera 'che è nel popolo'. E il popolo non è la popolazione. All'origine non era, quindi, termine medico ma politico: atteneva al corpo politico, del popolo, distinto e diverso dal corpo della popolazione. Ma proprio per questo se l'epidemia diviene termine medico significa che il popolo è identificato nella popolazione, da cui era originariamente e rigorosamente distinto. Se poi, così riconvertita, l'epidemia medico-sanitaria diviene, a sua volta, un ordine o concetto politico-giuridico, la conclusione è che la politica ormai è non-politica. Allo stesso modo, 'pandemia', nel suo etimo, significa 'ciò che è di tutti' e nel greco antico alludeva alla sfera della sessualità, più precisamente all'amore 'comune'. Nel Simposio di Platone, l'amore 'pandemico' è l'amore sinceramente 'volgare', nel senso che è il 'tipo' di amore che provano le persone 'inferiori', ovvero le persone che sono più attratte dal corpo che dall'anima (Pausania lo riferiva all'amore per le donne e per gli imberbi). Qui la commistione tra corpo politico e corpo fisico era già nell'uso greco.

[7] Le considerazioni che svolgo valgono per tutti coloro che hanno evocato o alluso allo stato di eccezione.

2. Lo stato di eccezione: la forza ~~di legge~~

La comprensione delle recenti, sintetiche, riflessioni di Agamben e la loro messa in questione implicano la sua articolata teoria dello stato di eccezione e della forza-di-legge senza legge[8]. Non è possibile raccogliere l'invito del filosofo e replicare senza prima misurarsi con le teorie presupposte dalle caustiche affermazioni del filosofo di questi mesi.

L'eccezione è il «dispositivo originario attraverso cui il diritto si riferisce alla vita e la include in sé attraverso la propria sospensione»[9]. È immediato il suo significato bio-politico, come struttura originaria in cui il diritto include in sé il vivente attraverso la propria sospensione.

L'eccezione concerne una soglia, «una zona di indifferenza, in cui dentro e fuori non si escludono, ma s'indeterminano»[10]. È in questione il limite dell'ordine giuridico, il paradosso dell'iscrizione nel diritto della sospensione del diritto, dell'essere fuori e, tuttavia, dell'appartenere all'ordine giuridico, senza opposizione topologica dentro/fuori[11]. La sospensione della norma non significa, infatti, la sua «abolizione» (giuridicamente, a rigore, la sua abrogazione), quindi la zona di anomia che si instaura non è irrelata rispetto all'ordine giuridico. Può anche dirsi che lo stato di eccezione si presenta come l'apertura nell'ordinamento di una lacuna fittizia allo scopo di salvaguardare l'esistenza della norma e la sua applicabilità alla situazione normale. Ma la lacuna non è dentro la legge, è esterna, riguarda la sua relazione con la realtà, la sua applicazione. Ecco che, più precisamente, lo stato di eccezione crea una zona in cui l'applicazione della legge è sospesa, ma la legge rimane in vigore. È uno stato della legge in cui questa vige senza applicarsi ovvero si applica dis-applicandosi. Nel linguaggio delle fonti del diritto, può tradursi separando la vigenza dall'efficacia: la sospensione riguarda l'efficacia della legge e non la sua vigenza.

Questo non significa che lo stato di eccezione sia uno «stato del diritto»[12]. Resta nell'ordine del diritto la dottrina schmittiana della decisione sovrana che, seppure non è norma, è diritto, permane «nell'ambito del dato giuridico»[13].

[8] Formulate in G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit.; ID., *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino, II ed. 2005, 57 ss.

[9] G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 10.

[10] *Ivi*, 34.

[11] Non è qui distante da C. SCHMITT, *Teologia politica: Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità,* in ID., *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Il Mulino, Bologna, 1972, 39, che già sottraeva lo stato d'eccezione alla dicotomia dentro/fuori «poichè lo stato d'eccezione è ancora qualcosa di diverso dall'anarchia o dal caos», da cui la formulazione aporetica che «dal punto di vista giuridico esiste ancora in esso un ordinamento, anche se non si tratta più di un ordinamento giuridico». Sul punto specifico O. CHESSA, *Sovranità, potere costituente, stato d'eccezione. Tre sfide per la norma di riconoscimento*, in *Dir. pubbl.*, 2012, n. 3, 787 ss.

[12] G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 66.

[13] C. SCHMITT, *op. cit.*, 39 e 34, che conferma l'ossimoro estasi-appartenenza perché l'eccezione «si sottrae all'ipotesi generale, ma nello stesso tempo rende palese in assoluta purezza un elemento

Così come vi restano gli altri meccanismi, le altre 'mosse', che Schmitt escogita per iscrivere il 'fuori' nel diritto: ovvero le distinzioni tra norma del diritto e norma di attuazione del diritto e tra potere costituente e costituito. Al contrario, lo stato di eccezione è uno spazio senza diritto, ove il diritto è dis-attivato: vi prevale la vita, il fatto, l'azione. Non è uno stato *pleromatico*, uno stato di pieni poteri, ma uno stato *kenomatico*, un vuoto e un arresto di diritto[14], l'in-esecuzione del diritto sulla base del *iustitium* romano. Il che, a sua volta, non vuol dire che sia uno stato di natura: non lo è perché l'anomia risulta dalla sospensione del diritto e, quindi, implica il diritto proprio nel momento in cui lo esclude, sospendendolo. È uno stato, in qualche modo, impuro, condizionato.

Lo spazio dell'anomia – e qui è il passaggio decisivo – è (in-)definibile come la separazione, l'isolamento, della «forza-di-legge» dalla «forma» di legge, dell'applicazione dalla vigenza: una soglia di indecidibilità fra vita e diritto, fra anomia e nomos. L'anomia 'vive' nella moderna forza-di-legge, come nell'antica legge vivente. È la tesi della «forza-~~di legge~~», della forza-di-legge senza legge, come manifestazione sensibile, fenomeno, nel diritto vigente dello stato di eccezione[15].

Nel diritto e nella gius-pubblicistica contemporanea, il sintagma «forza di legge» si riferisce, infatti, non alla legge ma ai decreti del Governo di urgenza: la forza di legge è esattamente il dispositivo che attribuisce ai decreti un'efficacia pari alla legge, valgono come leggi, ma per ciò stesso separa l'applicazione, la *vis obligandi*, della legge dalla sua forma. Si tratta della «confusione tra atti del potere esecutivo e atti del potere legislativo». In questo senso Eichmann diceva che «le parole del Führer hanno forza-di-legge [*Gesetzeskraft*]»[16]. A dire che l'esistenza è superiore alla validità, che implica un diritto pre-esistente. La decisione di chi è sovrano, perché decide sullo stato di eccezione, è la pura forza che vale come legge. E la forza-di-legge è manifestazione dello stato di eccezione perché è uno stato in cui la norma vige ma non si applica (non ha forza) e in cui, invece, i decreti che non hanno valore di legge (perché non ne

formale specificamente giuridico: la decisione», cioè, appartiene al giuridico ma eccede il normativo, e perché afferma che il sovrano «sta al di fuori dell'ordinamento giuridico normalmente vigente e tuttavia appartiene ad esso». Il sovrano de-cide: e il taglio non è né dentro né fuori, ma istituisce il dentro e il fuori, in una il diritto.

[14] G. AGAMBEN, *Stato di eccezione,* cit., 63.

[15] *Ivi*, spec. 50 ss.; già ID., *Homo sacer*, cit., spec. 57 ss., come ultimo anello della catena ideale che lega Benjamin, Schmitt e Derrida. Solo Agamben, però, riferisce esplicitamente la forza-di-legge senza legge, quale epifania dello stato di eccezione, ai decreti del Governo che hanno forza ma non valore di legge: è, quindi, quella che mette più immediatamente in questione il diritto costituzionale positivo.

[16] G. AGAMBEN, *Stato di eccezione,* cit., 51. Nel recente intervento *Una domanda*, sempre a proposito delle parole del Führer, adopera, invece, il differente sintagma «valore di legge». Per le ragioni che emergeranno nel testo, pare più proprio, almeno dal punto di vista del diritto positivo, il termine 'forza'.

hanno la forma) ne hanno, però, la forza. È una «forza-di-legge senza legge»[17], graficamente forza-di-~~legge~~: la sospensione della (forma di) legge libera la forza, il «fondamento mistico dell'autorità»[18]. Nel caso dei decreti del governo con forza di legge norma e applicazione esibiscono la loro separazione: «una pura forza-di-~~legge~~ attua (cioè applica-dis-applicando) una norma la cui applicazione è stata sospesa»[19]. Il diritto si scinde in una pura vigenza senza applicazione (la forma di legge) e una pura applicazione senza vigenza (la forza-di-~~legge~~).

Ma la forza-di-~~legge~~, così significata, è, secondo Agamben, una *fictio iuris* in cui il diritto paradossalmente cerca di annettersi (o almeno di relazionarsi con) la realtà, la mancanza di sè. La forza di legge è pura applicazione, la negazione del carattere più proprio della legge, l'imperatività: non può vigere perché non è diritto. Più chiaramente, gli atti del governo con forza di legge sono violenza «governamentale»[20].

È Benjamin che smaschererà questa finzione giuridica: se si lega l'ottava tesi di filosofia della storia a *Per la critica della violenza*[21], la violenza 'divina', la *reine Gewalt*[22], si situa in una zona in cui lo stato di eccezione è divenuto la regola e in cui la legge è indiscernibile dalla vita. Lo stato di eccezione non è decisione sovrana che sospende il diritto vigente, ma è anomia senza alcuna veste giuridica: della maschera della forza-di-~~legge~~ non resta che la forza, la violenza 'pura'[23]. Alla violenza mitica del diritto, che è violenza che pone il diritto, pertiene, infatti, la forza di legge, poiché la funzione specifica del porre diritto «non è di promulgare le leggi, ma qualunque decreto emanato con forza

[17] *Ivi*, 52.

[18] Dal sottotitolo di J. DERRIDA, *Forza di legge. Il «fondamento mistico dell'autorità»,* Bollati Boringhieri, Torino, 2010, ove, però, il sintagma forza di legge evoca, genericamente, il discorso realista sulla sovranità, sull'ineluttabilità della *hybris* su cui il diritto si fonda: la legge ha valore perché promana dal sovrano, chiunque esso sia, quindi non ha valore ma *forza*, perché è, perché esiste come forza originaria la cui potenza e volontà sono irresistibili. Il potere della legge, la sua 'forza', non sta nella legge, ma in ciò che è alle sue 'spalle', 'prima' e 'fuori' della legge, che la sostiene e regge. Se si concede un'approssimazione grossolana, è la linea che, seppure con molte discontinuità e rotture, da Montaigne, passando per Pascal, Benjamin e Schmitt, giunge a Derrida, ove la forza di legge rivela l'origine che la legge cerca di occultare, di mettere fuori scena, la forza, la violenza creatrice di diritto, *rappresentata*, ripetuta, nella violenza conservatrice. Ma proprio per questo la 'forza' di cui dispone la legge ricorda ai poteri rappresentativi, decaduti proprio perché rappresentativi, alla democrazia parlamentare, la violenza da cui sono nate e che può in ogni momento ri-emergere, con un nuovo inizio.

[19] G. AGAMBEN, *op. ult. cit.*, 54.

[20] *Ivi*, 111.

[21] In ID., *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, a cura di R. Solmi, Einaudi, Torino, 2014, 79 e 5 ss.

[22] *Gewalt* è termine anfibologico: significa violenza, ma anche potere legittimo, forza di legge appunto. *Gewalt* è una di quelle parole che forse non si dovrebbero 'citare', 'ripetere', se le sono state dedicate corsi interi: J. DERRIDA, *La Bestia e il Sovrano. Volume II (2002-2003)*, Jaca book, Milano 2010. Così come i suoi composti, *Umgewalt, Übergewaltigkeit*, riempiono i testi di Heidegger…

[23] Secondo la lettura dei testi di Benjamin di G. AGAMBEN, *Homo sacer*, cit., 73-4; ID., *Stato di eccezione*, cit., 69 ss.

di legge»[24]. Ma ad essa si oppone la violenza divina: è violenza «pura» perché non si trova in relazione di mezzo rispetto a un fine, ma è mezzo puro che si emancipa da un fine e si tiene – in modo assai antikantiano – in relazione alla sua stessa medialità[25]. Appartiene all'ordine delle 'manifestazioni'. Non è strumentale al diritto e in questo senso è pura relativamente ad esso. In quanto mezzo legato a un fine, ogni violenza, infatti, fonda o conserva il diritto. Quella divina, invece, è violenza pura proprio perchè espone e disattiva il nesso fra violenza e diritto: è la violenza «al di là del diritto», che non pone né conserva, ma de-pone il diritto[26]. È la violenza che non è «imbastardita col diritto» e che perciò è «insegna e sigillo, mai strumento di sacra esecuzione, è la violenza che governa»[27].

Ciò non significa che in Benjamin la violenza pura sia figura, condizione, originaria: è ricavata per negazione e contrapposizione al diritto, quindi è condizionata[28]. Se si dice che è presupposta al diritto, significa che, appunto, è un pre-supposto, nel senso che è posta dal diritto, retrospettivamente, come proprio pre-supposto. Dipende dal diritto pre-supponente: la purezza è *a posteriori*, consapevolmente *aprés-coup.* Significa, però, che la violenza divina è decidibilità, è azione, è manifestazione e che la violenza mitologica è indecidibilità[29]. Ma un diritto che ha spezzato il proprio nesso con la violenza, con la *prassi*, è un diritto che non ha forza e applicazione. Per questo nello stato di eccezione non si ha neppure la vigenza di una legge che non si applica, ma la cessazione della legge, che nel suo compimento messianico si indetermina in ogni punto con la vita: se si sospende il diritto resta la vita.

Ciò alla fin fine è «la disattivazione e l'inoperosità del diritto», del dispositivo che lega il diritto alla vita, vale a dire proprio ciò che la forza-di-~~legge~~ «–

[24] W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, in ID., *Angelus Novus*, cit., 15.

[25] *Ivi*, 22 ss. e spec. 26.

[26] *Ivi*, 26 ss. e 29, cui si riferisce il virgolettato.

[27] *Ivi*, 29. La ripetizione *Gewalt* che *waltet* è tradotta da J. DERRIDA, *Nome di Benjamin*, in ID., *Forza di legge*, cit., 135, come violenza «sovrana».

[28] G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 79 ss. Agamben torna sulla natura condizionata della purezza di cui parla Benjamin in quanto purezza relativamente al diritto, in 'rapporto' al diritto, in ID., *Karman. Breve trattato sull'azione, la colpa e il gesto*, Bollati Boringhieri, Torino, 2017, 134.

[29] Questo almeno secondo la lettura del testo *Per la critica della violenza* di J. DERRIDA, *op. ult. cit.*, 130-2, che, distinguendo tra conoscenza e azione, schematizza, da un lato, «la decisione senza certezza decidibile» propria della violenza divina, dall'altro, «la certezza dell'indecidibile ma senza decisione» della violenza mitico-giuridica. Assai diversamente, invece, G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 70-1, pare sovrapporre indecidibilità dell'azione e della conoscenza, ove scrive che «è in risposta all'idea benjaminiana di una indecidibilità ultima di tutti i problemi giuridici che Schmitt afferma la sovranità come luogo della decisione estrema». Ma l'idea benjaminiana dell'indecidibilità nell'ambito della violenza divina si riferisce alla conoscenza (e non all'azione), l'idea schmittiana della decisione/violenza sovrana si riferisce all'azione.

© Osservatoriosullefonti.it, fasc. speciale/2020

che mantiene in opera il diritto al di là della sua sospensione *formale* – intende impedire»[30].

Il dubbio è che, se così si intende la forza di legge e lo stato di eccezione, il giurista abbia davvero qualcosa da dire che, nella condizione attuale, non ha detto e che gli debba (o possa) essere rimproverato.

Così Jacob Taubes descriveva l'essere giurista di Schmitt: «Una cosa è essere teologo, un'altra filosofo, un'altra ancora essere giurista. Questa [..] è una maniera completamente diversa di comprendere il mondo. Il giurista deve legittimare il mondo così com'è: questo principio è alla base dell'intera formazione e concezione dell'ufficio di giurista. È un *clerc*, e non vede il suo compito nel porre il diritto, ma nell'interpretarlo […]. È un ragionamento difficile da seguire per i teologi e i filosofi; per i giuristi vale sempre il fatto, che finché si possa trovare anche solo una forma giuridica, sia pure con un cavillo, è necessario farlo, altrimenti governa il caos»[31].

Il che non significa necessariamente che l'uno sia rivoluzionario, l'altro conservatore. Significa, però, che il punto di vista dell'uno è interno all'ordine giuridico, per riprendere l'opposizione topologica dentro/fuori.

3. La Costituzione e la forza di legge

Il punto è se, teoricamente e dogmaticamente, il testo costituzionale vigente consenta di guardare al decreto del Governo con forza di legge e a quel tanto di stato di eccezione che rappresenta come a pura applicazione, a un 'fatto', quindi a violenza governamentale. A dire quasi che gli atti del Governo con forza di legge sono atti che hanno dalla loro solo la forza, l'efficacia: non sono semplicemente invalidi, non sono diritto. Quando cioè la legge non ha forma rappresentativa non è diritto.

In linea teorica, può rilevarsi che proprio la critica della violenza, del diritto come violenza e della violenza come diritto, rischia, dal suo interno, di confondere, di rendere inutile, non misurabile, la distinzione tra legge e decreto del Governo che ha forza di legge, tra 'forma' e 'forza' di legge, perché non vi è opposizione rigorosa tra la violenza che pone e quella che, quale pura applicabilità, conserva il diritto[32]. In fondo, l'origine e la fondazione dell'autorità, la posizione della legge, sono sempre basate su sé stesse, sono «una violenza senza

[30] *Ivi,* 83. Agamben completerà nell'opera *L'uso dei corpi*, Neri Pozza, Vicenza, 2014, il progetto 'politico' di una forma-di-vita, l'inoperosità, che non significa inerzia, ma un'attività che disattiva e apre a un nuovo uso il diritto. Parallelamente sostituisce al potere costituente quello di una potenza destituente, che non si lascia mai riassorbire in un potere costituito. Ma questo è tutto un altro discorso.

[31] J. TAUBES, *In divergente accordo. Scritti su Carl Schmitt*, Quodlibet, Macerata, 1996, 79.

[32] Seguiamo la decostruzione della dicotomia, dell'opposizione, che struttura la critica della violenza di Benjamin, ad opera di J. DERRIDA, *Dal diritto alla giustizia*, in ID., *Forza di legge*, cit., 63 ss. e ID., *Nome di Benjamin*, cit., 95 ss. e spec. 106 ss.

fondamento»[33]. La violenza fondatrice è a sua volta *rappresentata*, nel senso che è ripetuta, iterata, dalla violenza conservatrice: «l'iterabilità inscrive la promessa di conservazione nell'istante più dirompente della fondazione», così «la posizione è già iterabilità, appello alla ripetizione auto-conservatrice» e «la conservazione è a sua volta ancora ri-fondatrice per poter conservare ciò che pretende di fondare»[34]. Non si ha, dunque, né fondazione pura né conservazione pura. E la confusione tra l'una e l'altra è proprio ciò che viene in gioco nei due casi estremi, quello della decisione del caso eccezionale e quello della polizia. Nel primo, nell'istante rivoluzionario, «la fondazione di un nuovo diritto *gioca*, per così dire, su qualcosa di un diritto precedente, che essa estende, radicalizza»[35]. La polizia dello Stato moderno mescola le due violenze, perché non solo applica «la legge con la forza», quindi la conserva, ma inventa la legge, «è la forza di legge, ha forza di legge». Il che significa che non possono darsi dei «puri e grandi fondatori, iniziatori legislatori», perché la conservazione è da sempre, dall'origine, inscritta nella struttura della fondazione[36]. In ogni caso, entrambe sono *Gewalt*, entrambe sono «la forza di legge»[37] e al contempo violenza. Così riguardati, tra legge e decreti esecutivi che ne contendono la forza non vi è differenza qualitativa. Al più si tratta di graduare, di misurare, quantitativamente, quanta forza, quanta violenza, stia al fondo dell'una e degli altri.

Ma soprattutto nel diritto costituzionale la «forza di legge» non può essere riscritta elidendo il genitivo.

Il sintagma «forza di legge» è diritto costituzionale positivo. La forza di legge attiene alla dogmatica e non alla teoria generale. Compare in tre disposizioni. L'art. 77, comma 2, attribuisce «forza di legge» a «decreti», più precisamente «provvedimenti provvisori» del Governo. Gli artt. 134, comma 1, e 136, comma 1, equi-parano leggi e «atti aventi forza di legge» ai fini dell'oggetto del giudizio di costituzionalità e degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità.

La prima operazione è conferire senso alla proposizione «di» del sintagma «forza *di* legge»: l'operazione conduce a dire che la legge *è* (la) forza[38]. Quindi, l'una non può essere negazione dell'altra. Sintatticamente, «forza di legge» è un ossimoro, perché mette assieme essere e dover essere, fatto e norma, applicazione e imperativo. È arbitrario sciogliere, de-cidere, l'ossimoro a favore del

[33] J. DERRIDA, *Dal diritto alla giustizia*, cit., 63.
[34] J. DERRIDA, *Nome di Benjamin*, cit., 106-9.
[35] *Ivi*, 109.
[36] *Ivi*, 112 e 114.
[37] Come J. DERRIDA, *ivi*, 95, traduce *Gewalt.*
[38] Seppure non con riguardo al diritto positivo, legge la proposizione 'di' nel senso che «la legge dispone di una forza» F. GARRITANO, *Introduzione.* «In nome della legge», in J. DERRIDA, *Forza di legge*, cit., 9, che però ri-scrive il sintagma come «forza *della* legge» (il corsivo è nostro: *ivi*, 26 e 31) o la forza «come legge» (*ivi*, 42).

primo termine e riscriverlo nella legge della forza, ove la forza è (la) legge e non già la legge è (la) forza. Nella sua lettera, il sintagma si oppone alla separazione tra la forza e la legge, tra il potere teologico-politico e l'ordinamento giuridico: la forza *di* legge non è altro dalla legge, non può essere altro perché è predicata della legge, quindi deve appartenere all'ordine del diritto.

La seconda è constatare che il testo costituzionale enuncia, all'art. 77, comma 2, la «forza di legge» per riferirla ad atti che non ne hanno la forma. La forza di legge è pre-supposta dal testo e come tale attribuita ad atti diversi dalla legge, ad atti che non *sono* – come la legge – la forza, ma che *hanno* la forza di legge. È, quindi, qualcosa di diverso dalla (o, comunque, di non sovrapponibile e riducibile alla) forma legislativa: è specificatamente qualcosa che possono avere (di cui possono godere, un 'trattamento', insomma) anche atti privi della forma di legge. Vuol dire che la forma legislativa non ha una forza diversa da quella degli atti, diversi dalla legge, di cui viene predicata la stessa forza (di legge). Può essere che sia qualcosa di paradossale o, più correttamente, di aporetico: la forza di legge nel testo è «forza differenziale»[39], nel senso che si attesta l'esistenza della forza di legge mediante atti che non hanno forma di legge, che non sono leggi. Sono i decreti del Governo che 'convocano' la legge, la rendono presente, la affermano, negandola. È un po' come se già nel suo statuto, nella sua definizione, la legge non fosse se non in virtù della sua trasgressione, della sua negazione *formale*, della sua 'forzatura'. Ma è il diritto posto.

La terza operazione è rilevare che il testo, agli artt. 134 e 136, fa esplicitamente seguire alla qualità di legge o di atto «avente forza di legge» il sindacato di 'validità' costituzionale.

Tutto questo ci dice, almeno, che cosa non è la forza di legge nel testo costituzionale vigente.

La Costituzione-legge dispone della forza di legge in molti modi: pluralizza la legge, istituisce fonti equi-valenti in deroga all'art. 70, dispone riserve di (o rinvii alla) legge e, coerentemente, sottrae ambiti materiali alla legge. La legge non è fonte suprema, né strutturalmente, perché è costituita dalla Costituzione, per ciò stesso logicamente sovra-ordinata, né materialmente, perché è condizionata dalla Costituzione, che non può contraddire a pena di invalidità: insomma, non è suprema perché può essere invalida. Ha forza perché gliela attribuisce la Costituzione, quindi la sua forza non è sovrana, in-dipendente.

Non è predicato, qualità, «virtù sovrana» del potere legislativo, ma di atti adottati dal potere esecutivo. Non ha a che vedere con la forma rappresentativa della legge e con la sua primarietà, intesa come distanza minima o prossimità massima al popolo rappresentato. Non è illimitatezza, ma all'opposto sindacabilità. Così ri-fondata, la 'forza di legge' si slega dalla dottrina rivoluzionaria

[39] Ri-convertendo J. DERRIDA, *Dal diritto alla giustizia*, cit., 54.

francese della legge come deliberazione del 'Corpo' legislativo, dell'Assemblea rappresentativa del popolo e, quindi, del popolo. Non è più potere «iniziale», «sovrano» e «rappresentativo» proprio perché è trasmessa e conferita anche ad atti del potere esecutivo, che è tale proprio perché non rappresentativo[40]. Non è «valore senza pari»[41]. In una, non è *force de loi*, non è l'auto-vincolo del popolo[42].

Non è, però, neppure forza, fattualità, 'violenza di governo' che si impone e non si giustifica.

Nel diritto vigente la forza di legge è disgiunta, ma non in-dipendente dalla validità della legge, dalla sua normatività, dal dover essere.

È vero che la forza di legge si dissocia dalla sua validità, almeno dalla sua validità costituzionale: così che la legge è efficace (che non significa obbligatoria) seppure incostituzionale. Nella Costituzione vigente la forza di legge incostituzionale deriva dall'art. 134, da cui si ricava la riserva del controllo di costituzionalità degli atti che sono legge o che hanno «forza di legge» alla Corte costituzionale e dall'art. 136, comma 1, da cui si trae il divieto per il giudice comune di disapplicare, prima del giorno successivo della pubblicazione della sentenza di accoglimento, la legge o l'atto che ne condivide la forza, per ciò stesso 'efficaci'[43]. Ma si tratta di un'efficacia provvisoria, condizionata dal giudizio di validità, da cui deriva la cessazione di efficacia – l'abrogazione – per il futuro della disposizione incostituzionale e la disapplicazione della norma incostituzionale nei giudizi pendenti. Potrebbe dirsi che la forza di legge, dinnanzi alla Costituzione, è una efficacia in-decisa, che non gli consente di produrre effetti permanenti nell'ordine legislativo.

La forza di legge, così intesa, trova conferma nella lettera dell'art. 77, comma 2. L'efficacia del decreto del Governo è presupposta, perché la disposizione ne disciplina la perdita e perché è la competenza a provvedere per il caso straordinario di necessità ed urgenza, che sarebbe insensato pre-vedere

[40] Per tutti, sull'idea della (e al contempo sulla critica alla) legge come «*pouvoir initial*» R. CARRÈ DE MALBERG, *La legge espressione della volontà generale*, Giuffrè, Milano, 2008, *passim* e spec. 33 ss. e 200 ss.

[41] R. CARRÈ DE MALBERG, *La teoria gradualistica del diritto. Confronto con le idee e le istituzioni del diritto positivo francese*, Giuffrè, Milano, 2003, 45.

[42] Proprio da questa concezione della forza di legge, riscritta come «valore di legge», muove, invece, Agamben in ID., *Stato di eccezione*, cit., 50.

[43] L'art. 134 (e l'art. 101) non provano, invece, che la legge illegittima, e non incostituzionale, sia efficace benché invalida: al contrario, se si dimostra che la legge anteriore (anche non costituzionale) condiziona la vigenza e la validità della legge successiva, che l'art. 134 accentra solo il sindacato di costituzionalità e che, quindi, non esclude il controllo giurisdizionale comune di legittimità della legge, potrebbe tornare la conclusione di Esposito che la forza di legge è la sua validità, almeno ordinaria, argomentata in *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Giuffré, Milano, 1964, 69 ss.

© Osservatoriosullefonti.it, fasc. speciale/2020

ove fosse inefficace. Ma anche questa è un'efficacia provvisoria, per due ragioni: è provvisorietà delle norme e dell'atto[44].

Le norme devono essere provvisorie perché il decreto d'urgenza del Governo è qualificato «provvedimento provvisorio» con «forza di legge». L'art. 77 distingue la «forza di legge», propria dei decreti del secondo comma, dal «valore di legge ordinaria» del decreto del primo comma. È l'unica disposizione costituzionale che nel proprio corpo usa differentemente valore e forza, distinguendo atti che in altri luoghi sono indistinti. Secondo il primo comma, a seguito della delegazione delle Camere, i decreti hanno «valore di legge ordinaria»: significa che il decreto legislativo, preceduto dalla legge parlamentare di delegazione, è esercizio di funzione legislativa, in una forma diversa dall'art. 70. Il secondo comma, invece, dispone che, quando il Governo provvede nei casi straordinari di necessità e di urgenza, sotto la sua responsabilità, senza delegazione parlamentare, adotta provvedimenti provvisori con «forza di legge». Escluso che il secondo comma dell'art. 77 sia un'eccezione al primo comma, che a sua volta è un'eccezione all'esercizio della funzione legislativa da parte delle Camere, è coerente ritenere che il decreto d'urgenza, che ha forza e non valore di legge, sia qualitativamente diverso dalla legge, più precisamente che non sia esercizio di funzione legislativa e, quindi, non sia un'eccezione all'art. 70. È provvedimento 'provvisorio' del Governo nel senso che – coerentemente alle 'misure' tipiche dello stato di eccezione – deroga temporaneamente il diritto vigente o, forse, presupponendone la vigenza, ne sospende l'efficacia ma non innova il diritto legislativo con effetti permanenti[45]. I decreti legislativi, invece, poiché hanno valore e non solo forza di legge, abrogano la legge ordinaria, la modificano con definitività. Hanno la stessa capacità attiva e passiva

[44] Come noto, limita invece la provvisorietà all'atto C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, 1962, XI, Giuffrè, Milano, 1962, § 5, concludendo però che, visto che il decreto è destinato ad essere sostituito dall'origine dalla legge o a non essere mai sorto (almeno come decreto con forza di legge), «le disposizioni, gli imperativi cui l'atto dà nascimento non sono provvisori, ma bensì sono disposizioni di incerta vigenza e validità fino a conversione». Se non sono addirittura vigenti, pare difficile ritenere che non siano provvisori. Ma così si lega destino dell'atto e della disposizione/norma.

[45] P. PINNA, *Lo stato d'eccezione e il decreto-legge*, in *Diritto@storia*, 2014, n. 12, 7. Pare giungere alla medesima conclusione, seppure discorre di abrogazione e reviviscenza delle disposizioni, appunto provvisoriamente, abrogate, anche L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, Il Mulino, 1986, 239: «i provvedimenti provvisori, prima della loro conversione in legge, non possono fondare situazioni giuridicamente consolidate. La stessa abrogazione di preesistenti discipline legislative statuita da decreto legge, cede il passo alla reviviscenza di quelle disposizioni non appena si accerti la mancata conversione». Ma, anche ad ammettere la reviviscenza delle disposizioni abrogate in caso di abrogazione – o perdita di efficacia – della disposizione abrogante, pare assai più semplice immaginare la reviviscenza di una disposizione nel caso della sua sospensione (V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II, I, L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative), Appendice di aggiornamento*, Cedam, Padova, 1993, 32).

della legge[46]. In questo particolare significato, per il decreto d'urgenza può valere il paradigma di Agamben dell'eccezione come stato in cui la legge vige ma non ha efficacia, per lo meno provvisoriamente. Ma proprio per questo il testo costituzionale non sovrappone affatto decreto d'urgenza e legge, perché il primo non ha il valore – e la potenza – della seconda e, conseguentemente, «il potere esecutivo non si sostituisce a quello legislativo»[47]. Se, poi, ciò avviene nella prassi, nell'«uso», «di fatto», per il giurista non si tratta della normalizzazione dell'eccezione ma di diritto costituzionalmente invalido.

L'atto è provvisorio perché l'efficacia del decreto-legge, ovvero la sua idoneità a derogare la legge, dipende dalla conversione in legge, da cui deriva o la perdita della forza di legge dall'origine o il consolidamento della sospensione della legge. La provvisorietà dell'atto implica quella della norma, perché se il decreto avesse la forza di abrogare la vigenza della legge si tratterebbe di una ben strana provvisorietà[48].

Ci si domanda, poi, se prima della conversione il decreto sia valido o invalido o se sia obbligatorio o solo esecutorio[49]. Ai nostri fini cambia poco. Seppure in misura diversa, il decreto è sempre condizionato dalla con-valida (o sanatoria se ritenuto invalido) con la conversione. Senza la conversione in legge, meglio senza la legge di conversione, il decreto non produce diritto legislativo, non produce validamente deroghe alla legge; produce gli effetti di un atto amministrativo, invalido se deroga, ovvero viola, la legge[50]. Quindi, la forza di

[46] Contro la tradizione, potrebbe dunque essere più coerente con il testo costituzionale definire la 'potenza' della legge come valore e non come forza di legge….

[47] G. AGAMBEN, *Una domanda*, cit. La diversa conclusione cui giunge Agamben si spiega ove si consideri che non distingue tra 'forza' e valore' di legge e attribuisce alle parole del Führer, indifferentemente, forza o valore di legge…

[48] Gli effetti irreversibili dei decreti-legge sono, infatti, per il diritto costituzionale un problema…..

[49] La «forza di legge» non implica, infatti, necessariamente l'obbligatorietà dell'applicazione del decreto da parte dei giudici allo stesso modo in cui non la implica la forza di legge degli artt. 134 e 136 della Costituzione, che è efficacia provvisoria perché separata dalla validità. Per cui valgono gli stessi argomenti articolati nella dottrina costituzionalistica a sostegno della mera esecutorietà o, comunque, della non obbligatorietà della legge invalida. Va, poi, da sé che, ove si ritenga il decreto-legge diritto di per sé invalido (secondo la nota conclusione cui giunge Esposito: ID., *Decreto-legge*, cit., §§ 8 e 9), non può che escludersi l'obbligatorietà della sua applicazione fino alla conversione, anzi si afferma più decisamente la sospensione dell'applicazione del decreto come delle disposizioni derogate e, quindi, la sospensione del giudizio. Qui l'invalidità radicale pare sopravanzare le ulteriori, specifiche, ragioni di invalidità costituzionale delle disposizioni recate dal decreto, che dovrebbero determinare, invece, la sospensione del giudizio con rimessione della questione al giudice costituzionale.

[50] E ciò sia nel caso in cui si consideri la legge di conversione novazione del decreto-legge originariamente valido sia che la si ritenga legge di sanatoria di un decreto originariamente invalido. Solo ove si ritenga decreto-legge e legge di conversione atti integrati, in una «interrelazione» reciproca (come ha ritenuto la Corte costituzionale nella nota decisione n. 22 del 2012), il primo non è solo condizionato, ma è condizionante la seconda. Così, però, si riferiscono al decreto-legge effetti che, invero, l'art. 77 attribuisce alla legge di conversione e a quest'ultima presupposti e requisiti di validità che l'art. 77 riferisce a quello, rafforzando il decreto del Governo e de-potenziando la legge parlamentare.

legge del decreto, prima della conversione, è efficacia o finanche validità provvisoria – sospensivamente o risolutivamente – condizionata dalla legge di conversione. In più, la regola che il Governo, quando provvede nella necessità ed urgenza, debba adottare provvedimenti che abbiano la «forza di legge» implica che l'atto tipico dell'emergenza sia sottoposto al regime, al 'trattamento, che è proprio dell'atto, al giudizio di validità costituzionale.

La conclusione raggiunta per la 'forza' del decreto-legge potrebbe essere revocata in dubbio per il decreto legislativo. Potrebbe obiettarsi che anche il decreto legislativo è atto con forza di legge, almeno secondo l'art. 134 della Costituzione, che usa l'espressione «atti aventi forza di legge», ma che non ha nulla della provvisorietà del decreto d'urgenza. È vero, ma il decreto legislativo non ha solo «forza» di legge: ha anche «valore di legge ordinaria», in quanto preceduto da previa legge di delegazione. È però sindacabile dal giudice costituzionale perché ha forza (e non valore) di legge secondo la lettera dell'art. 134. Quindi, non confuta l'identificazione della «forza di legge» con un'efficacia tutt'affatto particolare, provvisoria e separata, ma non irrelata rispetto alla validità.

Bisogna, a questo punto, capire cosa significhi che nel diritto vigente la forza di legge è disgiunzione, ma non è irrelazione, in-dipendenza, dalla validità della legge. In questa separazione che unisce o unione che separa si dà la sola possibilità di «forza di legge». Possono darsi tre diverse combinazioni della relazione tra forza di legge e validità.

Partiamo dalla identificazione tra esistenza e validità. Se la si intende nel senso che una legge è valida in quanto esistente, è la forza-di-legge senza legge. È la presunzione di validità della legge e quindi la riduzione della validità dell'atto alla sua esistenza. Le leggi esistenti sono valide e quelle invalide non esistono: si regge sull'equazione tra un essere, l'esistenza, e un dover essere, la validità. È appunto la forza-di~~-legge~~, ove il primo termine annulla il secondo.

Se la si intende nel senso opposto che una legge è esistente in quanto valida, quindi la legge invalida è nulla (/inesistente, ma l'inesistenza è un fatto, non un concetto giuridico), la forza di legge si identifica con la validità. È la dottrina espositiana: se la legge è valida produce effetti, se è invalida non li produce, almeno non ha la forza di quel tipo. Quindi solo la legge valida ha forza di legge. È la negazione della prima tesi, che al diritto, alla cieca legge in quanto tale, si deve obbedienza. È la ~~forza di~~ legge. La legge annichilisce la sua forza.

Solo se si separa l'esistenza/efficacia dalla validità, come è separata nel testo costituzionale, si apre alla pensabilità della forza di legge in senso proprio: la legge o l'atto assimilato esiste, perché è riconoscibile secondo le norme sulla produzione; è efficace, perché è idoneo a produrre effetti tipici; ma è o può essere invalido. La forza è condizione dell'accertamento di validità ma è a sua volta condizionata dalla validità. Significa che una legge invalida esiste e

produce effetti, non è una non-legge, un nulla, ma significa anche escludere che di per sé una legge perché esistente, perché ha forza, sia valida: apre alla possibilità dell'invalidità nonostante l'esistenza. È esattamente la linea di mezzo che non annulla nessuno dei due termini del sintagma forza di legge.

Se così è, il primo paradigma, quello agambiano della forza-di-legge senza legge, come violenza occultata, razionalizzata e integrata dall'ordine normativo, significa poco per il giurista che si muove in un ordinamento che ha separato l'esistenza dalla validità.

Nello specifico, poi, i decreti del Governo con forza di legge non sono pura applicazione, 'violenza governamentale', per il solo fatto che sono dentro l'ordine giuridico costituito.

È vero che la «forza di legge» è separata – come rileva Agamben – dalla forma legislativa, ma non è uno stato *kenomatico*, l'indeterminazione tra fatto e diritto, il punto in cui il fatto è diritto e il diritto è fatto. Se il documento costituzionale include come diritto vigente e valido, quale legge costituzionale deliberata, i decreti con 'forza' di legge, non può dirsi che quei decreti siano forza-di-~~legg~~e, almeno non nel senso di forza di legge senza legge, vita, mera efficacia/applicazione e, quindi, non diritto. L'art. 77, comma 2, come l'art. 70, è diritto esistente-vigente, efficace e valido, in quanto fondato o riconosciuto[51]. Il decreto d'urgenza del Governo non è un fatto, ma una competenza istituita dall'art. 77, comma 2[52]. Se poi si ritenesse il decreto-legge diritto, originariamente, invalido, resterebbe diritto, non diverrebbe un fatto: diversamente non se ne potrebbe predicare la validità o invalidità. Può anche dirsi che «la forma affascina quando non si ha più la forza di comprendere la forza nel suo interno»[53] e che, quando la forza si separa dalla forma, resta la forza che si autofonda. Ma nella forza di legge l'efficacia, la produzione di effetti, presuppone un atto giuridicamente esistente, in quanto conforme alla propria regola costitutiva e, benché disgiunta dalla validità, ne è variamente condizionata. La legge esiste, a prescindere dalla sua validità, ma non ne è affatto superiore. Solo se la legge o l'atto equiparato è inesistente, rileva come mero fatto, ma allora è privo di forza di legge.

4. La Costituzione e il potere d'eccezione

In ogni caso, il giurista, che deve dare forma al diritto vigente, non può guardare allo stato di eccezione come a uno stato anomico.

Qui non si vuole – né si saprebbe – discutere teoricamente se lo stato di eccezione sia l'arresto del diritto: non pare possibile discutere giuridicamente

[51] Nei limiti e nei termini in cui si può parlare di validità delle Costituzioni, scritte, il che è tutt'uno con la questione teorica del 'fondamento' della loro validità…

[52] P. PINNA, *Lo stato d'eccezione,* cit., 9.

[53] J. DERRIDA, *La scrittura e la differenza*, Einaudi, Torino, 2002, 2.

di ciò che non è giuridico o, in fondo è lo stesso, di ciò che non può essere distinto dal non giuridico.

Ove, però, si accogliesse l'idea dello stato di eccezione come vuoto di diritto e non solo, come in Schmitt, come vuoto di norme e si procedesse per linee interne a quella teoria, il dubbio è che non vi sia, nei giorni che corrono, alcuno stato di eccezione, dal punto di vista *esistenziale,* dell'accadimento, della situazione che si è creata.

Le catene di norme o, se si vuole, di decisioni che hanno regolato (o provveduto su) l'emergenza sanitaria paiono assai lontane da uno stato *kenomatico*: è un profluvio di norme, decisioni, istituzioni e organi. Uno stato pieno di diritto, valido o invalido che sia.

Potrebbe replicarsi che teoria e storia corrono su binari paralleli e che la seconda non verifica né tanto meno falsifica la prima. È vero. Ma se si costruisce la teoria dello stato di eccezione come vuoto di diritto proprio a partire dalla storia romana, dall'istituto del *iustitium*, che fu sospensione totale del diritto, l'obiezione è debole e non lascia via d'uscita: o è sbagliata la teoria oppure non c'è stato di eccezione, per lo meno così inteso.

Leggendo i decreti-legge, i dpcm e le ordinanze può forse notarsi che il diritto associa alla funzione repressiva quella promozionale: accanto alle proibizioni, ai divieti, vi sono le raccomandazioni, le precauzioni, gli inviti, etc... Ma non si è fuori dal diritto come forma del potere.

La sociologia del diritto potrebbe aggiungere che è una parola che, alle volte, non comanda né proibisce o che non vuole obbedienza, ma vuole, con suadenza, che non ci sia bisogno di ubbidire. Anche da questo punto di vista, il giurista potrebbe dire poco.

Ciò non significa che le concezioni, le teorie dello stato di eccezione, come concetto-limite, come soglia, quale è quella di Agamben, non siano un proficuo concetto per elaborare dottrine interpretative del diritto positivo. Queste dottrine, però, devono avere conseguenze normative, perché ricavano norme da disposizioni vigenti. Il problema è appunto dogmatico.

Per Agamben l'anomia dello stato di eccezione è prodotta dalla forza di legge separata dalla forma, dall'applicazione scissa dalla vigenza, dalla forza-di-legge senza legge. Questa conclusione è inammissibile per il giurista non solo perché il diritto costituzionale vigente non consente – come abbiamo dimostrato – di elidere dal sintagma forza di legge il genitivo, ma perché ha 'giuridicizzato' l'eccezione.

La Costituzione vigente ha formalizzato, nell'art. 77, comma 2, la competenza straordinaria generale nella forma del potere del Governo di decidere la sussistenza del caso straordinario di necessità e di urgenza e di provvedere con decreto che ha forza di legge. È una tipica competenza di emergenza, è quel tanto di stato di eccezione che la Costituzione democratico-pluralistica ha

sopportato e ha incluso nel diritto. Forse, proprio per includere, escludendolo, lo stato di eccezione come stato estremo, anomia e quindi violenza pura, la Costituzione ha messo in forma il potere di eccezione come esercizio di una competenza delimitata dal diritto, un'eccezione per così dire relativa[54].

Potrebbe forse dirsi che la sospensione, la deroga temporanea, della legge con un atto che non ne ha la forma, consentita dall'art. 77, comma 2, è in un certo qual modo il legame, la relazione, che il diritto scritto tenta di assicurare tra quel tanto di *Gewalt* anomica che il diritto può concepire e il diritto stesso. Ma è diritto e non pura applicazione, fatto. In ogni caso, dal punto di vista interno al diritto posto, la limitazione del decreto con forza di legge ai «casi straordinari di necessità ed urgenza» è ciò che precisamente ne esclude la normalizzazione: l'eccezione non deve divenire la regola e, se i decreti rispettano le condizioni di validità, i suoi due elementi costitutivi, il fatto e il diritto, l'efficacia e la validità, separati ma correlati, non si indeterminano e non trasformano il dispositivo giuridico in una «macchina letale»[55]. Per il diritto positivo, l'eccezione che diviene regola, la decretazione d'urgenza che diviene strumento ordinario di normazione primaria, è diritto invalido.

Né potrebbe considerarsi l'art. 77 o la separazione della forza dalla forma di legge come una sospensione o una rottura della Costituzione: è sempre Costituzione, per lo meno, legge costituzionale deliberata, che internamente al diritto vigente eccepisce la regola generale dell'art. 70. Il giurista deve trovare le norme di quella convivenza, della relazione regola-eccezione.

Non sembra evocabile la forza quale fondazione della legge esterna o irrelata rispetto all'ordine giuridico neppure ove si sostenesse che la forza di legge dell'art. 77 consenta di sospendere le leggi costituzionali[56]. A quella tesi, nel merito, è obiettabile che, sebbene negli artt. 134 e 136 la forza di legge pare includere anche la forza di legge costituzionale, sindacabile per vizi di forma (e di contenuto se si ammette l'esistenza di principi supremi), l'art. 77 è posto, topologicamente, in relazione all'art. 70 e non all'art. 138. In più, è vero che l'art. 77, comma 1, si riferisce al «valore di legge *ordinaria*» e il comma due alla forza di legge, senza specificare di quale tipo di legge si tratti. Ma è irragionevole sopravvalutare la 'forza' rispetto al 'valore' di legge nel testo costituzionale vigente, visto che il valore è espressamente predicato di un decreto del

[54] M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 4, nota 26, ritiene «insufficiente» l'art. 77, che «non contempla la vera e propria emergenza».

[55] Deve, quindi, escludersi dall'orizzonte del diritto positivo la conclusione che G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 110, trae dalla trasformazione dello stato di eccezione, in cui vita e diritto si indeterminano, in regola.

[56] Valga ancora C. ESPOSITO, *Decreto-legge,* cit., § 5 e 6. Alla medesima conclusione perveniva L. ELIA, *Dal conflitto di attribuzione al conflitto di norme,* in *Giur. cost*., 1965, p. 149, nota 8; più di recente ha argomentato la sospensione (provvisoria) con decreto dell'efficacia delle norme costituzionali A. PACE, *Divagazioni sui decreti-legge non convertiti*, in *Pol. dir*., 1995, 402.

Governo preceduto dalla previa legge parlamentare[57]. Comunque sia, se la vita del decreto-legge dipende dalla sua conversione, vale l'argomento della particolare collocazione dell'art. 77, che esclude la forma costituzionale della legge di conversione. Se, poi, il fondamento di quella sospensione della Costituzione fosse fuori della Legge, nell'effettività, nella forza normativa del fattuale, nella consuetudine di riconoscimento, non ci sarebbe bisogno dell'art. 77, perché vorrebbe dire che il decreto d'urgenza è un fatto[58]. Ma, al contrario, il decreto è una competenza costituita dal testo costituzionale. Quindi, un decreto-legge che provveda in contrasto con una disposizione costituzionale è invalido. In ogni caso, si tratterebbe sempre di una forza di legge interna al diritto, perché sarebbe il diritto costituzionale posto che autorizza il dispositivo della propria sospensione mediante altro diritto: sarebbe una sospensione del diritto scritto mediante altro diritto scritto e quindi non sarebbe una sospensione del diritto (né della scrittura). Ma la legge che ha «il potere di negare sé stessa», di porre la propria disapplicazione, è onnipotente: la sospensione della legge ad opera della legge mostra la massima potenza della legge, è il segno che la legge è il potere, che «il potere della legge non è altro dalla legge» [59]. Insomma, non si tratterebbe affatto del «fondamento mistico» della legge.

Il filosofo può dire che la legge che regola lo stato di eccezione è il punto di passaggio all'indeterminazione tra diritto e vita.

Il giurista, invece, deve elaborare una dottrina interpretativa della «forza di legge» che consenta una lettura coerente dell'eccezione formalizzata nell'art. 77, comma 2, con la 'forma' della legge secondo la regola costitutiva dell'art. 70[60].

[57] Per questo è sbagliato l'argomento (così A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Utet, Padova 2003, 340 ss.) secondo cui la sospensione dei diritti costituzionali con il decreto-legge troverebbe conferma nella circostanza che «anche a proposito delle misure ex art. 78 Cost. la eventuale sospensione delle garanzie costituzionali avviene in forza di un atto avente valore di legge ordinaria»: anche ad ammettere che l'art. 78 consenta quella sospensione, lì vi è una deliberazione delle Camere…

[58] C. ESPOSITO, *op. ult. cit.*, § 2, invero, con coerenza, sostiene proprio che i provvedimenti d'urgenza sono un «fatto» cui la Costituzione vuole dare disciplina, che sarebbero «sorti da attività di fatto del governo»: a dire che sono una mera eventualità che accade, che si dà e che la Costituzione si limita a regolare ove accadano. Definisce la lettura espositiana «svalutativa» del testo costituzionale N. LUPO, *I decreti-legge nel primo dopoguerra, nelle letture dei giudici e dei giuristi*, in *Osservatoriosullefonti.it,* 2014, n. 2, 4; su questo specifico punto della dottrina espositiana C. PINELLI, *Il decreto-legge e la teoria costituzionale: profili introduttivi*, in A. SIMONCINI (a cura di), *L'emergenza infinita*, EUM, Macerata, 2006, 57 ss. Qualifica il decreto-legge «fatto» con forza di legge, insindacabile dalla Corte perché fatto, di cui può predicarsi l'esistenza o l'inesistenza ma non la validità, F. SORRENTINO, *Spunti sul controllo della Corte costituzionale sui decreti-legge e sulle leggi di conversione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. IV, Giuffré, Milano, 1978, 760.

[59] I virgolettati sono tratti dalla critica ai critici del formalismo giuridico di V. VITIELLO, *Il potere della legge*, in L. BASILE (a cura di), *Morte della sovranità*, Inschibboleth ed., Roma, 2016, 61.

[60] Potrebbe derivarne una assai più ampia dottrina interpretativa dell'art. 70 della Costituzione, che non si limiti a dire che cosa è legge, ma che ponga la questione, normativa, di cosa deve essere legge, di cosa debba essere necessariamente posto con legge parlamentare e non con decreti del

Da punto di vista interno al diritto, è allora coerente distinguere la «forza di legge», propria dei decreti d'eccezione dal «valore di legge ordinaria» del decreto legislativo. L'art. 77 consente, infatti, di fondare una distinzione tra l'una e l'altro e autorizza il giurista, senza abbandonare il proprio ufficio, alla ricerca di senso di quella differenza. Intuitivamente, il valore è qualcosa di più – meglio, di diverso – della forza. Quel 'più' è ravvisabile precisamente nell'autorizzazione con deliberazione legislativa del Parlamento, quindi nella 'forma' di legge. Il «valore di legge» – e non la forza di legge – è tutt'uno, nel diritto vigente, con la forma 'rappresentativa', con la regola costitutiva della legge dell'art. 70. È allora coerente che il decreto del Governo che ha valore, oltre che forza, di legge possa non solo sospendere il diritto vigente, ma innovarlo, abrogarlo con effetti permanenti e non provvisori. È una conclusione non contraddetta dall'art. 87, comma 5, che aggiunge ai «decreti aventi valore di legge» i regolamenti: i decreti con forza di legge sono per lo meno regolamenti. È confermata dall'art. 75: l'«abrogazione» si riferisce ad atti che hanno «valore di legge» perché, a rigore, si abroga solo ciò che non è provvisorio, che è permanente; ciò che è eccezionale, provvisorio, termina da sé.

Ancora, a catena, la fondazione nel testo costituzionale di una distinzione tra forza e valore di legge pone, da un nuovo punto di vista, il rapporto tra decreto d'urgenza e legge di conversione: porta a dire che nel più ci sta il meno e che, quindi, la legge di conversione, poiché ha valore e non forza, può avere qualche particolarità, ma può fare, disporre, più di quello che ha 'forza' di fare il decreto legge. Potrebbe rimettere in discussione la sindacabilità della legge parlamentare di conversione per i vizi derivati dai vizi del decreto d'eccezione o, comunque, sostenere l'idea che la legge di conversione sia una legge sostanziale e non già la mera forma di approvazione del decreto[61]. Si dirà, realisticamente, che questa dottrina non argina l'abuso della decretazione d'urgenza, non limita l'emarginazione progressiva della legge parlamentare e, quindi, 'normalizza' l'eccezione. Ma anche a voler includere in una dottrina del diritto positivo argomenti di politica del diritto, si osserva che quell'argomento è pericoloso, per il fine che persegue, per due ragioni. Primo, nella ricostruzione che qui si propone il decreto d'urgenza non è appunto una legge; non è una eccezione all'art. 70, ma è meno di una legge parlamentare. Quindi, con quel decreto il Governo non «sostituisce» affatto il potere legislativo[62]. Al contrario, se si ritiene che tra l'uno e l'altra vi sia «interrelazione», è difficile negare che

Governo. Potrebbe revocarsi in dubbio che la Costituzione prescriva la sola forma della legge, in quanto prescrivendo una determinata forma può darsi che implica anche una sostanza.

[61] In una, implica le questioni della emendabilità del decreto con la legge di conversione, della possibile eterogeneità della legge di conversione rispetto al contenuto del decreto-legge, etc…

[62] La sostituzione dell'uno all'altro è la condivisibile preoccupazione di Agamben, da *Stato di eccezione*, cit., 49 ss. agli interventi *Una domanda* e *Nuove riflessioni*, cit.

sono simili, così 'valorizzando' inintenzionalmente il decreto del Governo. Secondo, se si afferma che la legge parlamentare di conversione è sindacabile sulla base del medesimo parametro del decreto del Governo, vale a dire sulla base della sussistenza del caso straordinario di necessità e urgenza dell'art. 77, comma 2, parrebbe che la competenza sull'eccezione sia una competenza tipica, esclusiva, del Governo e che il Parlamento non abbia una competenza generale. Ma se, invece, coerentemente con la forma di governo parlamentare che si vuole conservare, si afferma che il Parlamento – e non solo il Governo - può provvedere sull'emergenza perché può fare leggi, quindi può pure sospenderle, può revocarsi in dubbio che si possa sindacare la legge parlamentare, anche se di conversione, in forza dei presupposti che l'art. 77, comma 2, impone al decreto del Governo. Se poi il Parlamento, in sede di conversione, 'funziona' male, se la deliberazione parlamentare 'di fatto' è una ratifica del decreto del Governo, che non si avvale delle virtù della dialettica parlamentare, questo non pare un argomento valido per interpretare il diritto positivo.

Per le stesse ragioni è coerente interpretare l'art. 77, comma 2, non già come la norma che esclude la competenza del Parlamento a provvedere sulla e nell'emergenza, considerato – se non altro – che è il Parlamento che converte il decreto-legge, ma come la norma che esclude che, «quando» il Governo decida che sussiste il caso straordinario e che è necessario derogare/sospendere la legge vigente, questi possa adottare provvedimenti che non abbiano la forza di legge, cioè, che non siano sottoposti al regime tipico proprio degli atti di quella specie, ovvero all'emanazione da parte del Presidente della Repubblica, al sindacato da parte della Corte costituzionale e alla conversione in legge[63]. Si può al più ammettere che, in materie non riservate alla legge, il Governo disponga con atto avente forza di legge (o il Parlamento con legge) la sospensione della legge vigente e attribuisca al Governo l'atto amministrativo del caso concreto. Ma in tal caso il giurista deve verificare che l'atto amministrativo sia legittimo (ovvero conforme alla legge o al decreto-legge che ha disposto o autorizzato a provvedere in deroga), proporzionato, ragionevole, congruo, etc...

Certo il filosofo può dire – e ha detto – che il decreto-legge contraddice la gerarchia tra legge e regolamento, perché il potere legislativo deve essere di competenza esclusiva del Parlamento. «Di fatto» con gli atti con forza di legge

[63] Sul decreto-legge come forma costituzionalmente imposta per la normazione d'emergenza del Governo M. LUCIANI, *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale*, in AA. VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011, 1177. Al contrario, sull'ammissibilità di ordinanze d'urgenza derogatorie del diritto legislativo l'ampio studio di A. CARDONE, *La "normalizzaizone" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere* extra ordinem *del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011, 366 ss.

il potere esecutivo si sostituirebbe a quello legislativo, violando il «principio della separazione dei poteri che definisce la democrazia»[64].

Si conviene che anche nel nostro ordinamento la graduazione tra fonti corrisponde, in una qualche misura, alla graduazione tra organi, a sua volta derivante dalla minore o maggiore prossimità degli organi al popolo sovrano. È diritto costituzionale vigente la regola dell'attribuzione del potere di 'fare leggi' all'Assemblea rappresentativa.

Ma il decreto d'urgenza del Governo è una competenza e non un fatto. In più non ha valore di legge, quindi non sostituisce il potere legislativo.

Poi, anche ammesso che il principio della separazione dei poteri significhi separazione delle funzioni, non è così scontato – e forse neppure utile – legarlo alla democrazia. Dipende da cosa si intende per separazione dei poteri e per democrazia. In ogni caso, l'esclusività parlamentare della funzione legislativa è più propria della concezione monistica del giacobinismo rivoluzionario, nel quale – assolutizzando il gradualismo tra organi – vi è, però, un solo potere, quello rappresentativo-legislativo e gli altri sono «agenti», «semplici autorità», «funzioni», che eseguono/applicano[65]. Ma è questa concezione, incentrata sulla sovranità del Parlamento rappresentativo e sull'assenza di uno scarto tra popolo e rappresentante, che è coerente con l'idea di Agamben che è contraddittorio imporre di rinunciare, paternalisticamente, alla libertà per proteggere la libertà e quindi che una democrazia protetta non è democrazia[66]. Da un lato, però, il rapporto tra il giacobinismo e la democrazia è stato per lo meno tormentato, perché dipende, a sua volta, da cosa si intende per democrazia. Dall'altro, la contraddizione rilevata da Agamben – che evoca il paradosso della tolleranza e affini – nega alla radice il vincolo costituzionale, come vincolo democratico che impedisce di essere liberi di non essere liberi, limitando la volontà per preservare la possibilità di continuare a volere liberamente, il cui paradigma è assai vicino al divieto di schiavitù volontaria di Mill[67]. Ma la separazione dei poteri è tipica della democrazia costituzionale più che del monismo parlamentare.

[64] G. AGAMBEN, *Una domanda*, cit.

[65] Quella dottrina, le sue connessioni, vive con una sistematicità senza pari nelle pagine di R. CARRÈ DE MALBERG, *La teoria gradualistica del diritto. Confronto con le idee e le istituzioni del diritto positivo francese*, Giuffrè, Milano, 2003, *passim* e spec. 35 ss., 44, 45 e 47; ID., *La legge espressione della volontà generale*, Giuffrè, Milano, 2008, 31 ss. e 64 ss.

[66] *Una domanda*, cit.

[67] S. HOLMES, *Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia*, in G. ZAGREBELSKY, P. P. PORTINARO e J. LUTHER, *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino, 1996, 206.

5. *Hors de la Constitution*?

Escluso che la forza di legge dei decreti del Governo sia anomia, indeterminazione tra vita e diritto, resta da indagare se le norme o i provvedimenti adottati abbiano sospeso la Costituzione e, più precisamente, le disposizioni costituzionali che regolano i poteri di eccezione e le libertà. Insomma se siano *hors de la Constitution* e se sia corretto evocare lo stato di eccezione, cui si sono riferiti in questi mesi anche i giuristi.

Non pare essersi posta alcuna rimozione della forza normativa delle disposizioni costituzionali né alcuna 'trasformazione' costituzionale. Al contrario la Costituzione è vigente, efficace e oppone resistenza: la prova ne è che mai come nella condizione attuale si è fatta 'sentire', è stata chiamata di continuo alla presenza. Non vi è stata alcuna rivendicazione di validità (né tanto meno di forza/obbligazione separata dalla validità) del diritto straordinario in quanto tale. Non si sono esercitati poteri di eccezione intenzionalmente diversi da quelli previsti dal diritto costituzionale vigente. Non si sono sospese le disposizioni costituzionali sulle libertà costituzionali, ma si sono limitate quelle libertà: le disposizioni costituzionali, però, prescrivono non solo la libertà, ma anche il modo di apposizione di limiti. Non vi è vigenza della Costituzione senza applicazione, né pura applicazione senza vigenza della Legge.

Il punto è verificare se la concatenazione normativa abbia rispettato o meno le condizioni di validità di forma (e quindi di materia) cui la Costituzione subordina i poteri di eccezione che derogano la legge vigente e la limitazione dei diritti di libertà[68].

Se tali condizioni non sono state rispettate, si tratta di violazione della Costituzione, di invalidità costituzionale del diritto straordinario adottato, con o senza forza di legge, come tale giustiziabile, e non di sospensione della Costituzione. Salvo voler impropriamente ritenere che ogni violazione è non applicazione (o dis-applicazione) di una disposizione.

[68] Revoca in dubbio che abbia senso interrogarsi sulla 'validità' del diritto dell'emergenza quando viene meno la «funzionalità dei meccanismi istituzionali», A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette e dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali,* n. 1 del 2020, 369; esclude che possa discorrersi di atti illegittimi in quanto è «l'autoassunzione di un potere extraordinem che si legittima per via di necessità» G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, n. 1, III. Si muovono, invece, nella prospettiva del giudizio di validità e non di effettività A. MORELLI, *Il Re del piccolo principe ai tempi del coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, ivi, 523 e M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., 4 che indica sì quale fondamento costituzionale delle norme sub-primarie derogatorie di norme primarie i «tradizionali princìpi del *primum vivere* e della *salus rei publicae*», ma poi aggiunge che «quel che conta è che essi sono stati sicuramente e chiaramente positivizzati, con la conseguenza che il loro trattamento deve essere quello dei veri e propri princìpi costituzionali». Quel che conta non è, quindi, la *salus rei publicae*, ma la Costituzione formale dell'emergenza, il diritto costituzionale, su cui parametrare il diritto posto.

6. Il diritto invalido

La validità costituzionale della lunga catena di norme che ha avuto l'effetto di derogare le fonti primarie vigenti è dubbia. Tutto ruota attorno all'art. 77, comma 2, della Costituzione.

Il diritto dell'emergenza sanitaria ha avuto un doppio fondamento: la preliminare dichiarazione dello «stato di emergenza» con deliberazione del Consiglio dei ministri, ai sensi degli artt. 7 e 24 del Codice della protezione civile e i decreti-legge che sono seguiti[69].

Per quanto riguarda la dichiarazione dello stato di emergenza, il dubbio radicale è che la deliberazione – costitutiva[70]– dello stato di emergenza da parte del Governo possa avvenire in forme diverse da quello dell'art. 77, comma 2, che disciplina la forma del decreto con forza di legge per l'accertamento della sussistenza della condizione straordinaria di necessità ed urgenza, almeno quando a deciderlo è il Governo: e lo stato di emergenza di rilievo nazionale dell'art. 7, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 1 del 2018, per quanto concetto impreciso e generico, è riconducibile alla straordinarietà dell'art. 77. Ciò implicherebbe l'illegittimità costituzionale dell'art. 24, d.lgs. n. 1 del 2018. In contrario non vale che la deliberazione dello stato di emergenza con un decreto del Consiglio dei ministri privo di forza di legge, ovvero non soggetto a conversione e al 'trattamento' che segue alla forza di legge, sia stata prevista con decreto legislativo, ovvero con atto del Governo che ha valore, oltre che forza, di legge[71]. Non si ritiene che il decreto-legge sia la fonte riservataria della proclamazione dell'emergenza, che escluderebbe la generale competenza legislativa parlamentare: quello che può fare un atto con forza di legge a maggior ragione può farlo un atto con valore di legge. Ma, nel caso del decreto legislativo, il valore di legge risiede nella legge parlamentare di delegazione. Questa non può, però, logicamente, pre-vedere se e quando si verificherà lo stato di emergenza e quale deroga della legge vigente si renderà necessaria. Né può dirsi che allora è ragionevole disporre che lo stato di emergenza venga dichiarato con semplice

[69] Evidenzia l'anfibologia del governo dell'emergenza che, dopo l'iniziale ricorso alle fonti proprie del sistema di protezione civile, non ha proceduto con le ordinanze del Capo del Dipartimento della protezione civile dell'art. 25, d.lgs. n. 1/2018, ma ha adoperato poteri di ordinanza diversi da quelli di protezione civile (quali ordinanze *ex* art 32 l. 833 del 1978 e del Ministero dell'istruzione) e decreti-legge istitutivi di un potere di decretazione del Presidente del Consiglio dei ministri, distinto dal potere di ordinanza della protezione civile, A. CARDONE, *La "gestione alternativa" dell'emergenza nella recente prassi normativa del Governo: le fonti del diritto alla prova del Covid-19*, in *La legislazione penale,* 2020, 9.

[70] *Ivi,* 2.

[71] Diversamente M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., 6, ritiene i decreti-legge la fonte riservataria della identificazione e proclamazione del caso straordinario a condizione che difetti «una previsione legislativa che contempli un diverso procedimento generale idoneo alla bisogna», quale è il d.lgs. n. 1 del 2018. Ma se il decreto-legge è, ai sensi dell'art. 77 della Costituzione, fonte riservataria, come fa quella riserva a venire meno per effetto del diritto legislativo ordinario?

deliberazione del Consiglio dei ministri: l'art. 77, comma 2, sufficiente o insufficiente che sia, è il mezzo tipico di quanto non è regolabile in generale e in via preventiva. Il decreto legislativo, che prevede una forma diversa dal decreto legge o dalla legge parlamentare, viola le norme costituzionali attributive delle competenze.

Potrebbe replicarsi che, a tutto voler concedere, i decreti-legge che sono seguiti hanno risolto, sanato, il difetto d'origine: l'adozione dei provvedimenti provvisori con forza di legge presuppone, a quel momento, l'accertamento del caso straordinario di necessità e di urgenza.

Ciò non toglie, però, che la deliberazione del Consiglio dei ministri dell'art. 24, d.lgs. n. 1 del 2018 abbia 'deciso' l'inizio dell'emergenza e la sua fine. E il tempo è elemento decisivo, costitutivo, dell'eccezione, che ruota attorno ad una categoria tipicamente temporale, quale è l'urgenza.

In ogni caso, i decreti-legge non risolvono la questione della 'forma' dell'emergenza: il problema non è il limite ai diritti di libertà previsto con decreto-legge[72], ma è lo scarto tra il decreto-legge e i Dpcm, seguiti al primo[73].

Il d.l. n. 6 del 23.2.2020 all'art. 1, comma 1, disponeva che «le autorità competenti, con le modalità previste dall'articolo 3, commi 1 e 2, sono tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica» e all'art. 2, assai indeterminatamente, che «Le autorità competenti, con le modalità previste dall'articolo 3, commi 1 e 2, possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dei casi di cui all'articolo 1, comma 1». All'art. 3 disciplinava il procedimento di formazione del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri. Con i Dpcm che seguivano sono state aggiunte, seppure per un periodo di tempo limitato e predeterminato, limitazioni eccedenti le previsioni del decreto-legge. Ne sono seguiti limiti alla libertà personale, alla libertà di domicilio, alla libertà di circolazione, a quella di riunione, alla libertà di culto, al diritto/dovere al lavoro e allo studio, alla libertà di iniziativa economica privata, etc…

[72] Il decreto-legge potrebbe, di per sé, essere costituzionalmente invalido ove si sostenesse che non limita ma annulla le libertà. Ma, innanzitutto, è difficile segnare il punto in cui il limite, quantitativamente, si converte in negazione della libertà e, comunque, anche la negazione è un limite, più o meno 'grosso'. In ogni caso, il punto è che i decreti-legge non hanno specificato la quantità di libertà negata, limitata.

[73] Per la sistematica ricostruzione di tutte le fonti del diritto e atti amministrativi intervenuti sino ad oggi si rinvia, per tutti, a A. CARDONE *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile* contro *le battaglie di retroguardia,* § 4, pubblicato in questo numero della *Rivista.*

Gli artt. 1 e 2, d.l. n. 6/2020 sono stati abrogati dall'art. 5, d.l. n. 19 del 25.3.2020[74], che ha incluso nel decreto-legge, elencandole nell'art. 1, i limiti alle libertà, che quindi risultano apposti con atto avente forza di legge. La questione non è, però, così definitivamente risolta per almeno due ragioni. L'art. 2, comma 1, rinvia sempre per l'«attuazione» delle misure dell'art. 1 ai Dpcm: il punto resta lo scarto tra il decreto-legge e l''attuazione'. L'art. 2, comma 3, poi, fa salvi gli effetti prodotti e gli atti adottati sulla base dei decreti e delle ordinanze emanati ai sensi del d.l. n. 6/2020, cosicché l'illegittimità costituzionale del d.l. n. 6/2020 – e degli atti derivati – determinerebbe l'illegittimità dell'art. 2, comma 3, d.l. n. 19 cit.

I Decreti del Presidente del Consiglio dei ministri sono atti amministrativi non regolamentari. Può anche ritenersi che la Costituzione, all'art. 87, comma 5, implichi una concezione materiale di regolamento, ovvero implichi che il regolamento abbia contenuto normativo e non provvedimentale: se l'atto normativo modifica o deroga la legge occorre l'atto con valore o almeno forza di legge; se non innova il diritto legislativo l'atto normativo del Governo è un regolamento. Il regolamento deve, però, rispettare le condizioni minime di forma poste nella Costituzione e nella legge ordinaria. E i Dpcm sono atti che non sono stati emanati dal Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 87, comma 5, della Costituzione e non sono stati adottati nelle forme dell'art. 17, l. n. 400 del 1988, solo genericamente richiamata nell'*incipit* del preambolo: non recano la denominazione regolamento e non sono stati adottati previo parere del Consiglio di Stato[75]. Dire che sono atti di natura regolamentare solo per il loro contenuto normativo significa cortocircuitare il discorso e impedirne la giustiziabilità. Al contrario, constatato che hanno carattere normativo e che, quindi, l'art. 87 impone la forma del regolamento, si deve verificare se l'atto abbia seguito le forme costituzionali e legali: diversamente ne deriva l'illegittimità per violazione dell'art. 87 e della l. n. 400. Se, poi, ci si limita ad una concezione formale del regolamento, a maggior ragione, i Dpcm non hanno la

[74] L'abrogazione ha prodotto effetto dall'entrata in vigore del d.l. abrogante, in quanto l'abrogazione è stata adottata dopo la legge di conversione. Diversamente, se l'abrogazione delle disposizioni del d.l. n. 6 con il d.l. successivo fosse avvenuta prima della conversione del primo decreto, a rigore la disposizione abrogata sarebbe stata al contempo una disposizione non convertita, con assorbimento dell'abrogazione nella non conversione e con perdita di efficacia delle disposizioni abrogate e non convertite fin dall'inizio. Sul punto specifico E. ROSSI, *Appunti sull'abrogazione di decreti-legge ad opera di successivi decreti-legge (nell'emergenza Corinavirus),* in corso di pubblicazione nel presente numero della *Rivista*.

[75] L'art. 2, comma 4, del d.l. n. 19 del 2020 (come l'art. 3, del d.l. n. 6 del 2020) prevede il controllo preventivo della Corte dei conti, ma dispone che «i termini per il controllo preventivo della Corte dei conti, di cui all'articolo 27, comma 1, della legge 24 novembre 2000, n. 340, sono dimezzati. In ogni caso i provvedimenti adottati in attuazione del presente decreto, durante lo svolgimento della fase del controllo preventivo della Corte dei conti, sono provvisoriamente efficaci, esecutori ed esecutivi, a norma degli articoli 21-bis, 21-ter e 21-quater della legge 7 agosto 1990, n. 241».

forma tipica del regolamento. E il decreto-legge che ai medesimi rinvia non pare avere né il 'valore' né il contenuto di norma attributiva di competenza idonea a istituire un tipo di regolamento.

Né pare corretto qualificare i decreti monocratici ordinanze *extra-ordinem*, dotate di propria capacità derogatoria del diritto legislativo[76]. In disparte la questione generale dell'ammissibilità di atti normativi sub-primari derogatori di norme primarie, è vero che il Presidente del Consiglio è autorità nazionale di protezione civile e che l'art. 1, comma 2, d.l. n. 6 del 2020 (come l'art. 1, comma 2, d.l. n. 19 del 2020) disponeva che la misura fosse «adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica». Sicchè il decreto-legge potrebbe sembrare la fonte legittimante le ordinanze derogatorie del diritto legislativo. Può, però, replicarsi – seppure con un po' di approssimazione – che della forza di legge dispone la Costituzione e non la legge o gli atti che ne condividono la medesima forza. Più in superficie, poi, i Dpcm non portano il nome ordinanza, non sono adottati ai sensi dell'art. 25, d.lgs. n. 1 del 2018, non recano, tra i presupposti, il riferimento alla deliberazione dello stato di emergenza e non indicano quali disposizioni di legge intendono derogare. Inoltre, distingue lo strumento del Dpcm dalle ordinanze contingibili urgenti l'art. 3, commi 1 e 2, d.l. n. 6 cit., ove dispone che «nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 1, nei casi di estrema necessità ed urgenza le misure di cui agli articoli 1 e 2 possono essere adottate ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, dell'articolo 117 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, e dell'articolo 50 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267».

Ciò escluso, può anche ammettersi che l'atto che ha forza di legge, previa sospensione della legge vigente o autorizzazione alla sua deroga, possa consentire al Governo di provvedere temporaneamente nel caso straordinario con l'atto amministrativo legittimo, perché deve almeno rispettare il decreto-legge che lo autorizza, e più adeguato al caso concreto. È vero che l'art. 15, comma 3, della l. n. 400/1988 dispone che i «decreti devono contenere misure di immediata applicazione». Ma ciò non esclude che l'immediata applicazione possa implicare l'adozione di un atto amministrativo a valle. In ogni caso, la parametricità dell'art. 15 rispetto ad un decreto-legge che la deroghi (o violi) è tutt'uno

[76] Così, invece, M. CAVINO, Covid-19. *Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it*, 2020, 5; parimenti, E. RAFFIOTTA, *La legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da* coronavirus, in *Forum di Biolaw Journal*, 18 marzo 2020, 4, e M. LUCIANI, *il sistema delle fonti del diritto*, cit., 13, che qualifica i decreti emergenziali quali vere e proprie ordinanze derogatorie delle leggi vigenti, con la sola eccezione del decreto-legge che ne è la fonte legittimante. *Contra*, A. CARDONE, *La "gestione alternativa" dell'emergenza nella recente prassi normativa del Governo*, cit., 9, che esclude la riconducibilità dei Dpcm alle ordinanze *extra ordinem*.

con la questione, teorica e dogmatica, della giustiziabilità della superiorità – logico-strutturale – della norma che regola la produzione rispetto alla norma prodotta.

Il problema è, piuttosto, che qui la competenza del potere di eccezione incrocia le riserve di legge in materia di diritti di libertà[77]. Ammesso che si tratti di riserve di legge materiale e non formale, alcune sono indubitabilmente riserve assolute, altre sono rinforzate e, con qualche incertezza, relative. Più precisamente, la libertà personale è, in un qualche modo, messa in gioco dalle previsioni della 'quarantena' o affini, che limitano la libertà fisica, il corpo, dell'individuo, fino a 'confinarlo' in un determinato luogo. Se così fosse, ne deriverebbe l'illegittimità costituzionale del dipolo decreto-legge/Dpcm, sia sotto il profilo della violazione riserva assoluta di legge che della riserva di giurisdizione. Potrebbe, però, obiettarsi che la libertà personale non c'entra, perché non si tratta, a rigore, di un atto coercitivo idoneo ad una degradazione giuridica dell'individuo, ma di un mero atto obbligatorio o, comunque, di misure che non riguardano la singola persona ma la «generalità dei cittadini», riconducibili quindi all'art. 16[78] o perché sono trattamenti sanitari ai sensi dell'art. 32, comma 1, nell'interesse della collettività. In quest'ipotesi, comunque, resterebbero i limiti alla libertà di circolazione «per motivi di sanità», se non anche di sicurezza, a quella di riunione e così via[79], apposti con un atto amministrativo che non ha neppure la forma regolamentare e che non è predeterminato nel contenuto dalla fonte primaria. Ma il principio di legalità sostanziale, inteso come determinatezza delle norme attributive del potere, che si può ricavare per lo meno dalle disposizioni costituzionali che contengono riserve di legge, impone che la misura sia sufficientemente definita, nella forma e nel contenuto,

[77] Per uno studio sistematico delle libertà fondamentali limitate R. CHERCHI, A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria Covid-19: prime riflessioni*, in *Diritti regionali. Rivista delle autonomie territoriali*, 2020, n. 1, 656 ss.

[78] Premonitrice la decisione della Corte costituzionale n. 2 del 1956, cui si riferisce il virgolettato, che ha escluso che la frase «limitazioni che la legge pone in via generale» dell'art. 16 si riferisca «a situazioni di carattere generale, quali epidemie, pubbliche calamità e simili. Tale interpretazione, che pure era affiorata durante i lavori dell'Assemblea costituente, è infondata e fu perciò respinta; la frase deve intendersi nel senso che la legge debba essere applicabile alla generalità dei cittadini, non a singole categorie».

[79] Potrebbe notarsi che, se si limita la libertà di circolazione, a rigore, non ha senso limitare quella di riunione, che non può darsi senza la possibilità di circolazione e che, dunque, se ci si riunisce si viola il preliminare divieto di circolazione. È vero che l'art. 17 dispone il limite dei comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica, ma solo per le riunioni in luogo pubblico e per le autorità di pubblica sicurezza. Quindi, per le riunioni in luogo privato o aperto al pubblico la limitazione è una conseguenza della limitazione della circolazione. Sul rapporto di presupposizione tra la libertà di circolazione e i diritti dell'art. 17 (e 19) F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza* coronavirus, in *Costituzionalismo.it*, 2020, n. 1, 138.

nel decreto-legge[80]. D'altronde, se il decreto-legge così avesse 'provveduto', non vi sarebbe stata l'utilità di allungare la catena normativa con il rinvio ai Dpcm.

Sotto questo profilo, la conclusione è l'invalidità costituzionale del decreto-legge n. 6/2020, della legge di conversione e del d.l. n. 19/2020 nella parte in cui ha fatto salvi gli effetti dei Dpcm sedicenti 'attuativi'. Si può obiettare che nell'emergenza non tutto è regolabile a *priori* con la fonte primaria. Ma, come già detto, quell'esigenza – il massimo del non regolabile che la Costituzione tollera – è specificamente soddisfatta nelle forme dell'art. 77. Quindi, nelle materie coperte da riserve di legge il decreto-legge non può limitarsi a sospendere la legge vigente e rimettere a un atto amministrativo, privo di forza di legge, la misura del caso concreto.

[80] *Ivi,* 136, ritiene invece che, per lo meno, le limitazioni alla libertà di circolazione discendono dalle fonti primarie, che stabiliscono regole sostanziali e in parte anche procedimentali per la loro adozione, nel rispetto della riserva relativa di legge.

CENTRALITA' DELLA CONFERENZA DELLE REGIONI E DELLE PROVINCE AUTONOME DURANTE L'EMERGENZA COVID-19? PIU' FORMA CHE SOSTANZA*

ELISABETTA CATELANI**

Sommario

1. Premessa. – 2. Il sistema delle Conferenze come strumento per garantire la leale cooperazione. – 3. La Conferenza Stato/Regioni e la Conferenza Unificata nella fase d'emergenza. – 4. La Conferenza delle Regioni e delle province autonome. – 5. Crisi della leale cooperazione. – 6. Conclusioni.

Abstract

The aim of this contribution is to assess if the principle of loyal cooperation has been effectively respected in Italy or if, the fundamental criteria of the constitutional order have been altered due to the state of emergency leading to a recentralization without an adequate and right reconciliation with the different situations and interests. The focus of this investigation is to further investigate the relationship between the Government and the Regions during the COVID-19 pandemic, but also to highlight their several formal contrasts and the consequences on the institutional actions that determined significant uncertainties to Italian citizens.

Suggerimento di citazione

E. CATELANI, *Centralità della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome durante l'emergenza Covid-19? Più forma che sostanza*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2020. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il contributo costituisce la rielaborazione dell'intervento tenuto al *webinar* "Le fonti normative dell'emergenza", organizzato dalla *Rivista* e svoltosi il 30 aprile 2020.

** Professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Pisa.
Contatto: elisabetta.catelani@unipi.it

© 2007-2020 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIII – Fascicolo speciale/2020
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Premessa

Nell'ultima relazione sull'attività della Corte costituzionale, la Presidente Marta Cartabia ha posto un monito finale, guardando "oltre il 2019", che dovrebbe costituire il punto di partenza e di arrivo di ogni attività istituzionale: "*In un tale frangente, se c'è un principio costituzionale che merita particolare enfasi e particolare attenzione è proprio quello della «leale collaborazione» - il risvolto istituzionale della solidarietà - su cui anche la giurisprudenza della Corte costituzionale non si stanca di ritornare, affinché l'azione e le energie di tutta la comunità nazionale convergano verso un unico, condiviso obiettivo"*[1].

Una esortazione che potrebbe apparire quasi scontata in una fase normale, ma che è stata accolta con estrema approvazione, perché ha posto l'accento su un nodo non marginale sorto durante questo periodo di emergenza, e richiedendo una maggiore "solidarietà" fra istituzioni.

Obiettivo di questo contributo è pertanto quello di cercare di capire se il principio della leale cooperazione sia stato effettivamente rispettato e valorizzato o se, invece, in nome dello stato d'emergenza i criteri fondamentali del nostro ordinamento costituzionale siano stati alterati attraverso un ri-accentramento delle competenze, senza un adeguato e giusto contemperamento con le diverse situazioni ed interessi.

Il principio della leale cooperazione, non espresso formalmente in Costituzione, ha acquisito la sua centralità attraverso una giurisprudenza ampia e dettagliata della Corte costituzionale[2]. Principio che nasce e si evolve più a difesa delle esigenze unitarie che a garanzia delle prerogative regionali, ma che in questo contesto, di pieno accentramento delle competenze, può acquisire un risvolto diverso e quindi più indirizzato a valorizzare la condivisione con le altre istituzioni. In altre parole, questa fase di emergenza ha evidenziato una difficoltà nei procedimenti di condivisione delle scelte politiche, che inevitabilmente era connaturata alla natura del periodo per la necessità di decisioni pronte ed immediate, ma dall'altro si è avuta una compressione di alcuni principi fondamentali dell'ordinamento ed una "frizione" fra soggetti ed organi costituzionali nell'uso degli strumenti giuridici e normativi, che ciascuno di essi si è trovato ad usare ed adottare.

[1] La Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019 può leggersi in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazione_cartabia/1_relazione.pdf

[2] Cfr. da ultimo R. CARIDÀ, *Leale collaborazione e sistema delle Conferenze,* Cedam, Milano 2018, 73 ss. e F. COVINO, *Leale collaborazione e funzione legislativa nella giurisprudenza costituzionale*, Jovene, Napoli, 2018, 41 ss., dove ben si descrive come il fondamento costituzionale sia stato trovato in un primo momento nell'art. 97 Cost. (sent. n. 214/1988, anche se un primo *ober dictum* può trovarsi anche nella sent. n. 219/1984) e poi nell'art. 5; sent. nn. 19 e 242 del 1997.

Il richiamo della Presidente era indirizzato in particolare a recuperare i rapporti consueti fra Governo e Parlamento da un lato e Governo e Regioni dall'altro.

Non è obiettivo di questo contributo affrontare le tante anomalie dei rapporti fra Parlamento e Governo, che sono emerse in questa fase d'emergenza. Anomalie derivanti dalle oggettive difficoltà organizzative dei lavori del Parlamento nella prima fase della pandemia, quando il numero dei contagi era presente anche nelle stesse aule parlamentari, ma anche per una sorta di accettazione silenziosa per tutte le decisioni del Governo. Ampia è già stata e sarà ancora la discussione per giungere a soluzioni che consentano alle due Camere anche in fasi di emergenza (sanitaria e non solo) di continuare ad operare attraverso varie forme che il dibattito parlamentare ha iniziato ad ipotizzare[3].

Viceversa, centro dell'indagine sarà quello di cercare di capire il rapporto ed il confronto formatosi fra Governo e Regioni durante questa fase, ma anche di ricostruire i tanti contrasti formali (e non solo), che talvolta hanno reso confusa l'azione istituzionale e generato incertezze per i cittadini destinatari degli atti normativi statali, regionali e sindacali. Conflitti sorti non tanto per la sottrazione da parte del governo delle competenze regionali, che trovavano ed ancora trovano la loro legittimazione nella dichiarazione dello stato di emergenza, adottata con delibera del 31 gennaio 2020[4] e su cui si sono poi fondati i successivi decreti legge e DPCM[5], quanto per lo scarso coinvolgimento delle regioni sul contenuto degli atti normativi che dovevano, poi, essere oggetto di attuazione da parte delle autonomie regionali e comunali.

Fin dal primo decreto legge 23 febbraio 2020 n. 6, con cui si legittimava la limitazione di molte libertà personali per evitare la diffusione della pandemia, si confermavano e si riconoscevano le competenze delle autorità locali (il

[3] Cfr. fra i tanti i contributi di S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, in *OsservatorioAIC*, 3/2020; P. MARSOCCI, *Lo spazio digitale dei lavori parlamentari e l'emergenza sanitaria Covid*-19, in *Medialaws*, n. 1/2020; F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *OsservatorioAIC*, n. 3/2020; R. DICKMANN, *Alcune questioni di costituzionalità in tema di voto parlamentare a distanza*, in *Federalismi.it*, 1 aprile 2020; B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, n. 6/2020; N. LUPO, *Perché non è l'art. 64 Cost. a impedire il voto "a distanza" dei parlamentari. E perché ammettere tale voto richiede una "re-ingegnerizzazione" dei procedimenti parlamentari*, in *OsservatorioAIC*, n. 3/2020; G. SANTINI, *Funzionalità delle istituzioni e impedimento dei titolari. Note sulla supplenza in tempo di epidemia*, in *BioDiritto*, n. 2/2020; G. STEGHER, *In considerazione dell'emergenza sanitaria: Governo e Parlamento al banco di prova del Covid-19*, in *Nomos*, 1/2020; M. LUCIANI, *La pandemia aggredisce anche il diritto?,* in *Giustiziainsieme.it*, 2 aprile 2020 e se si vuole anche E. CATELANI, *La democrazia ed i diritti che dobbiamo salvaguardare. La tecnologia può aiutare a far funzionare il Parlamento e i prefetti ascoltino le Regioni*, in *Il Dubbio*, 26 marzo 2020, 15.

[4] Dichiarazione adottata *ex* art. 7, c. 1 lett. c), e art. 24.1 d. lgs. 2 gennaio 2018, n. 11.

[5] Per una rassegna aggiornata e completa di tutti gli atti statali e regionali adottati nel periodo di emergenza sanitaria cfr. C. DRIGO, A. MORELLI (a cura di), *Dossier. L'emergenza sanitaria da Covid-19. Normativa, atti amministrativi, giurisprudenza e bibliografia*, in *Dirittiregionali.it*, 2/2020.

riferimento era alle "autorità competenti") e si prevedeva anche il parere del "Presidente della Conferenza dei presidenti delle regioni"[6] sui DPCM di attuazione che avrebbero circostanziato il contenuto delle misure restrittive. Ed ancora, nel decreto legge successivo 25 marzo 2020 n. 19, che ha abrogato il precedente, modificandone il contenuto ed eliminando i tanti vizi di legittimità costituzionale che erano stati evidenziati (e solo in parte eliminati in fase di conversione - legge 5 marzo 2020 n. 13), si è poi riconosciuto il potere di proposta all'adozione dei DPCM anche ai singoli Presidenti di regione, qualora il provvedimento dovesse riguardare esclusivamente una regione o alcune specifiche regioni, ovvero al Presidente della Conferenza delle regioni (art. 2).

Da un punto di vista formale vi erano tutti gli strumenti perchè, nonostante l'emergenza e, più che altro, l'urgenza nel prendere provvedimenti, l'attività normativa del Governo potesse essere concordata con le regioni. Nella realtà, come si cercherà meglio di spiegare, vi è stata una mera informazione, le contrapposizioni sono state numerose ed il richiamo della Presidente della Corte costituzionale alla leale collaborazione conferma i dubbi sul buon funzionamento del procedimento con il semplice parere del Presidente della Conferenza. Se le contrapposizioni sono connaturate ad uno stato regionale, in questo frangente si sono acuite, con la conseguente percezione di una marginalizzazione della possibilità d'influenza regionale sui provvedimenti normativi adottati.

2. Il sistema delle Conferenze come strumento per garantire la leale cooperazione

I rapporti fra Stato e Regioni non sono mai stati idilliaci già prima della riforma del titolo V e l'esplosione delle questioni di legittimità costituzionale sottoposte alla Corte in via principale dal 2001 ne costituisce la conferma, così come i vari tentativi di ulteriore modifica costituzionale con l'obiettivo di pacificare un conflitto costante fra i due soggetti. premura

Una strada per la definizione delle posizioni contrapposte è stata sempre vista all'interno del sistema delle Conferenze che, piano piano, incrementando la possibilità d'influenza sulla formazione degli atti normativi di derivazione governativa, ha assunto una centralità nell'ordinamento, tanto che in dottrina, ma anche nelle sedi politiche si è iniziato ad auspicare un rilievo costituzionale di tali organismi.

[6] La vecchia terminologia usata nel primo decreto legge di "Presidente della Conferenza dei presidenti delle regioni" è stata poi giustamente corretta nel decreto legge n. 19/2020, in cui ci si riferisce alla Conferenza delle Regioni, indicativo, anche questo aspetto, della fretta ed oggettiva urgenza nell'approvazione dell'atto.

A partire dal DPCM 12 ottobre 1983, con cui si è formalmente istituita la Conferenza Stato-Regioni[7], si è acquisita la consapevolezza che il regionalismo imponeva un confronto ed una formalizzazione di processi di cooperazione. Centralità rafforzata anche grazie alla giurisprudenza della Corte costituzionale che, con varie sentenze successive alla modifica del titolo V, ha valorizzato ed usato "a maglie larghe" il principio della leale collaborazione fra Stato e Regioni, cosicché il sistema delle Conferenze è stato utilizzato come lo strumento di cooperazione di tipo organizzativo capace di formare accordi che fossero l'estrinsecazione, o, comunque, la concreta espressione della leale collaborazione[8].

Cosicché, nel corso del tempo, il governo ha considerato imprescindibile il consenso della Conferenza Stato/Regioni e della Conferenza Unificata (molto meno quella Stato/città), sia per rafforzare il contenuto dei propri disegni di legge in Parlamento, almeno nei primi tempi, ma in particolare per evitare il contenzioso costituzionale successivo.

Senza poter intervenire in questa sede sui caratteri, sulla natura e sugli obiettivi delle varie Conferenze, che sono già stati ampiamente studiati ed a cui occorre rinviare[9], occorre invece capire come questo sistema ha funzionato durante l'emergenza, se vi sono state anomalie rispetto al regime normale o,

[7] In realtà già in precedenza era stata istituita (art. 13 l. n. 281/1970) una Commissione interregionale "composta dai presidenti delle giunte delle Regioni a statuto ordinario e speciale", superata poi, dalla formale istituzione della Conferenza dei Presidenti nel 1981 e successivamente dall'istituzione della Conferenza Stato/Regioni con il DPCM del 1983 citato, ulteriormente formalizzato con l'art. 12, legge n. 400/1988 ed ancora con d.lgs. n. 281 del 1998 (l. delega 59/97). Una regolamentazione che ha sicuramente legittimato l'intervento di tali organismi in una pluralità di attività di cooperazione e di coordinamento.

[8] Cfr. in particolare sent. n. 165/2011 sul decreto-legge recante misure urgenti in materia di energia n. 105 del 2010 ha precisato «Questa Corte ha affermato, con giurisprudenza costante, che, nei casi di attrazione in sussidiarietà di funzioni relative a materie rientranti nella competenza concorrente di Stato e Regioni, è necessario, per garantire il coinvolgimento delle Regioni interessate, il raggiungimento di un'intesa, in modo da contemperare le ragioni dell'esercizio unitario di date competenze e la garanzia delle funzioni costituzionalmente attribuite alle Regioni (*ex plurimis*, sentenze n. 383 del 2005 e n. del 2004). La previsione dell'intesa, imposta dal principio di leale collaborazione, implica che non sia legittima una norma contenente una «drastica previsione» della decisività della volontà di una sola parte, in caso di dissenso, ma che siano necessarie «idonee procedure per consentire reiterate trattative volte a superare le divergenze» (*ex plurimis*, sentenze n. 121 del 2010, n. 24 del 2007, n. 339 del 2005). Solo nell'ipotesi di un ulteriore esito negativo di tali procedure mirate all'accordo, può essere rimessa al Governo una decisione unilaterale (sentenza n. 33 del 2011).»

[9] Tante sono le ricerche svolte sul sistema delle Conferenze. Oltre agli Autori già citati, cfr. I. RUGGIU, *Conferenza Stato-Regioni: un istituto del federalismo «sommerso»*, in *Le Regioni*, 2000, 853 ss.; R. BIFULCO, *Il modello italiano delle Conferenze Stato-autonomie territoriali (anche) alla luce delle esperienze federali*, in *Le regioni,* 2006, 233 ss.; S. AGOSTA, *La leale collaborazione fra Stato e Regioni*, Giuffrè, Milano 2008; G. CARPANI, *I fattori di unificazione: il ruolo delle Conferenze e degli strumenti di concertazione*, in *Astridonline.it*, 2011; R. CARPINO, *Il Sistema delle Conferenze*, in S. Mangiameli (a cura di), *Il regionalismo italiano dall'Unità alla Costituzione e alla sua riforma*, Giuffré, Milano, 2012, 529 ss.

comunque, se questa fase può consentire di comprendere meglio i rapporti fra Stato e Regioni.

Durante l'emergenza Covid-19 e con l'assunzione di tutti i poteri normativi in capo al governo centrale, comprimendo tutte le competenze regionali, si sarebbe potuto ipotizzare una enfatizzazione del ruolo di tali Conferenze, al fine di definire gli indirizzi da adottare in via normativa. In realtà, entrambe le Conferenze Stato/Regioni e Unificata si sono viste sovrastare dall'intervento della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome) o, meglio, da mere comunicazioni al Presidente di detta Conferenza che doveva essere "sentito".

Non costituisce una novità il fatto che la Conferenza dei Presidenti sia centrale per la formazione dell'indirizzo regionale, non solo perché dalle decisioni dei Presidenti possono derivare tutte le altre risoluzioni, ma perché la sede del dibattito fra regioni, fin dalla loro istituzione, è stata individuata in un Comitato dei Presidenti. Forse proprio dalla coesione, che in quella sede si è andata formando, si è percepita la necessità di istituire tutte le altre[10].

In genere, tale Conferenza viene qualificata come semplice sede di coordinamento e di confronto fra i Presidenti, ma in realtà attraverso l'attività preliminare dei Comitati competenti per materia, attraverso un'autodisciplina del metodo di lavoro, nonché attraverso la scelta di mantenere una sorte di segretezza del dibattito interno, ne ha sicuramente rafforzato il ruolo. Quello che spesso emerge dai lavori della Conferenza è più il raggiungimento di obiettivi unitari che di divisione d'intenti proprio perchè spesso indirizzati alla ricerca di una linea comune di tutte le regioni da contrapporre all'indirizzo statale. Ovviamente ogni generalizzazione è da evitare perché spesso accade che dai lavori della Conferenza delle Regioni emergano soluzioni anche diverse (spesso, ma non necessariamente, connesse a contrapposte maggioranze politiche) che appunto vengono esplicitate all'interno del dibattito[11].

Cosicché tutta l'attività d'indirizzo regionale viene svolta all'interno della Conferenza dei Presidenti, considerata ormai come la sede ufficiale della interlocuzione istituzionale interregionale, che opera con un *iter* e procedimenti suoi propri, anche per quanto riguarda i criteri seguiti in fase d'approvazione[12]. Procedimenti dettagliatamente regolati che consentono alle regioni di far

[10] Cfr. quanto già precisato nella nt. 7. Si tenga poi conto che la necessità di un luogo di confronto fra i Presidenti delle Regioni trova una prassi consolidata nelle esperienze federali: si pensi alla National Governors' Association (USA) e la Conferenza dei Ministri Presidenti (Germania).

[11] Tale natura "parzialmente libera" ha accentuato la sua centralità nell'adozione delle decisioni da parte delle regioni e la possibilità di collaborare indipendentemente da un controllo politico esterno.

[12] Fino al 2005 la Conferenza dei Presidenti ha operato in base alle prassi ed a determinazioni di volta in volta assunte, mentre in data 9 giugno 2005 ha adottato un proprio regolamento al fine di determinare un "quadro di regole volte a dare maggiore efficacia, certezza e funzionalità allo svolgimento dei lavori". Regolamento poi precisato con le linee interpretative approvate in data 16 giugno 2005 che ne integrano il contenuto.

emergere al loro interno anche posizioni diverse, ma che spesso vengono composte a garanzia degli interessi comuni. Solo dopo l'adozione delle decisioni dai Presidenti di regione si riunisce la Conferenza Stato/Regioni, in cui le conclusioni o gli indirizzi assunti vengono comunicati al governo. Cosicché, come ha precisato Roberto Bin, ai lavori della Conferenza Stato/Regioni sono presenti più i rappresentanti del governo, che quelli delle Regioni: "*Di solito sono presenti due Presidenti di Regione, ma qualche volta anche solo uno; se sono due, per lo più rappresentano i due diversi schieramenti politici; di solito parla il Presidente della Conferenza dei Presidenti, il quale riferisce ciò che la Conferenza dei Presidenti ha discusso e deliberato nella riunione appena svoltasi. Perché gli altri Presidenti dovrebbero perdere il loro prezioso tempo?*"[13]

Al di là del commento giustamente provocatorio, non può pensarsi che la Conferenza Stato/Regioni possa essere considerata solo come sede di ratifica di decisioni già adottate, limitandosi a comunicare ai rappresentanti del governo quanto preventivamente deciso dai Presidenti. È anche il luogo della mediazione, della compensazione dei diversi indirizzi, cosicché al suo interno si possono profilare soluzioni compromissorie con il governo, giungendo a risultati che non necessariamente coincidono con le decisioni della Conferenza dei Presidenti.

Si potrebbe pensare che, nella sostanza, le due Conferenze si completino a vicenda e siano complementari, ma le modalità con cui operano ed hanno operato in fase emergenziale sono molto diverse rispetto al modello organizzativo della Conferenza Stato/regioni. Può essere quindi utile in questa sede cercare di ricostruire le anomalie dei rapporti fra Stato e Regioni durante il periodo dell'emergenza e come il principio della leale collaborazione, che dovrebbe costituire il faro per il nostro "Timoniere", sia stato travisato. In altre parole, attraverso il modo di operare delle Conferenze si possono capire le incongruenze e le anomalie del nostro regionalismo in fase di emergenza.

3. La Conferenza Stato/Regioni e la Conferenza Unificata nella fase d'emergenza

Come risulta dal sito istituzionale, la Conferenza Stato/Regioni si è riunita durante l'emergenza COVID-19[14] cinque volte (12/3; 31/3; 8/4; 7/5; 21/5) con ordini del giorno che, limitatamente alle prime tre riunioni, svoltesi fra l'altro proprio in piena crisi sanitaria, hanno affrontato temi non conferenti con l'emergenza. Solo nell'ultima convocazione sono stati espressi pareri in ordine

[13] R. BIN, *Le prassi della cooperazione nel sistema italiano di* multilevel government, in *Le Istituzioni del federalismo*, fasc. 6/2007, 376 ss.

[14] In questa sede ci si limita ad analizzare il periodo che va dalla dichiarazione dello stato di emergenza al 5 giugno 2020.

al contenuto di un decreto legge (n. 23/2020) sulla proposta del Ministro della salute di nomina del Commissario straordinario per l'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali e sulla modifica di un accordo di programma.

Nelle stesse date si è riunita anche la Conferenza Unificata che ha espresso parere favorevole solo sui decreti legge nn. 6 e 19/20 dopo la loro emanazione ai sensi dell'articolo 9, del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281 ai fini della conversione in legge. Pareri favorevoli condizionati ad una serie di emendamenti molto dettagliati e circostanziati che sono stati solo limitatamente recepiti.

I poteri e le competenze della Conferenza Stato/regioni sono disciplinati dettagliatamente con il d.lgs. n. 281 del 1997, che ne regola lo *status*, che potremmo definire, normale, sia quello operante nelle situazioni di emergenza, visto che l'art. 2 c. 5 nel disciplinarne i compiti, stabilisce che "*Quando il Presidente del Consiglio dei Ministri dichiara che ragioni di urgenza non consentono la consultazione preventiva, la Conferenza Stato-regioni è consultata successivamente ed il Governo tiene conto dei suoi pareri: a) in sede di esame parlamentare dei disegni di legge o delle leggi di conversione dei decreti legge".* Ed ancora al comma 6 del medesimo art. 2 si precisa poi che "*Quando il parere concerne provvedimenti già adottati in via definitiva, la Conferenza Stato-regioni può chiedere che il Governo lo valuti ai fini dell'eventuale revoca o riforma dei provvedimenti stessi"*[15].

Quindi se per la conversione dei decreti legge è necessario un parere formale della Conferenza Stato regioni o unificata, prima dell'emanazione dei decreti legge, e prima (o dopo l'adozione) dei DPCM, oggetto di ampio uso in questo periodo da parte del Presidente del Consiglio per attuare e completare il contenuto dei decreti legge, non risulta previsto alcunché nel d.lgs. n. 281 del 1997 in ordine all'intervento delle due Conferenze menzionate.

D'altra parte, l'effettiva ed incontestabile necessità ed urgenza alla base dell'adozione dei vari decreti legge adottati in questa fase, hanno ben giustificato la mancata consultazione preventiva della Conferenza Stato-regioni, rinviando il suo intervento alla fase della conversione in legge.

Tutto ciò non ha escluso che la comunicazione dei testi sia stata fatta alle regioni tramite il Presidente della Conferenza delle regioni che appunto ha così acquisito ancor di più una centralità nella gestione e nel coordinamento con le regioni, ma con una scarsa capacità d'influenza prima dell'adozione degli atti sul governo.

[15] Cfr. anche art. 9 d.lgs. n. 281/1997.

4. La Conferenza delle Regioni e delle province autonome

Entrambi i decreti legge n. 6 e 16/2020, con cui si sono legittimate le restrizioni delle libertà fondamentali, come è stato già accennato, prevedevano che i DPCM potessero essere adottati "sentito" il Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome. Niente ovviamente si diceva in ordine alle modalità con cui il Presidente potesse assumere una decisione, come dovesse consultarsi con gli altri Presidenti, né come si potessero eventualmente formare le varie posizioni o indirizzi delle Regioni. Tutto era affidato, d'altra parte, ad una consolidata prassi di collaborazione e di coordinamento fra le regioni fuori dalle norme e dai vincoli procedurali (se non quelli che la stessa Conferenza delle regioni si è data).

E non si può certamente negare che anche in questa occasione il coordinamento del Presidente delle regioni vi sia stato e si sia attivato al fine di ridurre al massimo la conflittualità. Nel periodo dell'emergenza la Conferenza delle regioni si è riunita assai spesso, ovviamente in modalità telematica, sia per le riunioni c.d. ordinarie, sia straordinarie specialmente in quest'ultimo periodo (16, 22 e 25 maggio), evidenziando la necessità di un confronto più serrato e costante fra Presidenti. Sul contenuto delle discussioni o deliberazioni non è dato sapere alcunché all'esterno. Non per questo motivo le riunioni devono essere considerate meno importanti, anzi, lo sono anche di più, perchè consentono alle regioni un coordinamento interno, lontano dagli interventi mediatici.

Ciò nonostante queste riunioni non paiono essere state convocate in occasione dell'adozione di atti rilevanti da parte del governo. Momenti questi in cui un coordinamento sarebbe stato utile per adottare una posizione comune da trasmettere al governo.

Lo snodo della leale cooperazione si è concentrata prevalentemente nel ruolo e nelle mani del Presidente della Conferenza dei Presidenti che doveva fare da divulgatore delle notizie, da collettore dei diversi pareri, da organo di sintesi delle eventuali contrapposizioni interne ed infine da interlocutore unico con il governo.

Ma i tempi, causa l'oggettiva emergenza, hanno messo a dura prova la collaborazione che in questa fase avrebbe dovuto essere ancora più stretta. La rapidità degli interventi, si potrebbe dire, ha prevalso sul coinvolgimento delle Regioni con un'eccessiva semplificazione e riduzione dei tempi di formalizzazione dei possibili rilievi regionali, sempre che ci siano stati.

Per lo più le bozze dei DPCM e dei decreti-legge sono state comunicate al Presidente della Conferenza con un preavviso minimo rispetto alla divulgazione mediatica del contenuto degli atti: conferenze stampa, o altre modalità un po' anomale di esternazione della volontà del Presidente o del Governo svolte anticipatamente rispetto alla pubblicazione del relativo atto normativo di ore, se non di giorni, che teoricamente avrebbero potuto lasciare spazio ad

adattamenti e modifiche in virtù delle indicazioni e suggerimenti provenienti dalle regioni, ma che, in realtà, cristallizzavano il contenuto di tali atti e comunque spesso rendevano politicamente non opportune richieste di modifica da parte delle Regioni.

Poco di tutto questo procedimento si è saputo all'esterno[16]. Certamente alcune anomalie appaiono dai ritardi con cui i testi sono inviati alle regioni, anche se non si comprende se collegati alle questioni emergenziali che inevitabilmente complicano la formulazione dei testi o per evitare l'invio dei rilievi da parte delle regioni, ma questa deve essere considerata un'illazione troppo critica ed auspicabilmente da escludere[17].

I rapporti fra Stato e Regioni rimangono in un'aura dorata di silenzio, che può essere anche positiva per la formazione degli accordi e dei compromessi, ma sicuramente di poca trasparenza, cosicché sono noti più il contenuto delle divergenze, che la condivisione di testi normativi.

Ma allora, dinanzi a questa concentrazione dei poteri nelle mani del Presidente della Conferenza delle Regioni, occorrerebbe anche capire se gli altri Presidenti erano nelle condizioni di sapere e di capire il contenuto ed i termini del dialogo e della "mediazione" con il governo, sempre che ci sia stato e non mera accettazione di un indirizzo scelto dal governo e non negoziabile.

Il dato di fatto è un'organizzazione della mediazione e della conseguente leale collaborazione che non consente, almeno teoricamente, di poter esprimere le diverse posizioni ed indirizzi, non solo dovuti a posizioni politiche diverse dei rispettivi Presidenti, ma anche connesse alle situazioni epidemiologiche diverse: l'indirizzo da sempre seguito dal Veneto è molto diverso da quello della Lombardia, così come l'indirizzo della Sicilia, diverso da quello della Calabria anche se si tratta di regioni che politicamente sono molto vicine, ma con scelte operative in questa fase molto diverse.

[16] Almeno da un punto di vista formale, in realtà le comunicazioni del Presidente della Conferenza, una volta inviate alle regioni, venivano a loro volta divulgate ai sindaci per le rispettive competenze, che, a loro volta, divulgavano a *quivis de populo*. Si parla di un preavviso che è oscillato da una giornata, fino ad una mezz'ora/ora di tempo. Periodo che doveva essere sufficiente per garantire l'informativa a tutti i Presidenti, i quali a loro volta dovevano comunicare le proprie osservazioni al testo e quindi il Presidente le avrebbe dovute collezionare e rinviare al Presidente del Consiglio dei Ministri.

[17] Sicuramente i ritardi sono risultati proprio con riguardo ai DPCM che più di altri potevano influire nella compressione dell'autonomia regionale, come ad esempio il DPCM che attribuisce ai prefetti e non ai Presidenti di Regione la possibilità di derogare ai vincoli di chiusura per determinate imprese. Attività in cui sicuramente i Presidenti di regione potevano essere meglio e maggiormente coinvolti nella scelta.

5. Crisi della leale cooperazione

In questa fase di emergenza vi sono stati numerosi momenti in cui i principi della leale cooperazione sono andati in crisi.

Una strada che il governo avrebbe potuto seguire era quella della concentrazione di tutte le funzioni normative nei suoi poteri, senza alcuno spazio alla competenza normativa delle regioni. In altre parole, si sarebbe potuto invocare la piena applicazione dell'art. 120 Cost. con conseguente esercizio del potere sostitutivo da parte del governo; altrimenti si sarebbe potuto fondare la legittimazione di tutta l'attività normativa dell'emergenza a favore dello Stato in virtù dell'art. 117 c. 2 lett. q) (profilassi internazionale). Due soluzioni che giustamente il governo ha inteso evitare per non determinare una "forzatura" nella nostra forma di Stato. Il mantenimento delle principali e classiche funzioni amministrative delle regioni era possibile e necessario per il buon funzionamento della situazione d'emergenza, ma che ha determinato, inevitabilmente, anche la nascita di conflitti sulla gestione e sugli indirizzi da seguire in ambito regionale, in particolare nella fase iniziale, ma anche in quella che implicava il rallentamento dell'emergenza.

Non si può non ricordare nel primo periodo convulso ed incerto anche da un punto di vista di conoscenze scientifiche, il caso Marche, con l'emanazione di un'ordinanza del Presidente della Regione (ord. 25 febbraio 2020 n. 1)[18] di chiusura delle scuole ed Università non concordata con il Presidente del consiglio che ha determinato il ricorso al TAR con la richiesta di sospensiva conseguita[19] quasi contemporaneamente all'adozione di una nuova ordinanza di pari contenuto e più che altro ad un DPCM del 4 marzo con cui si deliberava la chiusura delle scuole per tutta Italia nella stessa data. Una contrapposizione che ha messo fin dall'inizio in evidenza che la leale collaborazione da entrambe le parti era fortemente carente[20].

[18] Il caso è ben ricostruito in tutte le sue fasi da G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *La gestione dell'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: il caso Marche*, in *Biolaw Journal,* 2/2020.

[19] Gli effetti dell'ordinanza delle Marche sono stati prima sospesi con ordinanza Presidente TAR del 27 febbraio n. 56 e poi confermati dal Collegio con ordinanza del 5 marzo 2020 n. 63, che, a sua volta, ha rinviato la discussione del merito al 13 gennaio 2021, momento in cui non vi sarà più interesse per la trattazione della questione. In realtà l'interesse sostanziale (non necessariamente quello formale e giudiziale) era venuto meno, già prima di quest'ultima ordinanza, quando il Presidente della regione Marche ha adottato una nuova ordinanza 27 febbraio 2020, n. 2, che riprendeva integralmente il contenuto della prima ordinanza, ma tenendo conto dei rilievi mossi dal Presidente del TAR.

[20] La conclusione a cui giungono G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *op.ult.cit.*, 7 è pienamente condivisibile: "i fatti peraltro si sono incaricati di dare ragione, nella sostanza, alle determinazioni assunte dal Presidente della Regione Marche. La forma però rimane censurabile, traducendosi in un messaggio negativo per l'opinione pubblica costretta a constatare come, in questa difficile situazione sanitaria, le istituzioni centrali e periferiche non abbiano saputo coordinarsi ed abbiano, addirittura, deciso di litigare davanti al giudice amministrativo. Uno spettacolo che forse si sarebbe potuto e dovuto

Si possono ricordare poi le tante contrapposizioni mediatiche fra il Governo con i Presidenti delle Regioni del Nord, perché utilizzavano troppi tamponi nella fase iniziale (Veneto) o perché ne facevano troppo pochi (Lombardia) o, ancora, per la scarsa presenza di strutture di terapia intensiva e la difficoltà dell'organizzazione sanitaria di rispondere alle esigenze dei malati e nello stesso tempo la contrapposizione della protezione civile nazionale con quella regionale in ordine alla decisione di costruire ospedali d'emergenza (Milano, Bergamo, Civitanova Marche). Contrapposizioni e critiche anche ragionevoli e spesso fondate da un punto di vista sostanziale, ma che mettono in evidenza una difficoltà di coordinamento fra Stato e Regioni.

Una forte contrapposizione fra Stato e Regioni è emersa in modo significativo in occasione dell'emanazione del decreto legge n. 26 del 2020 sulla cui stesura iniziale era stato raggiunto un accordo con le regioni, il cui contenuto è stato poi modificato prima dell'emanazione, proprio con riguardo agli effetti diretti sull'organizzazione regionale. Si tratta del decreto legge in tema di spostamento delle consultazioni elettorali dei nuovi Consigli regionali (oltre ai rinnovi dei Consigli comunali, elezioni suppletive di Camera e Senato). Si tratta di un decreto-legge brevissimo (tre articoli) che coinvolgeva interessi sia regionali che comunali, per cui l'interlocuzione con i soggetti interessati doveva essere quasi scontata, così come giungere già in via preventiva ad un accordo. Accordo raggiunto sulla carta e poi subito disatteso dal Governo nella stesura definitiva del decreto legge, con conseguente forte contrapposizione di molte regioni verso le scelte dello Stato.

Occorre considerare che la modifica del testo normativo dopo che sia stato acquisito il parere da parte della Conferenza non è prassi nuova, visto che ciò è avvenuto in passato anche con riguardo ai procedimenti di approvazione dei decreti legislativi che prevedono espressamente il parere della Conferenza se non l'intesa con la/le Regione/i interessata/e. Una modifica del testo è avvenuta, ad esempio, dopo che era stato raggiunto l'accordo fra Stato e Regioni in fase di approvazione del c.d. Codice dell'ambiente (d.lgs. 153/2006)[21].

Nel caso odierno la situazione era più complessa visto che prima dell'emanazione del decreto-legge n. 26/2020 non vi era stato un intervento formale della Conferenza Stato/Regioni con relativo parere, ma la semplice comunicazione al Presidente della Conferenza delle regioni che, come abbiamo già visto

evitare". In altre parole, quando viene meno il principio della leale collaborazione in genere la responsabilità deve essere cercata da entrambe le parti.

[21] Circostanziato è il racconto dell'*iter* tormentato d'approvazione del decreto legislativo descritto da R. BIN, *op. ult. cit*., 702, che mette ben in evidenza che anche quando non vi sono contrapposizioni politiche fra regioni, il tendenziale carattere accentratore e poco proclive alla collaborazione da parte dello Stato, spesso prevale con grave violazione del principio di leale collaborazione che dovrebbe sempre prevalere.

più volte in questa ricostruzione degli avvenimenti emergenziali, aveva il compito di verificare le diverse posizioni dei Presidenti di regione e poi riferire al governo.

Fra l'altro, il contenuto di questo decreto legge è ora in fase di conversione oggetto di ampia discussione[22] ed in questa seconda fase si è attivato un procedimento di interlocuzione con le regioni e con le opposizioni più articolato e coordinato, in cui sono emersi anche indirizzi diversi indipendentemente, anche in questo caso, dall'indirizzo politico del Presidente della Regione, ma con valutazioni di opportunità contingente[23].

Altra importante contrapposizione si è riscontrata fra governo e regione Calabria sul contenuto dell'ordinanza n. 37 del 29 aprile 2020 che prevedeva la riapertura di bar e ristoranti con l'uso allargato ai tavoli all'aperto e non limitato al *take away* come previsto dalla normativa statale, annullata dal TAR con sent. n. 841/2020. Una decisione articolata, quella del giudice amministrativo, che meriterebbe un'attenta osservazione in tutte le sue parti, visto che presenta delle affermazioni improprie da un punto di vista costituzionale, come ad esempio quella attinente all'assenza di una riserva di legge nell'art. 41 Cost., fermandosi impropriamente al contenuto del primo comma e dimenticando completamente tutta la dottrina e la giurisprudenza costituzionale che ha precisato la sua portata[24]. D'altra parte, l'ordinanza della Regione Calabria era stata anticipata da una stretta interlocuzione con il governo e le diverse posizioni di merito non avevano portato ad una soluzione condivisa e quindi da un punto di vista formale i presupposti per evitare il ricorso erano stati attivati pienamente da parte del governo[25].

[22] Il testo del decreto legge è ora in discussione alla Camera (A.C. *2471-A*) con contrapposizioni anche in ordine all'uso del decreto legge, non tanto per l'oggettiva situazione di emergenza, ma perchè in violazione dei limiti contenuti nell'art. 15 della legge n. 400/1988 e della riserva d'Assemblea contenuta nell'art. 72 Cost., in parte superabili, come è avvenuto anche in passato, in virtù della constatazione che si tratta di "un provvedimento che non riguarda la forma elettorale (...) ma è di contorno" come precisato dall'On. Ceccanti in sede di discussione nella Commissione Affari costituzionali.

[23] Si pensi, ad esempio, al diverso interesse che hanno i Presidenti di Regione già ricandidati ad uno svolgimento più rapido delle elezioni, rispetto a quelli che hanno invece esaurito i due mandati o comunque non ricandidati dal proprio partito.

[24] Cfr. in modo riassuntivo L. CASSETTI, *Art. 41*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, vol. I, il Mulino, Bologna, 2018, 267; R. NIRO, *Art. 41*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione,* UTET, Milano, 2006, 852 ss. E per la giurisprudenza costituzionale è sufficiente ricordare la sent. n. 4 del 1962.

[25] Non si può non rilevare, tuttavia, che da un punto di vista sostanziale l'indirizzo adottato dalla Calabria di privilegiare l'uso del servizio al tavolo rispetto al semplice *take-away* è stato poi considerato più sicuro ed anzi imposto con ordinanza adottata in Lombardia in fase pre-emergenza (26 febbraio 2020), e poi nuovamente adottata nella fase 2 dal sindaco di Milano con ordinanza del 26 maggio limitatamente al divieto di vendita di bevande alcoliche dalle 19 alle 7 con obbligo di servizio solo al tavolo.

Molto diversa è stata poi la vicenda dell'apertura anticipata delle attività economiche decisa dalla Provincia autonoma dell'Alto Adige che, più accorta da un punto di vista procedurale, ha evitato di approvare un'ordinanza immediatamente impugnabile dinanzi al TAR ed ha quindi approvato in una notte la legge n. 4 dell'8 maggio 2020 sull'apertura anticipata dei negozi, minacciata subito d'impugnazione, che poi non lo è stata.

Non si tratta certamente di due trattamenti disuguali da parte del governo, ma di soluzioni normative scelte dalle Regioni che hanno attivato un atteggiamento diverso. Il governo avrebbe potuto rinviare la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale, ma un intervento della Consulta sarebbe stato in ogni caso tardivo e privo d'interesse per le parti, facendo venir meno i presupposti del ricorso.

Forse non ci sarà mai una pronuncia della Corte costituzionale su queste vicende dell'emergenza *Coronavirus*, ma le indicazioni che già emergono dalla relazione di fine anno della Presidente Cartabia sono indicative del percorso che deve essere sempre seguito nelle fasi d'emergenza da parte del governo nei rapporti con le regioni «La Costituzione, infatti, non contempla un diritto speciale per i tempi eccezionali, e ciò per una scelta consapevole, ma offre la bussola anche per "navigare per l'alto mare aperto" nei tempi di crisi, a cominciare proprio dalla leale collaborazione fra le istituzioni, che è la proiezione istituzionale della solidarietà tra i cittadini».

Il termine "solidarietà"[26] costituisce pertanto il filo rosso che deve caratterizzare ogni azione dello Stato.

6. Conclusioni

Non si può dubitare che, nonostante tutto, il sistema delle conferenze costituisca a tutt'oggi l'unico strumento presente nel nostro ordinamento al fine di assicurare un coordinamento fra lo Stato e le Regioni. La presenza di indirizzi politici diversi fra il governo nazionale e la maggioranza delle regioni rafforza la necessità che il dialogo sia garantito e, se possibile, rafforzato. Quello che tuttavia emerge da questa fase è un'eccessiva concentrazione delle competenze nel ruolo di filtro del Presidente della Conferenza senza la possibilità di piena interlocuzione delle diverse posizioni regionali. Non sempre la concertazione può giungere ad un risultato unitario e compito del governo è in questi casi

[26] Principio mai sufficientemente studiato e acquisito nell'ordinamento, nonostante i tanti studi sul tema. Cfr. fra i tanti, A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, *Forumcostituzionale.it*, 20 aprile 2015; F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002.

un'assunzione di responsabilità e di decisione, ma solo dopo aver ascoltato i diversi indirizzi regionali[27].

Il sistema delle Conferenze, anche se non costituzionalizzato, costituisce un'asse portante della nostra forma di Stato che deve bilanciare il principio di unità della Repubblica con quelli dell'autonomia e del decentramento entrambi contenuti nell'art. 5 Cost. Una conflittualità assiologica che legittima l'attivazione di tutti quei meccanismi che consentano l'individuazione e l'uso di procedure di equilibrio fra le rispettive competenze, sia in tempi ordinari che in fasi d'emergenza. Se quindi si è ritenuto che la fase di concertazione potesse essere attivata attraverso il ruolo di comunicatore, di collettore delle diverse posizioni e di mediatore del solo Presidente della Conferenza, se la rapidità delle decisioni del governo da prendere possono aver portato a non dare la possibilità alle regioni di esprimere i propri rilievi, se il coinvolgimento non è stato possibile per esigenze impellenti, occorre che ci si attivi in futuro per pensare a meccanismi che, anche in fase d'emergenza, non escludano il giusto coinvolgimento dei vari interessi coinvolti[28].

Parimenti, il superamento della fase dell'emergenza verso cui pare ormai indirizzarci, induce anche ad auspicare di poter recuperare il prima possibile il precedente assetto delle competenze, la corretta concertazione e la leale cooperazione fra stato centrale e regioni.

Come scriveva Paolo Barile, nelle ultime pagine del volume de "I diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali", in una sorta di elemento di chiusura al fine di garantire in tutte le situazioni, anche di emergenza, i diritti di libertà, "i poteri dello Stato debbono far fronte alla esigenze della necessità, evidentemente – in primo luogo almeno – usando i poteri che essi possiedono in via ordinaria". Ammette poi una deroga, ma "la necessità deve essere fronteggiata con mezzi che si discostino il meno possibile da quelli ordinari, previsti dal diritto positivo per situazioni affini, e che siano suscettibili di avviare l'ordine violato verso la sua reintegrazione".

Un importante auspicio per il modo di agire delle istituzioni in futuro.

[27] Si pensi alla decisione della possibilità di spostamento fra regioni riconosciuta in tutta Italia e messa in dubbio da molte regioni del centro-sud, a differenza da quanto richiesto e poi riconosciuto alle regioni del Nord. Indirizzi assolutamente indipendenti da posizioni politiche dei rispettivi Presidenti, ma che trovano fondamento solo nella supposta necessità di garantire i propri territori e i rispettivi servizi sanitari regionali che potrebbero subirne le conseguenze.

[28] Le nuove tecnologie potranno, ad esempio, sicuramente agevolare, in situazioni d'emergenza, una riunione della Conferenza Stato/Regioni in tempi più rapidi, eliminando quindi i vincoli procedurali dei termini di convocazione.

LA CRISI DELLO "STATO MODERNO" E L'EMERGENZA PANDEMICA: APPUNTI SUL RUOLO DELLE CAMERE NELLA LOTTA CONTRO IL CORONAVIRUS*

GIAN LUCA CONTI**

Sommario

1. – Lo Stato moderno e la sua crisi: dopo il terremoto, la pandemia. – 2. La conversione di taluni (non tutti) i decreti-legge pandemici, fra aporie atomistiche e mozioni omnibus. – 3. Istruttoria legislativa e smarrimento di senso del Comitato per la legislazione: la prospettiva della riduzione dei parlamentari. – 4. Necessità e urgenza: un sindacato avvolto dal segreto. –5. *Mala tempora incumbunt*?

Abstract

The pandemic, like the Messina earthquake, requires us to investigate the reasons for the crisis of the "modern" state. At the time, these reasons were identified essentially in the difficulty of ensuring adequate political representation for the interests expressed by the world of economics and work. The solution was the Carnaro Charter and things didn't go too well. Now, the problem lies in some details of parliamentary law (decreti-legge that repeal other decreti-leggi with very complex consequences for the constitutional theory ; amendments that become agendas without a body able to check their respect by the Government; the practice of maxi-amendment leading to a de facto mono-chamber; the Copasir which judges on the situation of extraordinary necessity and urgency which has led to an unprecedented limitation of constitutional freedoms and fundamental rights).

The true legacy of the pandemic is not only having given health as a value capable of overwhelming any other constitutional value, but also having entrusted the task of defining the hierarchy between constitutional values to the Government, bypassing the Parliament's role, which has reduced to approving a motion calling for a return to the decree-law (19 May 2020).

Mala tempora incumbunt?

Suggerimento di citazione

G. L. CONTI, *La crisi dello "Stato moderno" e l'emergenza pandemica: appunti sul ruolo delle Camere nella lotta contro il coronavirus*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il contributo costituisce la rielaborazione dell'intervento tenuto al *webinar* "Le fonti normative dell'emergenza", organizzato dalla *Rivista* e svoltosi il 30 aprile 2020.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Pisa.
Contatto: gianluca.conti@unipi.it

© 2007-2020 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIII – Fascicolo speciale/2020
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Premessa: lo Stato moderno e la sua crisi: dopo il terremoto, la pandemia

L'emergenza pandemica ha prodotto, sinora, quattordici decreti-legge, tre leggi di conversione e tredici decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri nonché un numero pressoché sconfinato di contributi che si sono interrogati sulla legittimità e la validità delle soluzioni adottate per far fronte a una situazione grave quanto un conflitto mondiale.

Il punto di vista di queste pagine riguarda alcuni dettagli essenzialmente di diritto parlamentare, come l'intarsio fra le fonti determinato dalla abrogazione di un decreto-legge in corso di conversione da un decreto-legge non ancora convertito, il richiamo da parte di una legge di conversione di una disposizione contenuta in un decreto-legge non ancora convertito, il significato della mozione con cui la Camera dei Deputati invita il Governo a utilizzare il decreto-legge per limitare le libertà dei diritti dei cittadini, il ruolo del Comitato per la legislazione anche nel prisma della prospettata riforma costituzionale che ha per oggetto la riduzione del numero dei parlamentari, e, infine, il ruolo del Comitato parlamentare di controllo per la sicurezza pubblica nella conversione dei decreti-legge pandemici, con particolare riferimento alla sussistenza o meno di una situazione di straordinaria necessità e urgenza in grado di giustificare le limitazioni alle libertà e ai diritti fondamentali che sono state adottate.

Queste pagine muovono da una suggestione di carattere storico: la prolusione di Santi Romano sullo Stato moderno (1909) e la sua crisi è stata scritta all'indomani del terremoto di Messina (28 dicembre 1908), un evento che ha scosso le certezze maturate nello Stato liberale[1], e si è profondamente interrogata sul venir meno di alcuni dei presupposti che avevano determinato la razionalizzazione della forma di Governo a partire dall'art. 3 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1789.

Vi è un legame forte fra l'emozione suscitata da un evento senza precedenti, capace di riportare l'uomo allo stato di natura e la riflessione con cui Santi Romano affronta lucidamente il problema della crisi della rappresentanza politica determinata fra l'altro dal feudalesimo funzionale[2], ma anche dall'emergere di una morale eroica che rifiutava l'idea della eguaglianza di

[1] M. LA TORRE, *La fine dell'Ottocento. Il terremoto di Messina e lo stato di eccezione*, in *Mat. st. cult. giur.*, 1/2019, part. p. 97 ss. e, ovviamente, S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione dei terremoti di Messina e Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909 (ora in Id., *Scritti minori*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1990, p. 362).

[2] Sul feudalesimo funzionale, vedi G. MOSCA, *Feudalesimo funzionale*, in *Corriere della Sera*, 19 ottobre 1907: «partendo da una dottrina che proclama la distinzione della proprietà privata, si è arrivati a creare un'altra forma di proprietà privata: quella del posto che si occupa, sia in un grande opificio sia in uno dei tanti pubblici servizi». Sul tema, A. MORRONE, *Per il metodo del costituzionalista. Riflettendo sullo Stato moderno e la sua crisi di Santi Romano*, in *Quad. cost.*, 2/2012, part. p. 374.

tutti dinanzi alla legge, dal venire meno della idea di una "fusione" fra Governo e popolo, secondo le suggestioni di Leon Duguit, dall'erompere della consapevolezza che i rapporti sociali oggetto del diritto pubblico non potessero più esaurirsi nel rapporto fra gli individui, da una parte, e lo Stato e le comunità territoriali minori, dall'altra.

La riflessione di Santi Romano sullo stato di eccezione e la sua riflessione sulla crisi dello Stato moderno, di quello che allora si poteva definire Stato moderno, sono intimamente collegate.

È l'emozione suscitata dalla difficoltà del diritto a mantenere salde le sue certezze dinanzi a una tragedia di proporzioni spaventose che consente di interrogarsi sulla crisi dello Stato moderno che, in quel momento, ma ancora oggi, era essenzialmente crisi della idea di rappresentanza politica[3], disagio verso un meccanismo di espressione della volontà pubblica che non riesce a realizzare un effettivo coinvolgimento del popolo nella definizione dell'indirizzo politico[4].

La razionalizzazione dello stato di eccezione pone sicuramente la questione del suo (non) fondamento costituzionale[5], ma nello stesso tempo interroga la coscienza del costituzionalista sullo stato di evoluzione del sistema e la sua capacità di rispondere efficacemente ai bisogni della società che deve governare.

La prolusione pisana di Santi Romano si interroga, fra le altre cose, sulla crisi della rappresentanza politica.

Lo stato di emergenza che ha scosso la Repubblica in questo faticoso primo semestre del 2020 non mette in crisi la rappresentanza politica e la logica del libero mandato parlamentare: sono in crisi da molto tempo e, probabilmente, questa crisi è giunta a un punto irreversibile, anche se non ha ancora trovato il suo sfogo storico e costituzionale[6].

[3] C. MAGNANI, *Stato e rappresentanza politica nel pensiero giuridico di Orlando e Romano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2/2000, part. p. 349 e ss.

[4] Il pensiero di Orlando e di Romano sul tema della crisi della rappresentanza politica non era certo isolato: G. ARCOLEO, *Diritto costituzionale, storia e dottrina*, Jovene, Napoli, 1890; V. MICELI, *Il concetto giuridico moderno della rappresentanza politica*, Tip. Boncompagni, Perugia, 1892; G. JONA, *La rappresentanza politica*, Sarasino, Modena, 1893; ID., *Valore sociologico della rappresentanza*, in *Arch. dir. pubbl.*, II, 1892; L. ROSSI, *I principi fondamentali della rappresentanza politica*, Tip. Fava e Garagnani, Bologna, 1894; M. SIOTTO PINTOR, *Il sistema parlamentare rappresentativo. Mali e rimedi*, Roux e Frassati, Torino, 1895 e, soprattutto, V. E. ORLANDO, *La decadenza del governo parlamentare*, in *Rass. sc. soc. pol.*, 15 agosto 1884.

[5] Su cui, è sempre attuale il pensiero di A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo a uno studio del potere* extra ordinem *del Governo*, Giappichelli, Torino, 2001 e in particolare le osservazioni svolte nel terzo capitolo sul rapporto fra potere di emergenza e forma di governo parlamentare nel tessuto costituente.

[6] In questi termini, Luciani: «[...] la perdita delle identità collettive e (addirittura) individuali; lo smarrimento del senso del legame sociale; la volatilità dei ruoli sociali, tutto rende problematica la stessa identificazione del soggetto da rappresentare. Il difficile, insomma, è comprendere "chi" e "cosa" viene rappresentato, una volta che lo si rappresenta, perché la stessa identità del démos è labile» (M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. ZANON, F.

Pone in discussione l'idea che il Parlamento possa svolgere un'azione efficace di controllo politico nei confronti del Governo e che attraverso il controllo politico esercitato dal Parlamento sul Governo si siano modificati, assestandosi, i mobili tratti caratterizzanti della forma di Governo parlamentare che si snoda a partire dall'ordine del giorno Perassi, spostando il fulcro dell'attività parlamentare dalla rappresentanza politica come strumento di indirizzo alla rappresentanza politica come strumento di controllo[7].

L'idea che la crisi della rappresentanza politica come strumento di sintesi e di indirizzo possa essere in qualche modo rabberciata attraverso l'uso della rappresentanza politica come strumento di controllo è emersa fra la fine degli anni sessanta e l'inizio degli anni settanta del XX secolo, negli anni d'oro del centralismo parlamentare determinato dal convergere della *conventio ad excludendum*, delle complessità dialettiche che hanno sempre caratterizzato il maggior gruppo parlamentare di quegli anni, della vivacità tattica dei partiti laici minori e socialisti, nel pensiero dell'Autore che, forse, ha più saputo leggere e interpretare i germi contradditori che andavano maturando in quegli anni.

Per Manzella[8], il Parlamento opera come un "organo di funzioni" della comunità politica e la funzione di controllo parlamentare si colloca in una posizione mediana fra l'organizzazione dello Stato persona e quella dello Stato comunità. In altre parole, il Parlamento, inteso come organo del popolo, ha il compito di far sì che le istituzioni operino in maniera efficiente rispettando il principio di eguaglianza e di partecipazione popolare, con una funzione di garanzia della Costituzione.

Non è difficile trovare questa impostazione nella riforma regolamentare del 1970, che appare costituire ancora oggi l'ossatura di fondo dell'architettura

BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 117).

[7] Sul controllo parlamentare, N. LUPO, *La funzione di controllo parlamentare nell'ordinamento italiano*, in *Amministrazione in Cammino*, 4 marzo 2009; A. MANZELLA, *La funzione di controllo*, in AA.VV., *Annuario 2000. Il Parlamento*, Atti del XV Convegno Annuale dell'Associazione Italiana Costituzionalisti, Firenze 12-13-14 ottobre 2000, Padova, Cedam, 2001, p. 219; V. DI CIOLO, *Aspetti teorici e pratici delle udienze legislative in Italia*, in *Rass. Parl.*, 1968, p. 650.

[8] A. MANZELLA, *I controlli parlamentari*, Giuffrè, Milano, 1970, ma anche Id., *Le funzioni del Parlamento in Italia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1974, p. 393 ss.; *Il Parlamento come organo costituzionale di controllo*, in F. LANCHESTER, R. D'ORAZIO (a cura di), *Gli organi costituzionali di controllo nella storia costituzionale repubblicana. Atti del convegno in memoria di Giustino D'Orazio*, Cedam, Padova, 2018, p. 31 ss. Occorre, con timidezza di nota, ricordare che il pensiero di Manzella si sviluppa a partire dalla considerazione che i partiti politici avrebbero maturato una funzione omogeneizzante nei confronti di Parlamento e Governo, nel senso che le scelte maturate da questi due organi costituzionali si pongono a valle di una contrattazione serrata fra i partiti i quali concorrono direttamente all'indirizzo politico.

© Osservatoriosullefonti.it, fasc. speciale/2020

normativa sulla base della quale le Camere esercitano le loro funzioni, e in alcuni dei suoi sviluppi maggiormente significativi, come l'istituzione del comitato per la legislazione, avvenuta con la riforma del regolamento della Camera nel 1997.

Il controllo politico del Parlamento, tuttavia, ha un senso profondo solo se viene caratterizzato in chiave assiologica con riferimento alla partecipazione popolare, secondo la impostazione di Manzella, all'attività di Governo.

Le vicende connesse alla conversione dei decreti-legge (di taluni dei decreti-legge) emanati per fare fronte all'emergenza pandemica confermano la progressiva perdita di senso della funzione di controllo politico esercitata dal Parlamento e la necessità di procedere a un suo profondo ripensamento, anche per effetto della riduzione del numero dei parlamentari che potrebbe essere approvata con referendum costituzionale.

Va da sé che la perdita di senso della funzione di controllo politico determina una ulteriore svalutazione della funzione di rappresentanza esercitata dal Parlamento inteso come organo del popolo.

2. La conversione di taluni (non tutti) i decreti legge pandemici, fra aporie atomistiche e mozioni omnibus

Ad oggi, come si è detto, sono stati convertiti in legge solo tre dei quattordici decreti legge pandemici, si tratta della legge 13/2020 che ha convertito il d.l. 6/2020, della legge 27/2020, che ha convertito il d.l. 18/2020, e della legge 35/2020, che ha convertito il d.l. 19/2020.

I d.l. 9, 11 e 14/2020 sono stati abrogati nella loro interezza dall'art. 1[2], legge 27/2020, di conversione del d.l. 18/2020, nella quale è confluita gran parte del loro contenuto normativo.

Il processo normativo sviluppato per fronteggiare la situazione di emergenza pandemica si presta poco a essere inquadrato nello schema dell'art. 77, Cost., che trova il proprio fondamento nell'art. 70, Cost., inteso come valore che pone al centro della funzione normativa primaria il Parlamento quale organo del popolo.

Questo schema funziona se al verificarsi di una situazione eccezionale, il Governo adotta le misure provvisorie necessarie (nel senso di inevitabili) per superare l'emergenza e il Parlamento nei successivi sessanta giorni le esamina e, se del caso, converte in legge apportandovi le opportune (perché maturate attraverso il dialogo fra i gruppi parlamentari) modificazioni.

Si altera quando il decreto-legge viene reiterato superando ogni plausibile collegamento con una situazione di straordinaria necessità e urgenza (il caso di Corte cost. 360/1996), ma anche quando il rapporto fra legge di conversione e decreto-legge perde di univocità perché il decreto-legge si accompagna ad altri decreti-legge emanati per fare fronte alla situazione di straordinaria necessità e

urgenza e nella pendenza del procedimento legislativo di conversione il tessuto ordinamentale disegnato dal Governo si muove continuamente, di talché il Parlamento non opera più su di una situazione statica caratterizzata dal bisogno di controllo politico espresso dall'atto normativo con cui il Governo ha inteso emanare le misure inevitabili per fare fronte a una situazione imprevista e imprevedibile, ma piuttosto su una situazione in complesso divenire nella quale il procedimento legislativo di conversione interviene su di un atto che, nel frattempo, è stato modificato (abrogato con modificazioni) da successivi decreti-legge e che deve essere integrato con riferimento a contenuti normativi espressi da altri decreti-legge non ancora convertiti[9].

Entrambi questi fenomeni devono essere indagati. Da una parte, nel corso della emergenza pandemica, il Governo ha più volte abrogato i decreti-legge oggetto del procedimento legislativo di conversione introducendo modifiche al loro contenuto in successivi decreti-legge. Dall'altra parte, nel procedimento legislativo di conversione, è accaduto che il Parlamento abbia inserito dei riferimenti attivi a norme stabilite in decreti-legge non ancora convertiti.

Nel primo caso, l'abrogazione della norma contenuta in un decreto-legge ad opera di un decreto-legge successivo, ovviamente, sottrae al Parlamento l'oggetto del proprio controllo politico e, nello stesso tempo, come è stato osservato e come si cercherà di ricostruire, può avere l'effetto di reiterare il contenuto normativo espresso dalla norma abrogata che "risorge" nella disposizione abrogante.

Nel secondo caso, il Parlamento richiama in una sua legge un contenuto normativo precario espresso da un decreto-legge che non ha ancora convertito (e che potrebbe essere non convertito o convertito con modificazioni), sicché esprime una sorta di "profezia" circa l'esito di un controllo politico che ancora non è stato svolto.

In entrambi i casi, cade il rapporto di corrispondenza fra situazione di straordinaria necessità e urgenza, decreto-legge e disegno di legge di conversione, che viene sostituito da un molto complesso e frammentario ammasso di norme le quali sono state elaborate con riferimento a un determinato istante storico e possono essere lette solo con riferimento a quell'istante.

Non più un decreto-legge e la sua legge di conversione, ma piuttosto un insieme di decreti-legge e di leggi di conversione nei quali abbondano i riferimenti reciproci poiché i decreti-legge successivi intervengono sul contenuto dei decreti-legge precedenti e le leggi di conversione fanno riferimento anche ai decreti-legge non ancora convertiti.

[9] Vedi M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Oss. cost.*, 3/2020.

La dottrina più attenta[10], come pure la giurisprudenza del Comitato per la legislazione[11], ha segnalato i problemi che possono sorgere nel caso in cui le disposizioni contenute in un decreto legge in corso di conversione siano abrogate da un successivo decreto legge.

Apparentemente si impedisce al Parlamento di pronunciarsi sulla conversione della norma abrogata, espungendola dall'ordinamento prima della sua conversione. In realtà, cambia la natura del controllo politico esercitato dal Parlamento che, nello schema dell'art. 77, Cost., dovrebbe avere per oggetto la corrispondenza ai valori costituzionali e alla volontà popolare della norma oggetto di conversione mentre in questo caso ha per oggetto la norma che ha abrogato o che ha modificato la norma oggetto di conversione, della quale è stata prorogata l'efficacia nel tempo. La legge di conversione si trasforma, diventa esercizio di un potere al contrario, poiché l'unica cosa che il Parlamento può non convertire è l'abrogazione da parte del successivo decreto legge della disposizione contenuta nel decreto legge abrogato.

I problemi di diritto intertemporale che possono sorgere non sono pochi.

Nel caso di semplice abrogazione, si possono avere due casi: il Parlamento converte in legge il decreto legge abrogante (non si pone nessun problema); il Parlamento non converte in legge il decreto legge abrogante, di talché la norma che ha abrogato il decreto legge decade con efficacia *ex tunc* determinando la potenziale "resurrezione" della norma abrogata, che però non si può verificare perché la norma abrogata è contenuta da un decreto legge anteriore e che non può essere stato convertito essendo stato abrogato sicché anch'essa è decaduta con efficacia *ex tunc.*

Il vero caso di scuola è quello in cui il Parlamento neghi la conversione di un decreto-legge abrogante prima che il decreto-legge abrogato muoia per la seconda volta a causa del decorso del tempo stabilito per la sua conversione. In questo caso, infatti, il decreto-abrogato non potrebbe non "risorgere" e, nello stesso tempo, è difficile immaginare che malgrado la sua abrogazione sia stato convertito in legge, di talché si è costretti a "immaginare" che la mancata conversione del decreto-legge abrogante equivalga alla conversione del decreto-legge abrogato.

[10] P. MILAZZO, *Emergenza e "quasi-reiterazione" del decreto legge. Il caso delle sperimentazioni cliniche sul COVID-19*, in *www.lacostituzione.info*, 13 aprile 2020.

[11] Si veda il parere del Comitato per la legislazione del 31 marzo 2020, sul disegno di legge di conversione del d.l. 19/2020, che richiama un precedente (parere dell'11 dicembre 2019) nel quale si era raccomandato di «evitare in futuro la modifica esplicita – e, in particolare l'abrogazione – di disposizioni contenute in decreti-legge ancora in corso di conversione ad opera di successivi decreti-legge, al fine di evitare forme di sovrapposizione degli strumenti normativi in itinere e ingenerare un'alterazione del lineare svolgimento della procedura parlamentare di esame dei disegni di legge di conversione dei decreti-legge; come definita a livello costituzionale e specificata negli stessi regolamenti parlamentari».

Infine, come è stato acutamente osservato, l'abrogazione di un decreto-legge ad opera di un decreto-legge determina gli stessi effetti della reiterazione del decreto-legge nel caso in cui si accompagna alla riproduzione con modifiche della norma contenuta dal primo decreto-legge: in questo caso, infatti, la norma abrogata produce i suoi effetti sino al momento in cui è stata abrogata e, successivamente, li produce così come modificata dalla norma abrogante, con la conseguenza che la conversione della norma abrogante stabilizza i rapporti giuridici che sono sorti a partire dall'entrata in vigore della norma abrogata ma mai convertita in legge se non indirettamente, attraverso la conversione della norma abrogante[12].

L'altra ipotesi in cui lo schema dell'art. 77, Cost. ma soprattutto il valore della centralità del Parlamento nella funzione legislativa che vi è presupposto viene alterato è quello in cui la legge di conversione di un decreto-legge richiami il contenuto normativo espresso da un decreto-legge non ancora convertito in legge.

È accaduto con l'art. 48, comma 1, d.l. 18/2020, come convertito dalla legge 27/2020, che richiama l'art. 2, comma 1, d.l. 19/2020, che sarà convertito dalla legge 35/2020, ma anche, a titolo esemplificativo e senza alcuna pretesa di completezza, con l'art. 17 bis, d.l. 18/2020 che egualmente richiama l'art. 2, d.l. 19/2020.

In entrambi i casi il riferimento completo riguarda il d.P.C.M. emanato sulla base dell'art. 3, d.l. 6/2020, convertito nella legge 13/2020, e dell'art. 2, d.l. 19/2020, ovvero lo strumento normativo escogitato in forma di ordinanza libera[13] del Presidente del Consiglio dei Ministri per fronteggiare l'emergenza.

[12] Osserva P. MILAZZO, op. e loc. cit., «Alla fine, se in ipotesi (ma come è probabile) il Parlamento dovesse convertire il d.l. n. 23/2020 alla fine del periodo di sessanta giorni di efficacia di quest'ultimo, avremmo il risultato che la disposizione prevista dall'art. 17 del D.L. n. 18/2020, proprio grazie al meccanismo abrogazione/riproposizione posto in essere dall'art. 40 del D.L. n. 23/2020, sarà "vissuta" ed avrà trovato applicazione – sempre sulla base di decreti legge -per un periodo ben più lungo dei sessanta giorni ex art. 77 Cost. In particolare, essa avrà trovato applicazione per il periodo fra l'entrata in vigore del primo decreto legge (17 marzo) e la conversione (o mancata conversione) del secondo: quindi astrattamente fino all'8 giugno 2020.

E, in linea di principio, nulla impedirebbe che un terzo decreto legge prevedesse un meccanismo analogo spostando ancora più in avanti il termine dell'efficacia "precaria" della disposizione.

La conversione, poi, potrebbe ulteriormente complicare le cose. Se il Parlamento convertisse il D.L. n. 18/2020 non modificando l'art. 17 (ed in effetti il Senato ha approvato un d.d.l. di conversione che non tocca questa disposizione), avremmo una situazione per cui la disposizione si applica nella sua versione originaria da D.L. n. 18/2020 fino alla abrogazione intervenuta con il D.L. n. 23/2020, poi torna ad applicarsi la versione originaria dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del D.L. 18/2020, ed infine tornerà ad applicarsi la "seconda versione" della disposizione sulla base della eventuale conversione senza emendamenti dell'art. 40 del D.L. n. 23/2020.»

[13] In questi termini, F. CINTIOLI, *Sul regime del* lockdow*n in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *Federalismi.it*, *Osservatorio Emergenza Covid-19*, 6 aprile 2020, il quale osserva che «il decreto legge ha lo scopo e il merito di predeterminare, questa volta in modo puntuale – mentre si era rimasti fermi ad una formula ben più ampia nel precedente decreto legge n. 23 febbraio 2020, n.

In altre parole, quando il Parlamento ha convertito il d.l. 18/2020 ha sostanzialmente convertito anche il d.l. 19/2020 in una delle sue parti più caratterizzanti sul piano delle fonti del diritto perché l'art. 2, d.l. 19/2020 è la disposizione che giustifica il potere di ordinanza espresso dal Presidente del Consiglio dei Ministri con i suoi decreti di *lockdown*.

Non è facile immaginare che cosa sarebbe potuto accadere se il d.l. 19/2020 non fosse stato convertito in legge e fosse decaduto e, soprattutto, quale sarebbe stato in questo improbabile caso il valore del riferimento da parte della legge di conversione del d.l. 18/2020 a una norma contenuta da un d.l. successivo e non convertito in legge.

Soprattutto, non è facile capire se queste torsioni dell'art. 77, Cost., questa alterazione dei suoi tratti caratterizzanti in cui l'emergenza diviene un ordinamento composto di norme di varia natura e caratura (decreti-legge, leggi di conversione, decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e del Ministro della Salute), il decreto-legge dialoga con la conversione di altri decreti-legge, vuoi perché abrogato prima della sua conversione, vuoi perché convertito prematuramente, possa stabilizzarsi anche quando questa emergenza sarà finita.

L'abbandono della centralità parlamentare appare cristallizzato nella mozione 1-000348, di iniziativa dei deputati Davide Crippa, Delrio, Boschi, Fornaro, Baldini, Ceccanti, Marco di Maio, approvata dalla Camera dei Deputati il 19 maggio 2020, nella quale la Camera, testualmente, impegna il Governo «a privilegiare lo strumento del decreto-legge laddove si tratti di introdurre limiti ai diritti fondamentali e comunque a comunicare tempestivamente al Parlamento ogni tipo di azione intrapresa a tutela della salute pubblica, in ossequio alla centralità dell'assemblea elettiva e nell'ottica di promuovere un suo costante coinvolgimento»[14].

6 – la tipologia di restrizioni che possono essere arrecate alle libertà e ai diritti fondamentali risultanti dall'elencazione dell'art. 1, comma 2. Inoltre, il decreto n. 19, ha dato fondamento legislativo ex post anche alle misure disposte nei decreti e ordinanze adottati precedentemente sulla base del medesimo decreto-legge n. 6.». Il ruolo svolto dall'art. 2, d.l. 19/2020 quale vera e propria norma sulla produzione che giustifica le ordinanze libere adottate dal Presidente del Consiglio dei Ministri per fronteggiare l'emergenza è la ragione per il Parlamento nella conversione di un decreto-legge che non conosceva queste ordinanze in questa forma non ha potuto non tenere presente che la legge di conversione, invece, avrebbe dialogato esattamente con queste ordinanze in questa forma.

[14] La discussione della mozione di maggioranza è stata bilanciata dalla trattazione della mozione di minoranza 1-00346 di iniziativa dei deputati Molinari, Gelmini, Lollobrigida, Lupi, Basini. Il Governo, rappresentato dal Ministro per i rapporti con il Parlamento, on.le D'Incà, ha espresso parere negativo sulla mozione di minoranza e favorevole sulla mozione di maggioranza, sottolineando la ragionevolezza dei limiti imposti alle libertà costituzionali per effetto della preminenza del valore costituzionale rappresentato dal diritto alla salute, preminenza, che, forse, merita di essere messa in discussione, come si è cercato di argomentare nel saggio in corso di pubblicazione sulla Rivista del Gruppo di Pisa dal titolo *Le libertà al tempo del coronavirus, qualche premessa*, al quale, volendo, ci si permette di rinviare.

Con questa mozione, il Parlamento ha esercitato effettivamente la propria funzione di controllo politico sul Governo, considerando l'esperienza normativa del coronavirus come un fenomeno che deve essere valutato nel suo complesso, piuttosto che guardando al singolo provvedimento atomisticamente inteso, e, per il futuro, censurando il ricorso da parte del Governo a strumenti normativi in grado di pretermettere il controllo politico del Parlamento rendendolo indiretto.

Il controllo politico del Parlamento sul Governo in occasione della emergenza pandemica non deve essere considerato atomisticamente dal punto di vista dei singoli procedimenti legislativi di conversione dei diversamente convulsi decreti-legge adottati dal Governo, ma è stato esercitato complessivamente attraverso una costante interlocuzione con il Governo (il Presidente del Consiglio dei Ministri è intervenuto alla Camera il 25 marzo, il 21 e il 30 aprile mentre si è recato al Senato il 26 marzo, il 21 e il 30 aprile), il quale ha coinvolto le parti sociali nella definizione delle misure successivamente adottate.

L'emergenza pandemica è stata affrontata elaborando un insieme di disposizioni estremamente complesso e articolato. Di conseguenza, il controllo politico del Parlamento non si è potuto esercitare unicamente nei confronti dei singoli decreti-legge emanati dal Governo ma ha dovuto prendere in esame il complesso di tutti gli atti emanati, il che è accaduto, alla sola Camera dei Deputati, per mezzo della trattazione delle mozioni di cui si è dato conto.

In questa occasione, il Parlamento ha riaffermato la propria centralità chiedendo, per il futuro, di evitare il ricorso a fonti atipiche e innominate quali le ordinanze libere del Presidente del Consiglio dei Ministri e privilegiando invece lo strumento del decreto-legge.

Che la centralità del Parlamento si trasformi in centralità del decreto-legge è, ovviamente, qualcosa che fa molto pensare perché conferma la trasformazione del Parlamento in organo del popolo chiamato a esercitare una funzione di controllo politico piuttosto che a definirne la volontà.

In questo, però, la lezione che si può trarre dall'esperienza pandemica è la conferma di una tendenza in atto da molto tempo e, allo stato delle cose, probabilmente, irreversibile.

3. Istruttoria legislativa e smarrimento di senso del Comitato per la legislazione anche nella prospettiva della riduzione dei parlamentari

Il ruolo del Comitato per la legislazione, così come scandito dagli artt. 16 bis e 96 bis, r.C. appare sostanzialmente inutile[15].

[15] Sul quale, fra gli altri, F. DAL CANTO, *La qualità della normazione e i suoi custodi*, in M. Cavino, L. CONTE (a cura di), *La qualità della normazione fra legislatore e giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, part. p. 73; gli interventi raccolti al Seminario su *Le fonti sotto la lente del Comitato per la*

Inutili sono stati i suoi rilievi, sul piano pratico, e, forse, questi rilievi, strettamente connessi a un *drafting* non impeccabile dei provvedimenti governativi (nel caso dei d.l. 6 e 19/2020), ovvero del testo licenziato dal Senato (nel caso del d.l. 18/2020) sono apparsi come temi marginali rispetto alla necessità di adottare misure emergenziali sulla cui inevitabile (e perdurante) necessità l'attuale maggioranza di Governo ha fondato la propria capacità di sopravvivenza[16].

legislazione della Camera, in *Federalismi.it*, *Focus fonti*, 9 febbraio 2018; G. PICCIRILLI, *Il ripensamento del Comitato per la legislazione: non un organo rinnovato ma un organo diverso*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2014; T. DE PASQUALE, *La giurisprudenza consultiva del Comitato per la legislazione sulla delegificazione fra modelli e prassi*, ivi, 3/2011; A.A. GENNA, *Il Comitato per la legislazione e le anomalie nel sistema delle fonti del diritto: un tentativo di ricostruzione sui decreti governativi e ministeriali "di natura non regolamentare"*, ivi.

[16] In particolare, in occasione della trattazione del disegno di legge AC 2447 A, di conversione del d.l. 19/2020, il Comitato per la legislazione ha formulato i seguenti rilievi:

valuti la Commissione di merito, per le ragioni esposte in

premessa, l'opportunità di:

- *aggiungere, all'articolo 2, comma 1, dopo le parole: «all'ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630», le seguenti: «pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 32 dell'8 febbraio 2020»*, **il rilievo è stato accolto**
- *approfondire, all'articolo 2, comma 1, ultimo periodo, l'utilizzo dell'espressione: « di norma*, **il rilievo non è stato recepito**
- *aggiungere, all'articolo 2, comma 3, dopo le parole: «decreti del Presidente del Consiglio dei ministri adottati », le seguenti: « e pubblicati nella Gazzetta Ufficiale»*, **il rilievo non è stato recepito**
- *aggiungere, all'articolo 3, comma 1, dopo le parole: «ulteriormente restrittive » le seguenti: « rispetto a quelle vigenti»*, **il rilievo è stato accolto**
- *sostituire, all'articolo 4, comma 1, le parole: « ai sensi dell'articolo 2, comma 1 » con le seguenti: « ai sensi dell'articolo 2, commi 1 e 2 »*, **il rilievo è stato accolto**
- *approfondire la formulazione dell'articolo 4, comma 2*, **il rilievo non è stato recepito**
- *approfondire, all'articolo 4, comma 5, l'utilizzo dell'espressione: «in caso di reiterata violazione della medesima disposizione»*, **il rilievo è stato accolto.**

In occasione della trattazione del disegno di legge AC 2463 A di conversione del d.l. 18/2020, il Comitato per la legislazione ha formulato i seguenti rilievi:

- *ferma restando la necessità, in coerenza con i precedenti pareri del Comitato, di evitare, non appena superata la grave emergenza sanitaria in corso, l'abrogazione di disposizioni di decreti-legge in corso di conversione ad opera di successivi provvedimenti d'urgenza, abbiano cura il Parlamento e il Governo di chiarire, ad esempio con l'approvazione di uno specifico ordine del giorno nel corso della discussione in Assemblea del provvedimento in esame, se l'avvenuta abrogazione di disposizioni del decreto-legge n. 18, ancora in corso di conversione, ad opera del decreto-legge n. 23, comporti la necessità di regolare con legge gli effetti giuridici della loro mancata conversione, in particolare specificando se sia necessario fare salvi gli effetti prodotti nel periodo di vigenza; in tale ipotesi potrebbe essere presa in considerazione l'opportunità di procedere in tal senso nella legge di conversione del decreto-legge n. 23*, **il rilievo non è stato recepito**
- *abbia cura il legislatore di approfondire, nel corso dell'esame del presente provvedimento e in quello del decreto-legge n. 22 del 2020, il coordinamento delle disposizioni dell'articolo 87, comma 3-ter, con quelle di cui all'articolo 1, comma 4, lettera a), del decreto-legge n. 22 del 2020*, **il rilievo non è stato recepito**.

In occasione della trattazione del disegno di legge 2402 A di conversione del d.l. 6/2020, il

Il Comitato per la legislazione ha quindi smarrito la propria ragion d'essere, strettamente connessa alle logiche della XIII legislatura repubblicana[17], che avrebbe voluto la scrittura impeccabile della legge come una operazione bipartisan preliminare agli accordi politici da raggiungere nella sede referente e alla loro ratifica da parte dell'assemblea.

La scrittura impeccabile della legge, tuttavia, è conseguenza di una chiarezza di indirizzo politico e se questa chiarezza manca, il Comitato per la legislazione può correggere gli errori formali commessi nel corso dell'istruttoria governativa ma non può intervenire sul piano della sostanza.

Eppure nello schema del decreto legge come disegno di legge rafforzato[18], che il Comitato per la legislazione vaglia sul piano tecnico, la Commissione esamina cercando il consenso delle opposizioni attraverso la trattazione degli emendamenti e degli ordini del giorno giungendo a un testo che il Governo riprende in mano recependolo (o meno) in un maxi emendamento da sottoporre alla fiducia dell'assemblea, con un forte intervento del Capo dello Stato in sede di emanazione, vi è una tendenza ordinamentale che oramai appare dotata di una forza di inerzia straordinaria, talmente straordinaria da reggere anche a questa temperie[19].

Il disegno di legge AC 2402, di conversione del d.l. 6/2020, successivamente legge 13/2020, ha visto in Commissione alla Camera solo cinque proposte emendative tutte di iniziativa del relatore. In Assemblea sono stati presentati 75 ordini del giorno, gran parte dei quali sono stati approvati previa riformulazione in chiave di raccomandazione o comunque aggiungendo

Comitato per la legislazione ha formulato i seguenti rilievi:

valuti la Commissione di merito, per le ragioni esposte in premessa, l'opportunità di:

- *aggiungere, al comma 1 dell'articolo 1, dopo le parole, «le autorità competenti» le seguenti: «con le modalità previste dall'articolo 3, commi 1 e 2,»* **, il rilievo non è stato recepito**;
- *sostituire, al comma 1 dell'articolo 2, le parole «le autorità competenti possono adottare» con le seguenti: Il Presidente del Consiglio dei ministri, con le modalità previste dall'articolo 3, comma 1, può adottare»***, il rilievo non è stato recepito**;
- *approfondire la formulazione dell'articolo 2***, il rilievo non è stato recepito**.

[17] Vedi E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, I ed., 2013, part. p. 50.

[18] Questo schema, come è noto, risale a Santi Romano (ID., *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Riv. dir. pubbl. e pubbl. amm.*, 1/1909, pt. 1, p. 251-272, part. p. 265) e appare assolutamente coerente con le logiche del monocameralismo di fatto lumeggiate da E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Giappichelli, Torino, 2017.

[19] Si può osservare che, in fondo, si tratta dello stesso schema adottato per la decisione di bilancio e sul quale: C. BERGONZINI, *Parlamento e decisioni di bilancio*, Franco Angeli, Milano, 2014, part. p. 21 ss.; nonché ID., *La riforma della legge di contabilità pubblica (l. n. 163/2016): le principali novità (e alcuni profili critici)*, in *Federalismi.it*, 9/2017, p. 24 ss.; M. NARDINI, *La legge n. 163 del 2016 e le prime prassi applicative della nuova legge di bilancio*, in *Dir. pubbl.*, 2017, p. 568 ss.

l'inciso per il quale il Governo dovrà valutare l'opportunità di impegnarsi, anziché impegnarsi. Al Senato, che ha ricevuto un testo bloccato dalla precedente approvazione da parte della Camera, gli ordini del giorno in Commissione sono stati 19 di cui 18 sono stati accolti come presentati mentre uno solo è stato riformulato. In Assemblea, al Senato, sono stati presentati 38 ordini del giorno e 28 di questi sono stati recepiti con parere favorevole da parte del Governo.

Una situazione molto simile si è verificata per l'AC 2463, di conversione del d.l. 18/2020 (legge 27/2020). Alla Camera, in Quinta Commissione, ci sono state oltre seicento proposte emendative, tutte respinte a causa del mancato raggiungimento di un accordo fra le forze politiche (21 aprile 2020). Il 22 aprile 2020, il Governo ha posto la questione di fiducia sull'identico testo approvato dal Senato. Successivamente sono stati esaminati 342 ordini del giorno, su gran parte dei quali il Governo ha espresso parere favorevole, sia pure intervenendo sulla efficacia vincolante delle prescrizioni[20]. Al Senato, il testo era stato approvato previa apposizione della questione di fiducia il 9 aprile 2020. Il Ministro per i rapporti con il Parlamento ha chiarito, in sede di apposizione della questione di fiducia che il testo era quello elaborato dalla Commissione competente, con alcune modifiche di carattere formale tese essenzialmente ad adeguarlo ai successivi atti nel frattempo emanati dal Governo. Gli ordini del giorno, in questo caso, sono stati 402.

L'AC 2447 di conversione del d.l. 19/2020, successivamente legge 35/2020, sul quale non è stata chiesta la fiducia nella prima lettura avvenuta alla Camera, ha visto gli ordini del giorno ridursi a 104, di cui quelli oggetto di votazione sono stati 25 e uno solo è stato approvato. Sugli altri il Governo si è espresso favorevolmente a condizione di limitare l'efficacia vincolante delle prescrizioni. Al Senato (20 maggio 2020) l'approvazione è avvenuta previa questione di fiducia sull'identico testo approvato dall'altro ramo del Parlamento. In Commissione e in Assemblea sono stati presentati due emendamenti entrambi considerati preclusi.

L'AS 1774 di conversione del d.l. 22/2020, approvato solo dal Senato e ancora in corso di esame da parte della Camera, ha visto 65 ordini del giorno in Commissione, di cui 58 accolti, con la solita precisazione, e in Assemblea 24 ordini del giorno tutti dichiarati preclusi. Anche in questo caso, il Governo non ha posto la questione di fiducia.

L'AC 2461, conversione del d.l. 23/2020, è stato approvato in prima lettura alla Camera quando il Governo, terminata la discussione sulle linee

[20] Con la questione di fiducia posta al termine della discussione sulle linee generali, il Governo ha fatto cadere 219 pagine di emendamenti, in compenso, il giorno successivo, ha mostrato la propria condiscendenza verso 275 pagine di ordini del giorno.

generali, il 25 maggio 2020, ha posto la questione di fiducia[21]. In questo caso, sono stati presentati 231 ordini del giorno, 15 sono stati dichiarati inammissibili dalla Presidenza, 179 sono stati accolti, sia pure con le consuete precisazioni depotenzianti, dal Governo, 27 sono stati respinti.

Da questa indagine, si può ricavare che l'abuso della questione di fiducia, come si usa dire, o la sua normalizzazione, come forse si dovrà cominciare a sostenere con maggiore realismo ed evitando di incorrere negli eccessi dolenti del costituzionalismo, trova due temperamenti: da una parte, il recepimento da parte del Governo degli emendamenti maturati dalla Commissione che ha curato l'istruttoria legislativa e, dall'altra parte, il parere favorevolmente depotenziante su gran parte degli ordini del giorno che vengono presentati sia dalla maggioranza che dalle opposizioni.

Le ragioni che hanno reso sostanzialmente sterile l'intervento del Comitato per la legislazione si muovono anche sul piano tecnico e non solo su quello sostanziale, al quale si è accennato, e il piano tecnico conferma le logiche che si sono intraviste sul piano sostanziale.

Se, come si è cercato di illustrare, la capacità del Parlamento di influenzare le politiche governative tracima dal terreno degli emendamenti al testo proposto dal Governo nel campo degli ordini del giorno accettati, previa riformulazione attenuante, dal Governo, il ruolo del Comitato per la legislazione perde di significato.

Le osservazioni del Comitato per la legislazione hanno un senso nella misura in cui diventano emendamenti per la Commissione competente alla trattazione del disegno di legge e quindi per l'Assemblea.

Non hanno senso per gli emendamenti successivi al suo intervento, né tantomeno con riferimento agli ordini del giorno.

Tutto questo conferma lo scenario ben più ampio in cui il rapporto fra Parlamento e Governo si è sempre più spostato verso la dimensione del controllo politico abbandonando la dimensione costituzionale (tipica?) del Parlamento come asse della produzione normativa di rango primario e del Governo come strumento di attuazione delle politiche decise dal Parlamento.

Il vero problema posto dalla emergenza pandemica, però, è che cosa resterà dopo, se resterà qualcosa, quando sarà necessario impiegare tutte le energie possibili in una ricostruzione "commissariale", prima, e nel rimborso, dopo, dei denari investiti per risollevare la nazione dal disastro di questi tempi.

Lo scenario futuro è quello della riduzione del numero dei parlamentari, una riforma che appare demagogicamente orientata a una ulteriore

[21] La questione di fiducia è stata posta dopo che il testo licenziato dalle Commissioni riunite (X e VI) era tornato alle Commissioni per l'esame di due emendamenti proposti dalle stesse Commissioni e del parere della Commissione bilancio diretto ad assicurare il rispetto dei vincoli derivanti dall'art. 81, Cost. Il Governo ha posto la questione di fiducia sul testo modificato dalle Commissioni riunite.

svalutazione del Parlamento.

In questo scenario, probabilmente, sarà necessario, fra le altre cose, ripensare al Comitato per la legislazione, anche alla luce degli insegnamenti che possono essere ricavati dalla esperienza pandemica.

La prima riflessione riguarda l'utilità del suo lavoro, che è veramente minima se il Comitato per la legislazione resta il primo dei pareri stampati per l'assemblea, ma poi non ha un vero e proprio futuro nell'esame da parte di questa.

Sotto questo aspetto, è possibile seguire il modello della procedura in sede redigente quando, se la Commissione competente non ha aderito ai rilievi del Comitato per la legislazione, tali rilievi diventano l'oggetto di un ordine del giorno dell'Assemblea che, se approvato, determina la necessità per la Commissione di riformulare il testo da sottoporre all'Assemblea (art. 96, comma 4, r.C. come richiamato dall'art. 16 bis, comma 6, r.C.).

Si tratta di una modifica dell'art. 96 bis, r.C. che non è sicuramente impossibile da immaginare soprattutto nel momento in cui la Giunta per il regolamento della Camera si sta preoccupando delle modifiche necessarie a garantire la funzionalità del regolamento negli scenari introdotti dalla riduzione del numero dei parlamentari[22].

La seconda riflessione sorge dal processo di mutazione degli emendamenti. Gli emendamenti, come si è cercato di dimostrare, si spostano verso il terreno degli ordini del giorno e questo movimento è coerente con l'abbandono da parte del Parlamento della funzione di indirizzo politico a favore del controllo politico.

Tuttavia, gli ordini del giorno hanno davvero poco senso se poi non vi è un controllo effettivo sulla loro attuazione da parte del Governo.

Sotto questo aspetto, vi sono due proposte di modifica del regolamento

[22] La legge costituzionale che prevede la riduzione del numero dei Parlamentari è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 12 ottobre 2019 e l'Ufficio centrale per il referendum della Corte di cassazione, con ordinanza depositata il 23 gennaio 2020, ha dichiarato che la richiesta di referendum sul testo di legge costituzionale recante "modifica degli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari", sorretta dalla firma di 71 Senatori, è conforme all'art. 138 Cost. accertando la legittimità del quesito referendario dalla stessa proposto.

Il referendum costituzionale inizialmente previsto per il 29 marzo 2020 è stato aggiornato per effetto della emergenza pandemica a una data che, ragionevolmente, dovrebbe non andare oltre il novembre 2020 e che, probabilmente, si collocherà fra la metà e la fine di settembre, prima che il Parlamento entri nella sessione di bilancio.

Il percorso di aggiornamento del regolamento della Camera è stato iniziato dalla Giunta per il regolamento della Camera dei deputati (sedute del 3 ottobre 2019 e del 4 marzo 2020) e stimolato dalla Commissione Affari Costituzionali della Camera che lo ha trattato nella seduta del 1° ottobre 2019.

A quanto si deduce dal resoconto della seduta della Giunta per il regolamento del 4 marzo 2020, il lavoro della Giunta sarà preceduto da una istruttoria affidata a un comitato ristretto che dovrà riferire al *plenum* dopo lo svolgimento del referendum costituzionale.

della Camera dei deputati che, forse, potrebbero essere di un certo interesse.

Secondo la prima (XVIII legislatura, A.C., Doc. II, n. 11, di iniziativa dei deputati Rosato, Cirielli, Gregorio, Fontana, D'Incà, Amitrano, Comarosa, Bisa, Casciello, Schullian, Dadone, Piccoli Nardelli), lo spostamento della funzione parlamentare verso il crinale del controllo politico del Governo rende opportuno istituire un comitato per il controllo parlamentare.

È difficile immaginare che nello scenario della riduzione del numero dei parlamentari sia possibile istituire un nuovo organo del Parlamento, anche se questo è meno complesso da immaginare alla Camera che non al Senato. Non è invece immaginabile che il Comitato per il controllo parlamentare confluisca nel Comitato per la legislazione.

Secondo la seconda (XVII legislatura, A.C., Doc. II, n. 22, di iniziativa dei deputati Preziosi, Carloni, Carrescia, Prinna), la riduzione del numero dei parlamentari comporterebbe necessariamente il ripensamento del sistema (e delle competenze) delle commissioni permanenti, che si propone di ridurre a dieci, accorpando Esteri e Difesa, Sanità e Lavoro, Tesoro e Bilancio, ma anche di immaginare degli organismi bicamerali di supporto alle attività delle commissioni permanenti.

Sotto questo aspetto, non è impossibile immaginare che il Comitato per la legislazione possa divenire un organismo bicamerale.

In conclusione, il lascito dell'emergenza pandemica per il Comitato per la legislazione è la necessità di ripensare l'efficacia delle sue osservazioni, integrare le sue funzioni con riferimento al seguito degli ordini del giorno recepiti dal Governo, rafforzare la sua collocazione nella cornice del monocameralismo di fatto che, probabilmente, uscirà rafforzato dalla riduzione del numero dei parlamentari[23].

Da una parte, le funzioni svolte dal Comitato per la legislazione continuano a essere centrali per una corretta istruttoria legislativa da parte del Parlamento.

Dall'altra, non si può non essere consapevoli che la sostanziale indifferenza mostrata dai procedimenti di conversione dei d.l. 6, 18 e 19/2020 per i rilievi del Comitato per la legislazione vale come indifferenza verso la qualità normativa della sintesi politica e spinge verso un disallineamento del sistema delle norme dal sistema delle fonti che merita di essere considerato con preoccupazione.

Soprattutto in tempi di emergenza.

[23] Vedi E. LONGO, cit., part. p. 199 ss.

4. Necessità e urgenza: un sindacato avvolto dal segreto

Si potrebbe dire molto delle prassi regolamentari instaurate per effetto della emergenza pandemica[24] e parecchio sulla trattazione in sede referente dei decreti-legge pandemici, che è stata, ma non sono novità, caratterizzata dall'assegnazione a una (o più commissioni riunite) in sede referente, dalla centralità del ruolo del relatore di maggioranza e del Governo nella trattazione in Commissione, dalla tutto sommato marginalità dei pareri resi dalle altre Commissioni interpellate in sede consultiva, dalla assenza di relazioni di minoranza e dall'autorizzazione al relatore affinché riferisse oralmente all'Assemblea.

Altrettanto si potrebbe dire sull'applicazione della prassi dei maxiemendamenti in Assemblea oltre a quanto si è detto per portare alla luce il fenomeno degli ordini del giorno.

Tuttavia, l'aspetto che più stupisce è il modo in cui (non) è stato trattato il problema posto dalla effettiva sussistenza di una situazione di straordinaria necessità e urgenza, talmente straordinaria da consentire una limitazione delle libertà costituzionali mai così invasiva[25].

La discussione parlamentare sin qui svolta, infatti, ha dato per assolutamente scontata l'esistenza di una situazione di straordinaria necessità e urgenza tale da giustificare i poteri eccezionali esercitati dal Presidente del Consiglio dei Ministri, o comunque tale fa giustificare misure eccezionali.

[24] Su cui, S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, in *Oss. cost.*, 3/2020; N. LUPO, *Perché non è l'art. 64 Cost. a impedire il voto "a distanza" dei parlamentari. E perché ammettere tale voto richiede una "re-ingegnerizzazione" dei procedimenti parlamentari*, ivi.

[25] Vedi F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *Oss. cost.*, 3/2020; F. RESCIGNO, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, ivi; M. TRESCA, *Le fonti dell'emergenza. L'immunità dell'ordinamento al Covid-19*, ivi; P. CARROZZINO, *Libertà di circolazione e soggiorno, principio di legalità e gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, ivi; M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "Covid-19"*, ivi; G. DE GIORGI CEZZI, *Libertà dalla paura. Verso nuove forme di libertà per le collettività*, in *Federalismi.it*, 6/2020, cui adde F. LANCHESTER, *Emergenza coronavirus: sospensione dei diritti, intervista di Giovanna Reanda al Professor Fulco Lanchester*, Radio Radicale, 6 marzo 2020, disponibile al link: http://www.radioradicale.it/sche-da/600293/emergenza-coronavirus-sospensione-dei-diritti-intervista-al-professor-fulcolanchester; M. OLIVETTI, *Così le norme contro il virus possono rievocare il «dictator»*, in "Avvenire", 11 marzo 2020, p. 3; I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Quest. giust.*, 18 marzo 2020; E. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *BLJ*, 2, 2020; G. GUZZETTA, *Il decreto legge sull'emergenza e la retroattività delle nuove sanzioni*, in *Il Dubbio*, 28 marzo 2020, p. 15; A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Dir. reg. – Forum: la gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, regioni ed enti locali*, 1/2020, del 21 marzo 2020; B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, 6/2020, 18 marzo 2020; M. CAVINO, *Covid-19.Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it - Osservatorio emergenza Covid-19*, 18 marzo 2020; A. MORELLI, *Il Re del piccolo principe ai tempi del coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Dir. reg.*, 1/2020, 4 aprile 2020; S. PRISCO, F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *Federalismi.it – Osservatorio-Covid-19*, 24 marzo 2020.

Non si è invece interrogata sulla effettiva esistenza di questa situazione e sulla effettiva ragionevolezza delle misure adottate con riferimento al pericolo che intendevano fronteggiare.

O perlomeno ha toccato questi interrogativi con una certa disinvoltura, basandosi su notizie di giornale piuttosto che sui dati forniti dal Governo, il quale, nelle relazioni di accompagnamento ai disegni di legge di conversione ha rappresentato la situazione di straordinaria necessità e urgenza con formule di stile che non approfondiscono più di tanto la reale consistenza di scelte che, nelle parole del Ministro per i rapporti con il Parlamento, hanno avuto la consistenza di "decisioni tragiche"[26], e che, perciò, in una logica di controllo politico, avrebbero avuto bisogno del conforto parlamentare.

Le decisioni adottate dal Governo, infatti, meritano di essere inquadrate all'interno dei valori evocati dal principio di precauzione[27], i quali per poter essere condivisi meritano una seria condivisione delle basi scientifiche che suggeriscono una ragionevole fondatezza dei timori da fronteggiare in modo che il decisore politico possa capire se tali basi scientifiche rendono opportuno un approccio minimalista (nel caso di un ragionevole timore per la salute pubblica, l'inesistenza di una certezza consente di adottare le misure precauzionali necessarie per fugarlo) o massimalista (nella stessa ipotesi, l'inesistenza di una certezza circa l'assenza di rischi per la salute pubblica impone di adottare le misure precauzionali).

Al contrario, quando oramai le Fasi 1 e 2 dell'emergenza pandemica stavano quasi esaurendosi, il Ministro per la Salute si è "lasciato sfuggire" che le dimensioni di questa emergenza, per come note al Governo, ma non anche al Parlamento, fra la fine di gennaio e l'inizio di febbraio erano tali da rendere necessario apporre sulle stesse il segreto per evitare di diffondere il panico fra la popolazione: si parlava di uno scenario con oltre ottocentomila vittime[28].

Su questi scenari, sulla effettiva consistenza degli studi scientifici che il Governo, secondo le parole del Ministro per la Salute, ha utilizzato per giustificare le misure eccezionali adottati e l'interpretazione del principio di precauzione scelta per fronteggiare l'emergenza pandemica, il Parlamento non ha discusso.

[26] In questi termini, l'intervento del Ministro per i rapporti con il Parlamento alla Camera dei Deputati, il 19 maggio 2020, in occasione della discussione delle mozioni 1-000348 e 1-000346, di cui si è già dato conto. Il riferimento è a G. CALABRESI, P. BOBBITT, *Scelte tragiche*, ed. it., Giuffrè, Milano, 2006.

[27] Sul quale, per tutti, C.S. SUNSTEIN, *Il diritto della paura: oltre il principio di precauzione*, ed. it., Il Mulino, Bologna, 2010.

[28] Vedi, volendo, G.L. CONTI, *Principio di precauzione e segreto di Stato*, in *www.jusbox.net*, 23 aprile 2020.

O meglio: non ne ha discusso in sede di conversione dei decreti-legge pandemici. Ne ha invece discusso, pare ragionevole ipotizzare, all'interno del Comitato Parlamentare per la Sicurezza della Repubblica, che ha convocato il Ministro per la Salute il 28 aprile 2020 e lo ha intrattenuto, insieme alla dottoressa Federica Zaino, capo della sua segreteria particolare, per circa due ore[29].

Ci si deve, tuttavia, interrogare se sia costituzionalmente ammissibile che il Parlamento chiamato a convertire in legge un decreto-legge, non possa conoscere dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza che lo giustificano perché questi sono coperti dal segreto di Stato.

Probabilmente, è possibile, ma in questo caso il segreto di Stato deve essere ritualmente apposto, seguendo lo schema e le garanzie di cui alla legge 124/2007 e cercando il più possibile di evitare l'aporia per cui se le notizie fossero false o comunque esagerate, il Presidente del Consiglio dei Ministri, da solo o in concerto con gli altri Ministri, avrebbe limitato le libertà costituzionali dei cittadini per oltre sessanta giorni, compiendo un qualcosa che può assomigliare a un attentato alla Costituzione, ma con la certezza che questi fatti resteranno segreti, e che quindi il suo eventuale reato resterà impunito, poiché l'art. 39, legge 124/2007 non esclude dal segreto di Stato i fatti che possono

[29] Anche su questo, vedi, volendo, G.L. CONTI, *Il segreto pandemico*, ivi, 30 aprile 2020, dove fra le altre cose si osserva: «Le notizie "vere" sulla pandemia potrebbero essere tenute riservate per due opposti ordini di ragioni. Da una parte, il Governo potrebbe ritenere che queste notizie, se di dominio pubblico, potrebbero scatenare il panico fra la popolazione. In questo caso, la riservatezza potrebbe non essere irragionevole, anche se discutibile la sua trattazione da parte del Copasir e non dall'aula, magari riunita, come si usa in tempo di guerra, senza resoconto stenografico e con vincolo di segretezza.

Dall'altra parte, le notizie "vere" potrebbero essere molto meno pessimistiche di quelle che i bollettini della protezione civile diffondono di giorno in giorno, con una attendibilità statistica che è stata posta in dubbio fin dai primi giorni della pandemia, quando il presidente dell'ISTAT ha dichiarato che la cosa migliore, sul piano della attendibilità scientifica, sarebbe stata selezionare dei campioni significativi della popolazione e verificare su questi campioni l'andamento del virus.

In questo caso, il Governo, anzi il Presidente del Consiglio dei Ministri, avrebbe tenuto segrete delle notizie che, in realtà, rivelano un reato perché l'aver sospeso le libertà costituzionali dell'intera popolazione per sessanta interminabili giorni, impedendo lo svolgimento di elezioni e consultazioni referendarie, costituisce qualcosa di vicino all'attentato alla Costituzione se non viene più che congruamente motivato e la motivazione regge alla prova dei fatti.

Sotto questo aspetto, vi è da rammentare che il segreto di Stato, ai sensi dell'art. 39, legge 124/2007, può essere apposto anche sui fatti che possono integrare il reato di attentato alla Costituzione (l'art. 39 esclude dal segreto di Stato gli artt. 282, 416 bis, 416 ter, e 422, c.p. non l'art. 283); che, in questo caso, il responsabile dell'attentato alla Costituzione sarebbe il Presidente del Consiglio dei Ministri; che il Presidente del Consiglio dei Ministri ha il potere di apporre il segreto di Stato (art. 39, quarto comma, legge 124); che è il Presidente del Consiglio dei Ministri che riferisce al Copasir in materia di segreto di Stato (art. 34, legge 124).

In altre parole, il capo del Governo può apporre il segreto di Stato su fatti che costituiscono il fondamento di un attentato alla Costituzione, anche nel caso in cui l'attentato alla Costituzione sia stato commesso dallo stesso capo del Governo.

Naturalmente, sarebbe una situazione sudamericana, alla quale nessuno vuole neppure pensare.»

costituire attentato alla Costituzione ai sensi dell'art. 283, c.p.

Ai fini di queste pagine, non è davvero necessario penetrare oltre gli *arcana imperii* che si sono suggeriti.

Basta sottolineare che, in questo caso, una serie di atti normativi di diverso rango, foggia e grado – con una inedita capacità di limitare diritti fondamentali e di pregiudicare l'equilibrio di bilancio e, perciò, le aspettative delle generazioni future, oltre che i trattamenti previdenziali e la qualità della vita delle generazioni attuali – sono stati emanati sul presupposto di una situazione di straordinaria necessità e urgenza che il Parlamento ha conosciuto per mezzo del Copasir, che ha ascoltato il Ministro per la Salute il 28 aprile 2020, e attraverso le parole del Ministro per i rapporti con il Parlamento, quando questi, il 19 maggio 2020, ha definito come "tragiche" le decisioni adottate dal Governo, con una formula che non tranquillizza più di tanto.

5. *Mala tempora incumbunt?*

Il Santi Romano da cui il disordine di queste righe dedicate a taluni dettagli di diritto parlamentare è partito temeva che lo "Stato moderno", come lui chiamava lo Stato di diritto ottocentesco, fosse minacciato dalle forze sociali e dalla incapacità del mandato parlamentare nel fornire delle risposte efficaci e giustificate dalla legittimazione del Parlamento presso la società.

Oggi la minaccia proviene dal populismo, da quei partiti che rappresentano la gente comune, quella gente che mette al primo posto gli interessi della propria nazione e che ritiene che la propria voce non sia stata ascoltata da elites distanti e anche un po' corrotte[30], che fanno disordinatamente valere, se si usano le categorie della Repubblica dei Partiti descritta da P. Scoppola[31], una non ingiustificata ansietà circa il futuro della maggioranza silenziosa, secondo la definizione di Trump, della Francia dimenticata (Le Pen), dell'esercito del popolo (Farage).

Ci si deve chiedere se i dettagli di diritto parlamentare che si sono illustrati avrebbero tratto in inganno Adalberto Minucci, Massimo Pini o Antonio Tatò. Se sarebbe stato possibile, fra il 1946 e il 1993, giustificare un formidabile (e straordinariamente confuso) intarsio di norme con una mozione in cui il Ministro per i rapporti del Parlamento chiede comprensione perché le scelte che sono state adottate avevano una sostanza "tragica". Se un Vito Lattanzio avrebbe mai scambiato un voto cruciale con un ordine del giorno "indebolito" dal parere del Governo. Se i grandi campioni del segreto di Stato della prima Repubblica avrebbero tollerato la conversione di un decreto-legge fortemente

[30] R. EATWELL, M. GOODWIN, *National populism. The revolt against Liberal Democracy*, Penguin Books, Milton Keynes (UK), 2018.

[31] P. SCOPPOLA, *La repubblica dei partiti: evoluzione e crisi di un sistema politico (1945 – 1996)*, Il Mulino, Bologna, III ed., 1997.

limitativo delle libertà fondamentali in virtù di una audizione presso il Copaco, come si chiamava allora, del ministro della salute.

Il problema non sono la rappresentanza politica e il mandato parlamentare nel loro complesso intarsio perché la dimensione politica della rappresentanza è un abominio con cui lo "Stato moderno" si è abituato a convivere in Italia dai tempi dei moribondi di Palazzo Carignano[32], che non erano molto lontani dal 1848.

Il vero problema è che il Parlamento se deve rappresentare il popolo, se deve essere l'organo incaricato di dare voce al popolo, secondo l'impostazione del controllo politico che si è seguito in queste pagine, deve anche essere all'altezza di questa funzione e, per farlo, ha bisogno anche di professionisti seri e capaci di non farsela dare a bere[33].

La straordinaria virulenza normativa dell'emergenza pandemica ha mostrato la difficoltà del Parlamento di esercitare la propria funzione di controllo politico nei confronti del Governo attraverso il procedimento di conversione dei decreti-legge. La risposta a questa difficoltà è stata la mozione con cui la Camera ha sostanzialmente ratificato l'operato del Governo il 19 maggio 2020, chiedendo però che nel futuro si privilegi lo strumento del decreto-legge, in luogo del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri. Queste pagine avrebbero preferito un Parlamento che rivendicava la propria centralità, la centralità della funzione legislativa, nella definizione dei limiti alle libertà individuali, ma si possono anche accontentare, purché la conversione dei decreti-

[32] F. PETRUCCI DELLA GATTINA, *I moribondi del Palazzo Carignano*, Ugo Mursia, Milano, ult. ed. 2011.

[33] L'espressione è di Prezzolini, tratta da una lettera a Gobetti pubblicata sulla *Rivoluzione liberale* del 22 settembre 1922: «Il momento che si traversa è talmente credulo, fanatico, partigiano, che un fermento di critica, un elemento di pensiero, un nucleo di gente che guardi sopra agli interessi, non può che fare del bene. Non vediamo tanti dei migliori accecati? Oggi tutto è accettato dalle folle: il documento falso, la leggenda grossolana, la superstizione primitiva vengono ricevute senza esame, a occhi chiusi, e proposte come rimedio materiale e spirituale. E quanti dei capi hanno per aperto programma la schiavitù dello spirito come rimedio agli stanchi, come rifugio ai disperati, come sanatutto! ai politici come calmante agli esasperati. Noi potremmo chiamarci la Congregazione degli Apoti, di "coloro che non le devono" tanto non solo l'abitudine ma la generale volontà di berle, è evidente e manifesta ovunque» (V. PREZZOLINI, *Per una società degli apoti,* in *La Rivoluzione liberale*, 28 settembre 1922, part. 103). La replica di Gobetti è sul fascicolo successivo (25 ottobre 1922) ed ha un sapore talmente profetico che non si riesce a non trascriverla: «Tutto è crudelmente uguale, ma perché la tragedia sia perfetta bisogna pure che ci sia chi si sacrifica, chi insegua, con arido amore, il suo ideale etico. Voi capite che qui al posto del dilettantismo e dell'ingenuità incantata e del propagandismo noi abbiamo messo il pessimismo dell'organicità; non siamo più degli eroi, fosse pure con la malizia ottimistica di Don Chisciotte; ma degli storici disinteressati (artisti) nel senso di Machiavelli che sa trovare la stessa eticità (praxis) in Callimaco, in Castruccio Castracani e nel Duca Valentino e discutere con lo stesso impegno e la stessa serenità indifferente l'impresa della Mandragola e le sue legazioni; trattandoci nell'un caso come nell'altro di far prevalere l'astuzia e attività, (serena, eroica, etica) contro l'inerte ottimismo di qualche messer Nicia (non vi siete mai accorti che frate Timoteo è per M. un personaggio simpatico?)» (P. GOBETTI, *Difendere la rivoluzione*, ivi, 25 ottobre 1922, part. p. 115).

legge avvenga esercitando un controllo politico approfondito sull'operato del Governo.

Le note difficoltà tecniche che il principio bicamerale pone alla conversione dei decreti-legge hanno mostrato da tempo l'emergere di un monocameralismo di fatto, la centralità del ruolo svolto dalla Commissione presso la quale viene incardinato l'esame in sede referente del progetto di legge di conversione per la predisposizione del maxiemendamento con cui il Governo annienta la trattazione articolo per articolo, emendamento per emendamento in Assemblea della legge di conversione. L'emergenza pandemica ha sviluppato ulteriormente la compensazione della lesione delle attribuzioni parlamentari attraverso una (più apparente che di sostanza) generosità del Governo nei confronti degli ordini del giorno presentati dai parlamentari.

Non è bello, ma è così e, in una logica di controllo politico, potrebbe anche essere ragionevole, ma diventa necessario e indispensabile che vi sia un organo capace di esercitare un controllo effettivo circa il rispetto da parte del Governo degli ordini del giorno che sono stati approvati o che ha recepito.

Il segreto di Stato ha finito per coprire i rapporti scientifici che hanno giustificato la limitazione delle libertà fondamentali e dei diritti individuali dei cittadini, secondo l'impostazione che, forse, con una certa spregiudicatezza, si è cercato di illustrare.

Può non essere irragionevole che delle notizie in grado di scatenare il panico fra la popolazione non siano oggetto di un pubblico dibattito parlamentare.

Tuttavia una volta che la situazione di emergenza è stata superata, quando ci sarà un vaccino, o il tasso di diffusione del virus sarà sfumato fino a scomparire, un Parlamento consapevole di quanto è accaduto non potrà non deliberare una inchiesta parlamentare per evitare che questa vicenda possa tornare a vantaggio della spregiudicatezza di chi l'ha saputa governare e guidare.

La crisi dello Stato moderno, sicuramente, non è qui e non spetta certo a uno scritto di occasione indagarla troppo approfonditamente. Ma chi oggi si è trovato a vivere come cittadino questa situazione e a interrogarsi con spirito di costituzionalista non può non essere consapevole che l'emergenza pandemica ha rivelato la potenziale fragilità della Costituzione che, per queste pagine, non è stata messa a repentaglio dall'azione del Governo bensì dalla consapevolezza diffusa nella Società che la salute sia un valore costituzionale da anteporre alle altre libertà fondamentali.

Forse non è così: la Costituzione è nata dalla Resistenza e la Resistenza dei suoi padri ha conosciuto il carcere e la tortura, ha anteposto l'orgoglio delle libertà fondamentali alla paura per la propria salute.

La salute è un diritto fondamentale ma non è il diritto più fondamentale, come invece si è ritenuto in questi terribili mesi.

© Osservatoriosullefonti.it, fasc. speciale/2020

Questo rischia di essere la vera spallata della emergenza pandemica allo "Stato moderno" e rappresenta un presagio ancora più funesto del complesso collegamento fra Corte cost. 85/2013 e 58/2018, perché una società che mette al primo posto la salute dei cittadini è anche una società che preferisce il benessere alla democrazia.

E in nessun caso la scelta di operare una gerarchia fra valori costituzionali può essere sottratta al Parlamento senza attentare gravemente alla Costituzione.

© Osservatoriosullefonti.it, fasc. speciale/2020

COSTITUZIONALIZZIAMO L'EMERGENZA?*

GIOVANNA DE MINICO**

Sommario

1. Quadro di riferimento. – 2. Inquadramento della funzione emergenziale. – 3. Apertura dell'emergenza. – 4. Gestione. – 4.1. La sorte del nocciolo duro dei diritti. – 5. Chiusura. – 6. Conclusioni.

Abstract

The Author reflects on whether and how to draw an emergency clause to be introduced into the constitutional text via art. 138. An emergency clause, neither indispensable nor useless, but appropriate to clarify uncertainties of interpretation, making use of the principles already inherent in the constitutional fabric.

This paper raises some issues: the identity of the Authority entitled to declare the emergency; the type of powers and the limits to the exceptional rules. Among the latter, particular importance is given to the essential core of the rights, unless we understand whether to define them once and for all and in absolute terms or per relationem to the antagonistic right and through the case law of the Constitutional Court.

The work offers a two-track view: on the one hand the hypothetical model of the emergency clause, on the other the concrete management of the Covid-19 pandemic. It remains to be hoped that, if this clause should ever be written, prudence and caution will be required in order to remain within the guidelines of the balance of power and the intangibility of the constitutional identity of the State. Otherwise, in order to avoid the current danger of emergency anarchy, a deep laceration of the Constitution would be caused through a lawful way. Which of the two damages would be the worst?

Suggerimento di citazione

G. DE MINICO, *Costituzionalizziamo l'emergenza?*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il contributo costituisce la rielaborazione dell'intervento tenuto al *webinar* "Le fonti normative dell'emergenza", organizzato dalla *Rivista* e svoltosi il 30 aprile 2020.

** Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Napoli Federico II.

Contatto: giovanna.deminico@unina.it

© 2007-2020 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIII – Fascicolo speciale/2020
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Quadro di riferimento

In questo lavoro rifletteremo su due temi: la natura di una clausola emergenziale (eventualmente) da introdurre in Costituzione e il disegno del soggetto e dell'oggetto che la comporrebbero.

La clausola deve prevede almeno il presupposto di fatto e la disciplina giuridica applicabile al suo avveramento. Il presupposto è una situazione emergenziale, intendendosi per essa un fatto naturale o causato dall'uomo, imprevedibile e straordinario, in grado di alterare il corso ordinario della vita pubblica. Lo Stato, posto dinanzi all'urgenza, non può far finta di nulla, se vuole evitare che la straordinarietà degli eventi lo travolga. La necessità dunque gli impone di rispondere al fatto emergenziale con regole idonee per celerità, modalità, entità e durata a consentirgli di ritornare all'assetto iniziale quanto prima.

I Costituenti scelsero di non assume lo stato di eccezione come fatto legittimante il ricorso al diritto eccezionale, cioè a regole in deroga alla disciplina generale con efficacia temporanea, consegnate in una clausola generale a contenuto indeterminato, applicabile ogni qual volta una situazione imprevedibile e straordinaria, che rappresentasse una minaccia attuale e grave all'assetto politico-istituzionale fosse accaduta.

Può tornare utile ripercorrere l'iter argomentativo che condusse al conclusivo silenzio dell'Assemblea costituente sul punto. In II Sottocommissione l'on. La Rocca presentò una proposta diretta a dichiarare lo stato d'assedio su decisione solitaria del Capo dello Stato, constatata "la necessità e l'urgenza di una misura straordinaria a garanzia della vita del paese"[1]. La proposta era meno innovativa di come appariva perché la sua impostazione era già nella relazione del Ministero per la Costituente, organo consultivo dell'Assemblea[2], al quale si doveva l'idea di razionalizzare lo stato d'assedio. La Sottocommissione, valutati gli argomenti a favore e contro, rifiutò però l'inserimento della clausola nel progetto in quanto la sua presenza avrebbe dimostrato "che vi [era] la preoccupazione di prevedere certe eventualità e di organizzare certe situazioni di poteri più o meno dittatoriali, che [sarebbero state] in contraddizione con la logica stessa della costituzione"[3]. Scartata l'ipotesi di una clausola positiva, si

[1] COMMISSIONE PER LA COSTITUZIONE, II SOTTOCOMMISSIONE, *Relazione on.le Deputato LA ROCCA, Sul potere Esecutivo*, disponibile all'indirizzo http://legislature.camera.it/_dati/costituente/lavori/relaz_proposte/II_Sottocommissione/34nc.pdf .

[2] COMMISSIONE PER GLI STUDI ATTINENTI ALLA RIORGANIZZAZIONE DELLO STATO, *Relazione all'Assemblea costituente, I, Problemi costituzionali organizzazione dello Stato*, Roma, 1946.

[3] ASSEMBLEA COSTITUENTE, COMMISSIONE PER LA COSTITUZIONE, II SOTTOCOMMISSIONE, *Appendici generali - Argomenti o articoli non entrati nella Costituzione - Sospensione dei diritti costituzionali e dichiarazione dello stato d'assedio*, sabato 11 gennaio 1947, disponibile all'indirizzo https://www.nascitacostituzione.it/05appendici/01generali/09/02/index.htm, dove il netto rifiuto dell'on. le E. TOSATO alla clausola si doveva al contesto storico-politico dell'immediato dopo

discusse la situazione opposta alla prima, proposta dall'on Fabbri[4]: il divieto di prevedere lo stato d'assedio in Costituzione e la sospensione delle sue norme. Le critiche dell'on. Mortati smorzarono ogni entusiasmo anche per la formulazione in negativo della clausola perché «o nella Costituzione non se ne debba dir nulla, affidandosi allo svolgimento futuro della prassi, o che si debba autorizzarlo in quei limiti e con quelle garanzie che, pur avendo un valore relativo, costituiranno sempre una remora ad un eventuale abuso»[5].

Abbondonati entrambi i modelli, la Commissione dei 75 propose quindi all'Assemblea plenaria un testo privo di clausola emergenziale. La questione fu però ripresa in Aula con l'emendamento Crispo[6], che contemplava il solo stato d'assedio indicando l'autorità competente a dichiararlo e i necessari poteri. Il soggetto prescelto era il Governo per ragioni di vicinanza effettiva alla situazione straordinaria da gestire; questi sommava nelle sue mani il potere di aprire la situazione emergenziale e quello di limitare o addirittura sospendere le libertà individuali poste in Costituzione; mentre al Parlamento, che andava convocato anche se sciolto, era il giudice politico di ultima istanza, chiamato a ratificare la scelta di aprire lo stato di emergenza e valutare l'opportunità e la necessità delle misure regolatorie sui diritti, decise dal Governo.

L'Aula rigettò l'emendamento in forza dell'argomento *a contrario*: sospendere i diritti di libertà equivaleva a sospendere la democrazia[7]; prevedere la clausola era dunque incompatibile con la fisiologica pretesa di ogni testo Costituzionale di durare nel tempo e di presentare alle generazioni future l'identità politico-istituzionale inizialmente scelta e poi esposta a pressioni dalla vicenda emergenziale.

guerra, e quindi al timore di un suo uso distorto a favore di forme di democrazia protetta o più dichiaratamente dittatoriali.

[4] Dal lato opposto, l'on. G. FABBRI sosteneva una disposizione che proibisse la dichiarazione dello stato d'assedio. Anche se a conclusione del dibattito la proposta FABBRI fu approvata, poi essa scomparve in Assemblea (Per gli atti vedi nota *supra)*.

[5] C. MORTATI, Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, II Sottocommissione, *Appendici generali - Argomenti o articoli non entrati nella Costituzione - Sospensione dei diritti costituzionali e dichiarazione dello stato d'assedio*, sabato 11 gennaio 1947, disponibile all'indirizzo https://www.nascitacostituzione.it/05appendici/01generali/09/02/index.htm.

[6] Il 16 ottobre 1947, nella seduta pomeridiana, l'Assemblea costituente proseguiva l'esame degli emendamenti agli articoli del Titolo primo della Parte seconda del progetto di Costituzione: «Il Parlamento», disponibile all'indirizzo http://www.nascitacostituzione.it/03p2/01t1/s2/078/index.htm?art078-012-1.htm&2. Il presidente U. TERRACINI lesse l'articolo 74 *bis* proposto dall'on. A. CRISPO: «L'esercizio dei diritti di libertà può essere limitato o sospeso per necessità di difesa, determinate dal tempo o dallo stato di guerra, nonché per motivi di ordine pubblico, durante lo stato di assedio. Nei casi suddetti, le Camere, anche se sciolte, saranno immediatamente convocate per ratificare o respingere la proclamazione dello stato di assedio e i provvedimenti relativi». Interessante la discussione che seguì con interventi degli on.li G. CODACCI PISANELLI, G. PERSICO e C. MORTATI.

[7] B. CHERCHI, *Stato d'assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'Assemblea costituente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 1108 ss.

Ritornare al tempo che preparò il secondo conflitto mondiale in Europa può aiutare a capire le ragioni di fondo dell'avversione alla clausola: l'art. 48 della Costituzione di Weimar, il cui peso fu decisivo sulla fine di quella Repubblica, aveva attribuito al Presidente del Reich il potere di adottare le misure necessarie a ristabilire l'ordine e la sicurezza pubblica. E così aveva creato le condizioni che da lì a breve avrebbero permesso a Hitler di arrivare al potere per una via formalmente lecita. L'art. 48 rappresentava dunque un triste esempio di una clausola, che, nata per difendere la democrazia, di fatto ne aveva favorito la dissoluzione a vantaggio del regime dittatoriale. Quindi, la storia stava suggerendo ai nostri Padri Costituenti un atteggiamento di cautela, da qui l'assoluto silenzio sul punto del testo approvato.

L'autorevole voce scientifica di Barile riprese dopo anni l'emendamento dell'on. Crispo per assegnare all'emergenza, a differenza dello stato di guerra, una procedura dichiarativa autonoma da quella dell'art. 78 Cost., superando dunque la riserva parlamentare del relativo potere. L'Autore traeva dalla mancanza di una clausola *ad hoc* nel testo costituzionale argomenti a favore della legittimità sia della dichiarazione disposta con legge del Parlamento che di altra contenuta nel decreto legge del Governo[8]. Anzi, nella sua ricostruzione, il Governo veniva proposto come il decisore naturale per la migliore conoscenza dei fatti rispetto al Parlamento e per la possibilità di decidere tempestivamente grazie al decreto; lì dove i tempi inevitabilmente più dilatati per l'approvazione di una legge avrebbero potuto pregiudicare la risoluzione della crisi[9].

In sintesi, i lavori preparatori della Costituzione non offrono elementi utili per ricostruire un istituto che alla fine non è entrato nel testo fondamentale; ma l'omissione non impedisce di trarre dal sistema argomenti favorevoli alla sua esistenza implicita e alla modalità di un'eventuale scrittura.

L'elasticità delle Costituzioni è uno di questi. Per essa si intende quella particolare qualità - da non confondersi con la debolezza della Carte costituzionali dell'800 suscettibili di essere modificate da semplici leggi ordinarie - che consente l'attivazione di poteri anche inespressi, purché compatibili con i principi

[8] Tesi questa ripresa da molti, tra i tanti: A. CELOTTO, *L'"abuso" del decreto legge*, vol. I, Cedam, Padova, 1997, 360; G. CORSO, (voce) *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. X, Utet, Torino, 1995, 448; V. DI CIOLO, *Questioni in tema di decreti leggi*, Giuffrè, Milano, 1970, 111 ss.; F. MODUGNO, D. NOCILLA, (voce) *Stato d'assedio*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XVIII, Utet, Torino, 1971, 290 ss. e A. PACE, *Ragionevolezza abnorme o stato d'emergenza?,* in *Giur. cost.*, 1, 1982, 11 ss.

[9] Sarebbe anche sostenibile che il Governo venisse delegato dal Parlamento per gestire l'emergenza, ma sempre con delega conferita *ex lege*. Quest'ultima probabilmente potrebbe essere sollevata dall'osservanza dei limiti di oggetto e di tempo di cui all'art. 76 Cost. Riterremmo comunque che l'art. 76 non possa essere in ogni sua parte superato dall'emergenza e che, quindi, la legge di delega debba quantomeno contenere i limiti e i principi direttivi conformativi la futura azione normativa del Governo nel disciplinare le libertà in tempo di crisi.

© Osservatoriosullefonti.it, fasc. speciale/2020

fondamentali dell'ordinamento[10]. Nel caso in esame la funzione emergenziale è il potere innominato indispensabile, mentre il diritto-dovere dello Stato all'autodifesa è il valore generante il primo. L'essenzialità del potere è connessa alla necessità per lo Stato di reagire al fatto emergenziale; se questi invece negasse il suo accadere, si esporrebbe alla forza naturale degli eventi e all'attacco di chi sapesse approfittare del vuoto normativo per travolgerlo.

Invece, lo Stato nel momento in cui nasce afferma il diritto di esistere senza limiti di tempo e quindi pretende di proteggersi dai fatti che minacciano la sua sopravvivenza. Questo diritto è la «condizione prima della conservazione della comunità nazionale»[11], da qui la qualificazione in termini obbligatori del comportamento difensivo: «dovere collocato al di sopra di tutti gli altri […] che nessuna legge potrebbe far venire meno» in quanto strettamente connesso a beni essenziali e indivisibili dell'integrità, indipendenza e sopravvivenza[12].

Quindi, il diritto-dovere dello Stato all'autodifesa può esibire come titolo costitutivo il contesto istituzionale ora ricostruito, il che da solo basterebbe a legittimare la funzione emergenziale, pur in mancanza di una norma scritta.

Anche una seconda ragione concorre però a sostenere l'esistenza implicita della funzione in esame: l'emergenza è un evento patologico, ma pur sempre appartenente al ciclo vitale di un ordinamento, come la nascita, le trasformazioni o l'estinzione. Se una Costituzione non prevedesse il potere di revisione, non si potrebbe negare all'ordinamento il bisogno effettivo di evolversi, di cambiare in parte il suo assetto originario, rispettando i suoi elementi strutturali intangibili[13]. Poiché la mancanza di una espressa previsione non riesce a sopprimere un bisogno esistenziale di un ordinamento, il potere di revisione, non contemplato, sarebbe comunque legittimo, ma si porrebbe un problema di forma: da chi debba essere esercitato e in che modo[14].

Lo stesso discorso vale per l'emergenza, se non consegnata in una clausola *ad hoc*, accaduto il fatto che la determina, lo Stato avrebbe sì il potere di difendersi, ma rimarrebbero incerti il titolare della funzione e la procedura da

[10] Interessanti le osservazioni di L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, III ed., vol. I, Foundation Press, New York, 2000, 659 e 665, relative alla Costituzione americana. L'Autore ritiene che il potere di dichiarare la guerra sia una funzione tacita in linea con la giurisprudenza della Corte Suprema, che ne ha parlato in termini di "inherent powers": cioè poteri non formalmente previsti ma impliciti nel tessuto costituzionale, come tali immuni dal sospetto di illegittimità.

[11] C. cost., sent. 24 aprile 1957, n. 53.

[12] C. cost., sent. 18 maggio 1989, n. 256.

[13] In questi termini si veda G. VOLPE, *Art. 139*, in G. BRANCA (a cura di) e continuato da A. PIZZORUSSO, *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Foro It., Bologna-Roma, 1981, 745.

[14] P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giuffrè, Milano, 1988, 115, pone in termini rigorosi questo raffronto tra emergenza e revisione.

osservare, che si potrebbero desumere in via interpretativa da disposizioni con analogo oggetto o dai principi generali di sistema[15].

In sintesi, potremmo dire che la modifica di una Costituzione sta al potere di revisione come l'emergenza sta al potere emergenziale. Di entrambe le funzioni l'ordinamento non può fare a meno se vuole essere un'organizzazione politica con pretesa di stabilità nel tempo e di proposta progettuale anche per le generazioni future.

A questo punto della trattazione siamo pervenuti a una certezza: la mancanza di tale clausola non significa assenza di una sicura cornice di riferimento costituzionale, che perimetra lo spazio di legittimità della funzione emergenziale. Quindi, la clausola non indispensabile, né inutile, sarebbe invece opportuna per evitare oscillazioni interpretative in merito all'autorità competente a dichiarare l'emergenza, alla tipologia dei poteri e ai relativi limiti. Questo chiarimento ermeneutico è tanto più urgente quanto maggiore è la domanda di affidabilità, che cresce a fronte di situazioni imprevedibili e alteranti l'ordinato svolgimento della vita istituzionale.

La certezza del diritto, risultato disponibile solo grazie alla clausola scritta, non va confusa però con il divieto di provvedere all'emergenza in difetto di clausola. Piuttosto si sta dicendo che l'assenza della norma costituzionale «n'exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence; qu'il lui appartient, dans ce cadre, d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et, d'autre part, le respect des droits et libertés reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République»[16].

2. Inquadramento della funzione emergenziale

La funzione emergenziale è stata oggetto di opposte tesi ricostruttive: quella monista e quella dualista. Antitetiche in ogni elemento - dal paradigma del potere alle sue finalità - condividono solo il punto di avvio, ossia una domanda: quale è il titolo costitutivo dello stato d'emergenza? Ciascuna ha dato la sua risposta all'interrogativo.

[15] Ricordiamo la soluzione suggerita da P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1984, 39, che desumeva la funzione in oggetto dalla procedura di revisione. A questa tesi si può obiettare che molte Costituzioni escludono proprio l'impiego della revisione in tempi di crisi, in quanto modificare il patto fondamentale richiede una tranquillità di pensiero che la crisi in sé tende a negare. Inoltre, si utilizzerebbe un mezzo eccessivo per un risultato conseguibile con uno strumento minore. Queste argomentazioni ci inducono a non desumere il potere emergenziale dalla funzione di revisione costituzionale.

[16] Conseil constitutionnel, *Décision n. 85-187 DC du 25 janvier 1985*; da ultimo, ID., *Décision JORF n. 0299 du 26 décembre 2015*, p. 24084 texte n° 210, 2015.527.QPC, disponible all'indirizzo www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2015/2015527qpc.htm.

La teoria monista[17] deve il suo nome all'operazione di astrarre la funzione emergenziale dalla Costituzione, unica fonte di derivazione di ogni potere. Ne consegue che la funzione emergenziale avrà gli attributi propri del potere costituito: esiste se e nei limiti in cui l'ordinamento originario la preveda. Ecco il primo elemento di antitesi rispetto alla prospettazione dualista: un potere *in ordine* contro un altro *extra ordinem*. Si tratta pertanto di un'ipotesi di *potestas* che si muove in continuità con l'architettura costituzionale nella quale si va a inserire e che può sospenderla in parte e per un tempo definito.

La sua finalità è conservativa dell'ordinamento e quindi si dovrà muovere nell'ambito del segnato, in negativo, dal nucleo inviolabile della Costituzione stessa. Con la conseguenza che saranno legittime solo le deroghe temporanee e strettamente funzionali a consentire all'ordinamento il pieno ritorno alla normalità. Quindi, se il potere eccezionale deve essere non necessario il prima possibile, dovrà evitare le lacerazioni irreversibili dell'ordine costituito, perché se ciò accadesse, chiusa la parentesi emergenziale, l'ordinamento non sarebbe più lo stesso di quello che era prima del fatto emergenziale.

Un'emergenza novativa dell'identità costituzionale ricorda invece la tesi dualista[18] della funzione emergenziale; questa impostazione promuove la necessità da mero fatto *extra-ordinem* a fonte originaria del diritto eccezionale, capace di sospendere libertà e principi fondativi di quell'assetto politico istituzionale per affermare complessi valoriali antitetici.

Questa costruzione è chiamata dualista perché pone accanto alla Costituzione la necessità la quale, pur mantenendo l'attributo '*extra*', le scorre accanto con la medesima forza attiva e passiva. Quindi, la necessità può tutto e nessun principio o valore costituzionale potrà resisterle, non essendo tenuta al rispetto del diritto preesistente, neanche di quello costituzionale, il che rimanda al suo

[17] Tra le voci più significative, ricordiamo: O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. IV, parte I, Società editrice libraria, Milano, 1904, 1154; P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 391; L. PALADIN, G. MOTZO, *Assedio (Stato di),* in *Enc. Dir*., vol. III, Giuffrè, Milano, 1958, 250; e, più di recente, cfr.: V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico,* Cedam, Padova, 1984, 130 ss.; P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., 77 ss; G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2004, 218 e G. MARAZZITA, L*'emergenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2003, 138 ss.

[18] Magistrali le parole di S. ROMANO quando spiega la sua tesi dualista sulla necessità in *Sui decreti-legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Riv. dir. pubbl. e pubb. amm. in Italia*, 1909, 251 ss.

Sono evidenti le suggestioni sulla tesi romaniana di C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1931 (trad. it. *Il custode della costituzione* (I ed., 1931), Giuffrè, Milano, 1981), *passim*; anche da un punto di vista storico-costituzionale, Schmitt ricondusse lo stato di eccezione della Germania sotto la presidenza di Hindenburg al paradigma da lui disegnato di un presidente investito del supremo e indeclinabile ruolo di «custode della costituzione».

fine: costringere l'ordinamento a evolversi dalla posizione in cui si trovava prima del fatto emergenziale in direzione di nuove dimensioni politiche.

Questa necessità evolutiva presenterebbe una doppia natura: di fatto lecito rispetto al parametro di giudizio del nuovo ordine giuridico da essa stessa fondato; e anche di fatto illecito rispetto al parametro valutativo del vecchio ordine giuridico, solo in apparenza difeso, ma nella sostanza violato[19]. In questo contesto continuare a parlare di deroga significherebbe nascondere la realtà delle cose dietro una finzione giuridica; ne sia prova il fatto che, rimossa la *fictio*, affiorerebbe un ordinamento nuovo e alternativo nella sostanza al primo, anche se nella forma continuativo, essendo entrato per la porta lasciata aperta dallo stato d'emergenza.

Pertanto, la funzione emergenziale legittima è solo quella che agisce nel rispetto del minimo costituzionale inderogabile, che – secondo la teoria dei controlimiti[20] – impone di osservare la divisione dei poteri, orientata alla centralità parlamentare, e di preservare il nocciolo duro dei diritti fondamentali, nonché dei principi fondativi dell'ordinamento. In conclusione, il diritto eccezionale deve contemplare solo le deroghe compatibili con l'identità costituzionale di uno Stato perché il fine ultimo della funzione emergenziale è permettere al soggetto politico di ritornare quanto prima alla sua originaria consistenza, solo temporaneamente alterata.

3. Apertura dell'emergenza

La stagione emergenziale conosce un inizio, uno svolgimento e una fine; esamineremo separatamente ciascuna fase.

L'avvio pone una precisa domanda: chi valuta se l'eccezionalità della situazione giustifica l'apertura di una parentesi emergenziale?

[19] A. PACE, *L'instaurazione di una nuova Costituzione. Profili di teoria costituzionale*, in *Quad. cost.*, 17, 1987, 10, 18 e 19.

[20] Quello dei controlimiti è un tema orizzontale, la cui osservanza si impone a ogni pubblico potere. Rispetto al potere di revisione costituzionale si vedano: M. LUCIANI, *I diritti fondamentali come limite alla revisione della costituzione*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1992, 121 ss.; A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, auto vincoli legislativi,* Cedam, Padova, 1997, 124 ss. Rispetto al potere emergenziale si rinvia a: P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., 71 ss. e G. DE MINICO, *Costituzione emergenza e terrorismo*, Jovene editore, Napoli, 2016, 85 ss. Infine, rispetto ai poteri sovranazionali si leggano *ex multis*: P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973, 2405 ss.; M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 1995, 6 ss.; A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, "europeizzazione" dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni,* Giappichelli, Torino, 2006, 827 ss.; S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del "dialogo" tra le Corti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 117 ss.

La centralità del Parlamento è il principio costituzionale che attrarrà la decisione di sospendere l'ordine giuridico alla valutazione politica esclusiva dell'Assemblea parlamentare, in quanto la sua immediata derivazione dalla volontà popolare offre garanzie maggiori di quelle governative nell'arginare le derive liberticide e gli abusi totalitari, sempre potenzialmente presenti in una decisione straordinaria. Il Parlamento risponde con le armi pacifiche del pluralismo politico, dell'antagonismo dialettico tra maggioranza e opposizioni e della piena visibilità dei sui processi decisionali, argini che non si pongono a chi è investito in via indiretta dal corpo elettorale. Quindi, il Governo potrà intervenire a titolo secondario, come supplente – per delega delle Camere o per urgenza riconducibile al voto parlamentare – nell'esercizio della funzione legislativa primariamente affidata al Parlamento; e questa sua accessorietà nel dichiarare l'emergenza non rappresenta una novità, quanto piuttosto la logica conseguenza della sua subordinazione genetica al Parlamento.

Se si passa dai rapporti tra gli organi alle relazioni tra gli atti, la legge sarà la fonte legittimata ad avviare la stagione del diritto eccezionale, o anche una doppia delibera monocamerale, cioè comunque un atto imputabile alla volontà politica dell'Assemblea. Il decreto legge quindi non potrà vantare esclusive in proposito; il fatto poi che l'indifferibilità della situazione emergenziale esiga una risposta normativa immediata sarà solo la circostanza materiale che rende la legge lo strumento meno idoneo ad avviare una stagione emergenziale e simmetricamente il decreto legge quello più idoneo a farlo, precedendo il Parlamento nella dichiarazione.

Chiariti i rispettivi ruoli politici del Parlamento e del Governo, chiediamoci quali altri soggetti potrebbero essere coinvolti nella procedura in qualità di poteri neutrali[21] e a titolo consultivo. Sarebbe a tal fine opportuno che il Capo dello Stato affiancasse con una valutazione secondo legittimità la decisione squisitamente politica sull'emergenza, la cui paternità rimarrebbe ferma in capo al soggetto politico-rappresentativo[22]?

[21] L'oggetto è estraneo alla nostra linea di indagine, quindi sarà sufficiente il rinvio per la fisionomia soggettiva e la compatibilità costituzionale a: M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1994, cap. V.

[22] Anche l'esperienza francese ha previsto un rimedio simile tanto per la situazione eccezionale di cui all'art. 16 Cost. fr. che per lo stato d'emergenza. Quanto alla prima si deve al *Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, Une Ve République plus démocratique (*noto come *Comité Balladur),* disponibile all'indirizzo http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/074000697/index.shtml, la proposta di sottoporre al parere del Consiglio costituzionale l'atto dichiarativo della situazione di cui all'art. 16 Cost. fr. Il legislatore di revisione fece propria la proposta, inserendo nell'art. 16 il parere del Consiglio costituzionale «aux fins d'apprécier si les conditions fixées au premier alinéa demurent réunies» in funzione di rééquilibrage dei poteri presidenziali (cfr.: A. DI GIOVINE, *Note sul rééquilibrage delle istituzioni della V Repubblica nella revisione costituzionale del luglio 2008*, in F. LANCHESTER, V. LIPPOLIS (a cura di), *La V Repubblica francese nel dibattito e nella prassi in Italia*, Jovene, Napoli, 2009, *passim*). Per

In realtà la ricostruzione ipotizzata si mostra non necessaria, perché la dichiarazione di stato d'emergenza, indifferentemente disposta con legge o con decreto legge, è già sottoposta (*ex* artt. 74, 1 co., e 87, 5 co., Cost.), in ragione della forma della decisione, al riesame del Capo dello Stato che in qualità di potere neutrale può contestare ai rispettivi autori illegittimità costituzionali formali e sostanziali. Quindi, se questo compito di garanzia diretto a prevenire illegittimità manifeste è già contemplato come elemento essenziale al perfezionamento della decisione normativa altrui, non vi sarebbe ragione per duplicarlo.

Non senza ragione ci si pone la domanda inversa: si potrebbe privare la procedura dell'emanazione (o della promulgazione) del Capo dello Stato perché l'agire tempestivo lo richiede? Riteniamo che il risparmio di tempo non sia un motivo sufficiente per compensare l'omessa valutazione di costituzionalità, sia pure anticipata e sommaria, in quanto in situazioni di emergenza, che coinvolgono l'esistenza stessa dello Stato, l'ordinario sistema di *checks and balances* deve essere mantenuto fermo il più possibile. Sistema questo, che si rivela particolarmente indispensabile alla causa democratica in situazioni straordinarie, quando cioè la tenuta dell'ordinamento è messa a dura prova. Rafforza l'argomento la considerazione secondo la quale è altamente sconsigliato fare a meno delle garanzie dirette a preservare il corretto funzionamento dei poteri – tale è il fine ultimo del contributo del Capo dello Stato nel processo normativo altrui[23] – proprio nel momento in cui l'emergenza potrebbe imboccare una pericolosa deriva totalitaria, cioè rovesciare il patto fondativo su cui si è edificata la comunità statale.

Né si possono trarre argomenti favorevoli all'eliminazione del controllo presidenziale dall'intervento successivo ed eventuale della Corte costituzionale sul medesimo atto dichiarativo dell'emergenza, perché le due prestazioni di garanzia[24] si completano a vicenda senza sovrapporsi[25], né potrebbe essere altrimenti

un'analisi degli stati eccezionali nell'ordinamento francese, inclusa l'"État d'urgence" disegnata nella tentata proposta di revisione costituzionale (*Projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation, n° 3381 du 23 décembre 2015, Leg. XIV*, in http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl3381.asp.) sia consentito il rinvio a G. DE MINICO, *Costituzione. Emergenza e Terrorismo*, cit, in part. cap. V.

[23] Così: L. PALADIN, (voce) *Presidente della Repubblica*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, 213.

[24] P. FALZEA, *Il rinvio delle leggi nel sistema degli atti presiden*ziali, Giuffrè, Milano, 2000, 337 ss.

[25] Non c'è concordia invece nel tracciare i profili comuni tra i due controlli. Infatti, alcuni studiosi ritengono che il sindacato (*ex* artt. 74, co. 1, e 87, co. 5 Cost.) sia di tipo discrezionale perché «le richieste presidenziali di riesame dipendano – nell'*an*, nel *quomodo* e nel *quando* – da libere valutazioni del Capo dello Stato, tenendosi conto non solo dell'esigenza di far osservare la costituzione, ma anche e soprattutto dei riflessi che il fatto di esercitare o non esercitare il potere in questione potrebbe produrre sul complessivo funzionamento delle istituzioni» così: L. PALADIN, (voce) *Presidente della Repubblica*, cit., 213; in termini sostanzialmente analoghi vedi anche: G. SCACCIA, *La funzione*

considerato il diverso modo di essere dei rispettivi sindacati e dei vizi[26], il che esclude che l'apporto di un soggetto possa rendere superfluo e quindi eliminabile quello dell'altro.

Il rifiuto presidenziale di emanare un decreto legge, che dichiara lo stato di emergenza, è una garanzia ineliminabile soprattutto quando si procurano sacrifici pesanti e irreversibili alle libertà[27]. Infatti, le facoltà dei diritti fondamentali si consumano tendenzialmente nel momento in cui la norma le comprime – si pensi all'interdizione alla circolazione in talune zone del paese, alla raccolta massiva di dati telematici o all'obbligo di fissa dimora – quindi, ogni rimedio che impedisce all'atto di entrare nell'ordinamento giuridico va preferito a quelli che intervengono *ex post*, cioè quando l'atto ha già prodotto i suoi effetti in quanto la menomazione ai diritti resisterà anche alla cancellazione retroattiva[28].

Dunque, il controllo presidenziale rende effettiva la tutela di diritti che subirebbero *medio tempore* una riduzione o addirittura un azzeramento insanabile; pertanto, l'esigenza di assicurare il pieno compimento della dimensione costituzionale della persona si deve ritenere prevalente su un marginale guadagno in termini di rapidità, che si avrebbe eliminando l'intervento del Capo dello Stato dalla procedura dichiarativa dello stato d'emergenza.

Avere ricondotto la dichiarazione dello stato di emergenza alla legge o al decreto legge già soddisfa la richiesta di un'ampia rappresentatività e di una piena partecipazione democratica a sostegno della decisione sullo stato di emergenza, e ci esime dal considerare l'ipotesi di una dichiarazione affidata a un atto non legislativo. Certo, si potrebbe configurare un atto, magari assistito da una particolare solennità come una seduta comune delle Camere, al quale però dovrebbe comunque seguire una fonte normativa volta a disciplinare contenuti, modi di esercizio e limiti dei poteri emergenziali. E dunque l'aggiunta

presidenziale di controllo sulle leggi e sugli atti equiparati, disponibile all'indirizzo www.rivistaaic.it, 1, 2011, 5. Mentre, P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1958, 319 ss. e E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo*, cit., 97, 102 e 119, collocano il sindacato presidenziale su un piano non distante da quello della Corte almeno per la sua natura di controllo di legittimità, e non di merito, e per la doverosità del suo esito. Una posizione ancora diversa è quella di G. GUARINO, *Il Presidente della Repubblica in Italia,* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 959, dove l'Autore parla di «merito costituzionale» che tende a evitare le conseguenze negative per il buon funzionamento della Costituzione.

[26] P. CARNEVALE, *Emanare, promulgare e rifiutare. In margine alla vicenda Englaro*, disponibile all'indirizzo www.astrid-online.it, 92, 2009, in *http://www.astrid-online.it/rassegna/2009/12_05_2009.html*.

[27] A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., p. 342 per una trattazione completa del sistema dei controlli sul decreto legge avente a oggetto lo stato d'emergenza, che ricorda opportunamente anche la possibilità che la Corte costituzionale sospenda in via cautelare l'esecuzione del decreto: «il decreto legge fosse "auto applicativo", e cioè immediatamente eseguibile senza l'intermediazione di ulteriori provvedimenti amministrativi».

[28] G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 265.

di una fase preliminare potrebbe solo rendere il procedimento più complesso e rallentare la produzione delle regole necessarie.

Rispetto al quadro di riferimento qui ipotizzato come si pone la delibera del 31 gennaio[29], con cui il Consiglio dei ministri dichiarava lo stato d'emergenza da Covid-19?

L'atto ha le caratteristiche di una monade, chiusa in sé stessa, perfetta senza il passaggio parlamentare, che sfugge per la sua forma a qualunque sindacato neutrale, di cui si è detto prima. Né il richiamo nella delibera a una legge ordinaria, il decreto legislativo 1/2018, è sufficiente a ritenere soddisfatta o a superare la necessaria centralità del Parlamento, perché un decreto legislativo non ha la forza di convertire la subordinazione del Governo al Parlamento, come consegnata in Costituzione, in un rapporto ancillare in senso inverso.

Solo per completezza indicheremo ulteriori ragioni che impediscono di assume il d.lgs. 1/2018 a base legale della dichiarazione emergenziale[30]. La tesi vuole trarre da un atto di più di quanto esso possa dare, tenuto presente il suo ambito materiale e l'autorità legittimata a decidere. Quanto al primo, il decreto 1/2018 intende rispondere a una situazione straordinaria di rischio sanitario dagli effetti limitati rispetto a quelli causati dalla pandemia in corso: lo provano le misure da assumere che si risolvono nella rimozione dei materiali, costruzione di alloggi di prima accoglienza, rispristino delle infrastrutture e simili. Mentre l'emergenza del 31 gennaio ha investito ogni aspetto della vita, pubblica e privata, ogni soggetto dal decisore politico nazionale e locale alle persone fisiche, potenziali soggetti esposti al rischio e sicuri destinatari delle misure limitative dei diritti, e ha travolto tutto il fascio delle libertà fondamentali, nessuna esclusa. Infine, il decreto 1/2018 indica l'autorità competente per la protezione civile come soggetto legittimato ad aprire la parentesi eccezionale; mentre il decreto del 31 gennaio è atto del Governo.

Quindi, non è il decreto 1/2018 il titolo legittimante la dichiarazione d'emergenza, la quale dovrà cercare altrove la sua base legale.

Nell'attuale emergenza da Covid-19 non è stata accolta la tesi che sostiene la natura costituita del potere emergenziale. Si ha invece la sensazione che il diritto eccezionale sia stato scritto su una lavagna bianca, confondendo così l'emergenza con l'apertura di una nuova stagione costituente, illegittima *ex se* in costanza di Costituzione: «Poiché il nostro ordinamento, e lo vorrei sottolineare, non conosce - a differenza di altri ordinamenti giuridici - un'esplicita disciplina per lo stato di emergenza, abbiamo dovuto costruire, basandoci pur

[29] Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili, 20A00737, in *GU Serie Generale n.26 del 01-02-2020.*

[30] La ricostruzione sopra ricordata si deve principalmente a: M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza*, *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta on line*, 11 aprile 2020.

sempre sulla legislazione vigente, un metodo di azione e di intervento che mai è stato sperimentato prima»[31].

La «Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19»[32] ha mostrato maggiore ossequio all'*institutional balance* perché, nell'affidare al Governo la dichiarazione emergenziale, è come se la avesse ritenuta sussistente, fermo restando il compito dell'Esecutivo di renderla esplicita e di supportarla con dati scientifici, oggetto di tempestiva informativa al Parlamento e di integrale pubblicità.

4. Gestione

La nostra *emergency clause* dovrebbe anche disegnare la dimensione dinamica del potere emergenziale: chi gestisce l'emergenza e con quali poteri. Questa fase, diversamente dalla prima, non è riservata al Parlamento perché l'Esecutivo per struttura e competenza si presenta adatto a tale compito, peraltro questa divisione del lavoro conserverebbe la necessaria dualità soggettiva tra controllante e controllato, sempre preziosa in democrazia.

Anche per il momento operativo si riproporrebbe l'interrogativo: creare nuovi strumenti o utilizzare l'esistente? Qui possiamo giovarci di quella regola non scritta, secondo la quale i nuovi rimedi sono necessari a condizione che quelli esistenti siano insufficienti allo scopo. Questo *self-restraint* normativo si giustifica in ragione del fine ultimo della funzione emergenziale: ricondurre l'ordinamento alla sua normalità originaria. Tale funzione potrebbe essere compromessa se le deroghe non fossero mantenute al minimo indispensabile; in altri termini, si fa luogo a una deroga solo se non se ne possa fare a meno, diversamente essa sarebbe di ostacolo all'obiettivo di ripristinare lo *status quo ante*.

Il principio di base dello stato d'emergenza, che siano legittime solo le deviazioni dalla regola generale indispensabili per consentire all'ordinamento il recupero quanto prima della normalità, vale anche per l'art. 77 della Costituzione e per il decreto legge. Saranno accettabili deroghe nei limiti in cui il decreto legge si mostri atto funzionalmente inidoneo a disciplinare la straordinarietà con immediatezza. Fatta questa premessa, come valutare l'introduzione

[31] Così: *Informativa del Presidente Conte alla Camera del 24 Marzo 2020*, disponibile all'indirizzo http://www.governo.it/it/articolo/coronavirus-informativa-del-presidente-conte-alla-camera/14380 .

[32] Consultabile in https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041746313&categorieLien=id. La legge è stata comunque oggetto di pesanti critiche per la violazione dei parametri di legittimità costituzionale e per l'impostazione governocentrica dell'intera stagione emergenziale. In questi termini cfr.: O. BEAUD, C. GUÉRIN-BARGUES, *L'état d'urgence sanitaire: était-il judicieux de créer un nouveau régime d'exception?*, in *Recueil Dalloz*, 16, 2020, 891 ss. e V. SIZAIRE, *Un colosse aux pieds d'argile. Les fondements juridiques fragiles de l'urgence sanitaire*, in *La Revue des droits de l'homme*, 2020, 5. Analogamente D. PAMELIN, *La Francia e il Covid-19: la creazione del nuovo stato d'urgenza sanitaria*, in *Oss. Cost.*, 3, 2020, 2 giugno 2020, 308 ss.

di un decreto sub legislativo atipico, immediatamente vigente e con efficacia definitiva *ab initio* e quindi perfetto in assenza di conversione? È atto idoneo ad affrontare tempestivamente la straordinarietà e l'emergenza, ma questo vale anche per il decreto legge. Il tratto che distingue i due decreti non è l'immediata produzione di effetti da parte del decreto atipico, ma il suo perfezionarsi in assenza della volontà del Parlamento. La sua atipicità si risolve tutta nell'assegnare al Parlamento una posizione inedita nel processo produttivo del diritto: da centrale per volontà del Costituente a marginale per l'erosione governativa delle proprie prerogative normative. La previsione costituzionale del decreto legge offre una fonte funzionalmente idonea a disciplinare la straordinarietà con immediatezza, ma nel rispetto della sovranità parlamentare. La deroga volta ad eliminare la centralità del Parlamento senza benefici apprezzabili sul versante della disciplina dell'emergenza non è giustificabile.

Guardiamo come è stata gestita l'emergenza da Covid-19, usando lo stesso metodo finora impiegato che confronta le condotte effettivamente assunte con i modelli astratti previsti da questa ipotetica clausola d'emergenza.

Valuteremo se la nuova sequenza regolativa[33] inaugurata dal Governo in carica, decreto legge e dpcm, rispetti il principio della centralità parlamentare.

Riteniamo che le Camere, già estromesse dall'avvio dell'emergenza, non abbiano recuperato un ruolo da protagoniste neanche nella sua gestione: due circostanze confermano questo giudizio.

La prima attiene al fatto che quando il Governo è ricorso ai decreti legge, il Parlamento non si è riappropriato delle prerogative regolatorie neanche durante il processo di conversione, in quanto era depotenziato nella sua rappresentatività politica dalla rinuncia al *plenum* dei suoi componenti, effetto inevitabile della riduzione numerica autoimpostasi[34], e non era effettivamente libero

[33] M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza*, *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, cit., 12 ss., cui si deve l'ancoraggio dei dpcm non solo ai decreti-legge Covid-19, ma anche al T.U. 1/2018; E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus,* in *Biolaw Journal - Rivista di BioDiritto*, Special Issue 1, 2020, 96 ss. e, anche se con opportuni *caveat*, B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it,* 6/ 2020.

Tra le voci contrarie cfr.: G. COMAZZETTO, *Lo stato di eccezione nell'ordinamento italiano. Riflessioni a partire dalle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da CoViD-19*, in *Biolaw Journal - Rivista di BioDiritto*, Special Issue, 1, 2020, 39 ss.; A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2020, 494 ss.; G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *unicost.eu*, 10 aprile 2020, in cui si afferma che: "Ciò che non sarebbe stato consentito in sede di delegazione legislativa si è pensato fosse ammissibile con un decreto legge a maglie larghe, anzi … larghissime!".

[34] Il riferimento è agli accordi informali, conclusi all'unanimità tra i presidenti di tutti i gruppi, alla Camera e al Senato, per lavorare a ranghi ridotti in modo da assicurare il numero legale ed evitare il rischio del contagio dovuto al *plenum*. In dottrina non sono mancate voci che hanno ritenuto incostituzionale l'accordo perché "incide sul voto, diritto inalienabile della funzione di ciascun parlamentare" così: M. VILLONE, *Camere a eletti contingentati è incostituzionale*, in *Il Manifesto*, 11 marzo 2020.

nel giudicare la gestione emergenziale dell'Esecutivo, perché il sistematico ricorso alla questione di fiducia sterilizzava il suo voto in un necessario "si". Infatti, le questioni di fiducia, almeno quelle sui decreti legge 6 e 19, rispondevano prevalentemente all'esigenza di ricondurre all'ordine una maggioranza parlamentare ribelle; non dunque di arginare l'ostruzionismo delle opposizioni, il cui numero di emendamenti si era mantenuto entro limiti fisiologici e quindi necessitava di correzione con rimedi estremi.

La seconda circostanza ha poi paralizzato del tutto il ruolo delle Camere: il Governo ha inaugurato una catena normativa, che inizia col decreto legge si compie nei dpcm, atti estranei alla giurisdizione del Parlamento in ragione della loro natura formale di atti amministrativi[35]. La sequela dei dpcm ha conformato con limiti incrementali l'intero fascio delle libertà fondamentali, noncuranti della protezione costituzionale rappresentata dalla coppia riserva di legge e riserva di giurisdizione. Qui vengono in rilevo le prime, che comportano che il legislatore parli per primo, dettando una disciplina sufficientemente prescrittiva del rapporto libertà/potere pubblico. Solo in seconda battuta potrà intervenire l'atto normativo secondario del governo, il regolamento. Nel caso in esame se è pur vero che il D.L. 6/20[36] (ma il discorso vale anche per il successivo D.L. 19/20) non ha disposto una girata in bianco al Presidente del consiglio, è innegabile che abbia fatto meno di quanto avrebbe dovuto fare per soddisfare l'assorbente attribuzione di competenza, disposta dalla riserva. L'art. 2 del D.L. 6/20 enumera infatti le misure restrittive delle libertà, ma lascia alla valutazione politica del Presidente del consiglio la scelta di quale rendere concretamente operante senza neanche vincolare il suo libero apprezzamento politico ai parametri della necessità, qui degradata ad adeguatezza, e della precauzionalità, qui diluita nella proporzionalità, non sempre peraltro rispettata[37]. Ne è venuto fuori un quadro delle libertà fondamentali - si pensi a quella

Peraltro, un tale accordo è privo di vincolatività giuridica per i singoli parlamentari, che ben potrebbero disattenderlo e votare senza incorrere in nessuna sanzione, rovesciando il rapporto di forza tra maggioranza e opposizione. Ciò è quanto stava per accadere quando alcuni parlamentari di FDI sono entrati in Aula eccedendo il numero concordato e così inducendo anche i gruppi di maggioranza a fare lo stesso per salvare il risultato della votazione. Si trattava del voto sull'ordine del giorno avente a oggetto il MES 9/2463/341 a firma Meloni *et alii*, in *Leg. XVIII, Camera dei Deputati, All. A) ai Resoconti*, seduta del 24 aprile 2020, p. 393. Sul punto si veda l'intervento M.C. GRISOLIA, in questo dibattito.

[35] Tra i molti, cfr.: F. CLEMENTI, *Coronavirus, quando l'emergenza restringe le libertà meglio un decreto legge che un Dpcm,* in *Il Sole 24 ore*, 13 marzo 2020; T. CERRUTI, *I decreti ministeriali non regolamentari: alterazione fisiologica o patologica del sistema delle fonti e del riparto di competenze fra Stato e Regioni?,* in *Giur. it.,* 5, 2013, 1027 ss. e N. LUPO, *Il Consiglio di Stato individua un criterio per distinguere tra atti normativi e atti non normativi,* in *Giornale dir. amm.,* 12, 2012, 1209 ss.

[36] Reperibile all'indirizzo https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/02/23/20G00020/sg.

[37] V. BALDINI, *Prendere sul serio il diritto costituzionale... anche in periodo di emergenza sanitaria*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2020, 10, lamenta due vizi della regolazione: la scarsa attenzione al criterio della proporzionalità e la sua indifferenza al diverso grado di rischiosità dei territori.

personale, che con il divieto di allontanamento dalla propria dimora è accostabile alla misura dell'arresto domiciliare - ridefinite, non dalla legge, e neppure dal decreto legge, più che legittimo vista l'urgenza del provvedere, ma da un atto formalmente amministrativo del Presidente del consiglio. La degradazione della fonte[38], e con essa l'amministrativizzazione delle libertà, ha indebolito la protezione riservata ai diritti fondamentali stante la diversità del regime giuridico del dpcm da quello proprio del decreto legge. Il primo infatti ha un'efficacia definitiva, contro la provvisorietà del decreto legge; si risolve nella volontà incontestabilmente monocratica del Presidente del consiglio, cui fa da contraltare la subordinazione del decreto legge alla parola ultima del Parlamento; è esente sia dall'esame di legittimità preventivo e sommario del Capo dello Stato che da quello successivo e approfondito della Corte Costituzionale, ai quali invece il decreto legge non si sottrae[39].

Questo affannoso rincorrersi tra fonte primaria e sub-secondarie è un modello che si ripete a ondate periodiche: la medesima sequenza si legge nel D.L.19/2020[40] e nei dpcm derivati. Questo decreto si colloca su un piano non distante dal D.L. 6, prima esaminato; e il fatto che ripresenti le misure sacrificatorie dei diritti contenute nei dpcm antecedenti non serve a sanare i vizi di questi ultimi perché al tempo in cui lo strappo alla riserva di legge si consumava, il D.L. 19 non esisteva ancora[41].

Va però sottolineato un elemento di novità del D.L. 19: non si legge più la clausola di apertura - disposta nell'art. 2 del D.L. 6 - a favore di misure innominate restrittive dei diritti, da prescriversi in caso di insufficienza dei rimedi tipizzati. Insomma, per uno sopravvenuto scrupolo di obbedienza costituzionale il D.L. 19 non ripresenta la clausola in bianco e blinda le misure su quelle enumerate nel testo dell'art. 1 del citato atto, ma, nonostante questa opportuna cancellazione, il decreto in esame continua nella sistematica alterazione del sistema delle fonti e nel trascurare quanto la riserva gli avrebbe imposto di fare[42].

[38] M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2020, 16.

[39] A. RUGGERI, *Il Coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, disponibile all'indirizzo http://www.giurcost.org/studi/ruggeri107.pdf, 6 aprile 2020, 217; l'Autore lamenta con consueta chiarezza l'insufficienza del controllo giurisdizionale sui dpcm e quindi l'urgente «bisogno di promuovere e far valere i controlli di natura politica (in senso lato), tra i quali annovero qui quelli posti in essere dal Presidente della Repubblica sugli atti del Governo».

[40] Disponibile all'indirizzo https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/03/25/20G00035/sg.

[41] F. ANCORA, *Coronavirus, spostamenti, motivazioni*, disponibile all'indirizzo http://rivista.biodiritto.org/ojs/index.php?journal=biolaw&page=article&op=view&path%5B%5D=574&path%5B%5D=465, 174, rileva l'ulteriore criticità data dalla sfuggevolezza del linguaggio prescrittivo dei dpcm, in contrasto con la certezza del diritto.

[42] Così A. D'ALOIA, *Poscritto. Costituzione ed emergenza: verso la fine del tunnel, con qualche speranza e (ancora) con qualche dubbio*, in *Biolaw Journal,* Special issue, 1, 2020, 17.

Né riteniamo che la parlamentarizzazione dei dpcm consegni agli atti in esame la necessaria copertura costituzionale. Questo passaggio camerale è stato introdotto con l'emendamento 2.41[43] all'art. 2 del disegno di legge di conversione del D.L. 19/2020[44], che consente al Parlamento di esprimere il suo parere sulla misura transattiva ancora provvisoria tra le libertà, che retrocedono, e la salute pubblica, che avanza. Le Camere quindi non condivideranno col Governo il momento decisorio dei futuri dpcm, perché si limitano a formulare un indirizzo politico non vincolante al PDC, che potrà per ragioni politiche disattenderlo. Infatti, a differenza di una legge di conversione, costitutiva ed essenziale per la definitiva efficacia del decreto, il parere parlamentare per la sua natura consultiva lascia alla discrezionalità politica del PDC la scelta di osservarlo o meno. Per cui mentre un dpcm guadagna definitivamente efficacia nonostante il parere contrario delle Camere, un decreto legge la perde per mancata conversione; ancora la parlamentarizzazione del dpcm è una consultazione solo eventuale, potendo il PDC non provocarla in caso di urgenza; cui si oppone l'indispensabilità della legge di conversione, pena la decadenza del decreto. Né si può condividere la tesi, secondo la quale il passaggio parlamentare costringa indirettamente il Governo a desistere dal ricorso al dpcm perché l'effetto di *moral suasion* connesso alla parlamentarizzazione è inibito quando ragioni di urgenza giustificano il perfezionarsi del dpcm senza il passaggio parlamentare; in assenza di urgenza invece, il Governo non si avvarrà dei dpcm proprio per la norma sulla parlamentarizzazione. Dunque, in entrambi i casi l'effetto induttivo non si avrà, contrariamente a quanto auspicato nella mozione di maggioranza dell'11 maggio[45].

In sintesi, se si ritiene che i dpcm violino la gerarchia delle fonti, la parlamentarizzazione non riuscirà a ripristinarla perché essa copre con una parvenza

[43] Leg. XVIII, *Elenco generale delle proposte emendative (110) in Assemblea riferite al C. 2447-A, All. A*, Seduta di Martedì 12 maggio 202, disponibile all'indirizzo https://documenti.camera.it/leg18/resoconti/assemblea/html/sed0338/allegato_a.htm#. *ART.2. Al comma 1, dopo il secondo periodo, aggiungere il seguente:* Il Presidente del Consiglio o un ministro da lui delegato illustra preventivamente alle Camere il contenuto dei provvedimenti da adottare ai sensi del presente comma al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi dalle stesse formulati; ove ciò non sia possibile per ragioni di urgenza connesse alla natura delle misure da adottare, riferisce alle Camere ai sensi del comma 5, secondo periodo. ***2. 51.** *(Testo modificato nel corso della seduta).* Ceccanti, Enrico Borghi, Fassina, De Luca, Bruno Bossio, Navarra, Nesci. *(Approvato).*

[44] Il riferimento è alla Leg. XVIII, *Atto Camera n. 2447, Disegno di legge di conv. recante "Conversione in legge del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19"*, ora convertito con Legge 22 maggio 2020, n. 35, disponibile all'indirizzo https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2020-05-22;35.

[45] *Mozione* (primo firmatario D. Crippa *et alii) n. 1-00348, in Camera dei Deputati, Leg. XVIII, Resoconto d'Assemblea, All. A,* Seduta di Lunedì 11 maggio 2020, disponibile all'indirizzo https://www.camera.it/leg18/410?idSeduta=0337&tipo=documenti_seduta.

di legittimità costituzionale una catena normativa che, nata illegittima, continua a esserlo.

In sintesi, questa inedita sequenza regolatoria fondata sui decreti legge e dpcm solo formalmente rispetta la gerarchia delle fonti, ma nella sostanza aggredisce l'ordine gerarchico e le riserve perché presenta un tessuto normativo che concentra la prescrittività, non tanto nel decreto legge, quanto nel dpcm, promosso sul campo a fonte monocratica quasi primaria.

Conclusivamente, pur in assenza di una clausola emergenziale, il Governo ha trovato nell'emergenza un'occasione per creare catene normative fuori del dettato costituzionale[46].

4.1. La sorte del nocciolo duro dei diritti

Il secondo binario della nostra clausola si articola nell'osservanza del nocciolo duro dei diritti: l'assoluto inattaccabile, la parte insopprimibile di una libertà, intangibile da ogni potere pubblico, interno e sovranazionale, ordinario e straordinario. Questo essenziale è dunque inderogabile anche dal potere emergenziale perché se fosse alterato, la libertà trasfigurerebbe in un'entità giuridica diversa da quella che era in origine. Esso non si presta a essere definito una volta per tutte, *ex ante*, in autonomia dal rapporto relazionale con il diritto antagonista e quindi non può essere consegnato in un dettaglio immobile nella disposizione costituzionale[47]

A questo disegno che ingessa il nocciolo duro in una dimensione assoluta e statica la clausola emergenziale dovrebbe preferire una sua costruzione progressiva nel tempo e *per relationem*, dove il termine del rinvio mobile sia composto dal *case law* della Corte costituzionale. Il vantaggio di questa tecnica risiede nell'adattamento costante del testo all'evolversi giurisprudenziale, evitando così continue revisioni formali della disposizione.

Ferma restando l'illegittimità del paradigma dpcm a dettare la misura compositiva del conflitto tra il diritto collettivo alla salute e l'intero fascio delle libertà fondamentali (cui si aggiungono i diritti economici) per le ragioni dette prima, riflettiamo ora sul merito di questi atti, cioè sul contenuto di questa transazione regolatoria.

Rivolgiamo la nostra attenzione all'entità unitariamente considerata dei 'diritti' che costituisce l'oggetto del bilanciamento in sede di dpcm. Ebbene, nella prima fase dell'emergenza Covid-19 si è data assoluta prevalenza al diritto alla

[46] Una tesi intermedia tra l'illegittimità e la legittimità dei dpcm si deva a: G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2020, III, l'Autore parla appunto di: "auto-assunzione di un potere *extra ordinem* che si legittima per via di necessità".

[47] Sia consentito il rinvio a G. DE MINICO, *Costituzione. Emergenza e Terrorismo*, cit., in part. 111-132, per una ragionata ricostruzione dell'istituto proprio in riferimento alle leggi della paura e per l'articolazione nel tempo delle diverse posizioni dottrinali sul tema.

salute sulle altre libertà, nonostante la Corte abbia sempre escluso l'esistenza di un diritto più fondamentale degli altri[48]. Il Governo ha però rovesciato questa equiordinazione per consegnare una posizione di vantaggio al diritto collettivo alla salute, che fa da tiranno su ogni altra situazione giuridica soggettiva perché se non si assicura la vita come pretesa a svegliarsi ogni mattina, qualunque diritto verrebbe riconosciuto inutilmente, per mancanza del titolare o per sua impossibilità a esercitarlo. Quindi, tutte le libertà sono divenute simultaneamente recessive, anche quelle che era inutile sacrificare, come si vedrà da qui a breve[49].

Nella fase due - quella avviata dal dpcm 26 aprile[50]- questa supremazia si rovescia al tocco di una bacchetta magica, che la orienta a favore della ripresa economica. E allora il bilanciamento ribalta l'ordine delle priorità poste nell'iniziale D.L. 6/2020 e la salute, bene supremo fino al mese di aprile, è costretto ad arretrare da maggio in poi dinanzi all'iniziativa economica. Il dpcm 26 aprile impone dunque una lettura dei diritti sensibile alla volontà politica delle maggioranze di turno, che a loro volta hanno assecondato gli interessi dell'imprenditoria, ansiosa di rimuovere il blocco produttivo a qualunque costo. Questa forte pressione di una sola classe produttiva sul decisore politico spiega le ragioni per cui la salute da bene sommo e inviolabile degrada a valore trascurabile, superato dalla ripresa economica, che guadagna l'apice nella gerarchia dei valori. Il fatto che la Corte abbia costantemente escluso il bilanciamento tra grandezze ineguali, libertà fondamentali e diritti economici, rimanda alla precisa volontà di preservare le libertà dal calcolo economico del momento, perché meritano di essere difese e messe in sicurezza anche dal pericolo rappresentato dalla volontà maggioritaria delle forze di governo. Ma questo non è il risultato perseguito dal dpcm 26 Aprile.

Ora chiediamoci se i dpcm nel condurre indebitamente questo bilanciamento si siano attenuti ai principi di proporzionalità e necessarietà, che sono il faro che deve guidare il legislatore primario e, a maggior ragione, quello secondario.

Qui il bilanciamento tra il sacrificio alle libertà, che arretrano tutte insieme, e il guadagno di quell'unica che avanza, il diritto collettivo alla salute, non è stato condotto in modo selettivo, perché l'intero fascio delle libertà fondamentali, da quella personale a quella di culto, ha subito una drastica riduzione in

[48] Emblematica per la sua chiarezza la sentenza della Corte cost. sent. 9 maggio 2013, n. 85 (c.d. caso Ilva).

[49] In tema si veda il ricco dialogo tra S. PRISCO e F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus*, in *Osservatorio emergenza Covid-19. Paper*, 24 marzo 2020, in https://www.federalismi.it/ApplOpenFilePDF.cfm?artid=41346&dpath=document&dfile=25032020182057.pdf&content=Primo%2Bpiano%2B%2D%2BI%2Bdiritti%2Bal%2Btempo%2Bdel%2Bcoronavirus%2E%2BUn%2Bdialogo%2D%2Bstato%2B%2D%2Bpaper%2B%2D%2B.

[50] Reperibile in http://www.governo.it/sites/new.governo.it/files/Dpcm_img_20200426.pdf.

termini indifferenziati e simultanei al punto che sarebbe più corretto parlare di un sostanziale azzeramento dei diritti che non di una loro compressione relativa: si pensi alla libertà personale, costretta tra le mura di casa in obbedienza al divieto di uscire dalla propria dimora. Sarebbe stato più ragionevole selezionare quale diritto comprimere di più e quale in misura minore in ragione della idoneità funzionale di ciascuna libertà a esporre la collettività al rischio del contagio. Stessa grossolanità si coglie nel dpcm 9 marzo 2020[51], che estende il c.d. *lockdown* all'intero spazio nazionale, indipendentemente dal grado di esposizione al rischio dei singoli territori che questo spazio compongono. Neppure il dpcm del 26 Aprile 2020 si sottrae a questa critica, poiché nel compiere l'azione opposta ai primi dpcm, alleggerisce il peso gravante sui diritti fondamentali e sulle libertà economiche, uniformandolo territorialmente. Un'azione politica più sofisticata avrebbe invece graduato l'alleggerimento *ratione loci* perché questo allentare potrebbe risultare ancora insufficiente, se la zona interessata presentasse un indice di rischio prossimo allo zero; mentre la medesima misura potrebbe risultare eccessiva altrove, stante il permanere di un elevato grado di pericolo. Questa mancata differenziazione per oggetto e territorio rende queste misure di ritorno alla normalità viziate per irragionevolezza o perché non necessarie.

E il loro scostamento dal parametro della necessarietà è ancora più evidente se si considera che le misure sono legittime se rappresentano l'estrema ratio, cioè se superano la prova dell'indispensabilità, vale a dire se non esista altro rimedio meno sacrificatorio per i diritti. Ebbene, questa valutazione di ultima spiaggia non sembra aver preceduto i tanti dpcm. Infatti, se l'obbiettivo era prevenire il diffondersi del contagio tra la popolazione, tenerci tutti in casa non era indispensabile, perché lo stesso risultato di contenimento si sarebbe potuto conseguire con un'efficace azione di presidio sul territorio diretta a rilevare la catena dei contagi e, solo dopo averli accertati, a disporre verso taluni soggetti, non verso tutti indiscriminatamente, le misure adeguate al caso.

Infine, nella prima fase l'urgenza del provvedere secondo una certa lettura, qui non condivisa, può arrivare a giustificare uno strappo alla Costituzione e ammettere che una fonte secondaria, il dpcm, possa limitare i diritti, nonostante la riserva. Nella seconda fase invece tale ragione di tempestività non ricorre più perché l'urgenza del provvedere regredisce con il ritirarsi del rischio pandemico. E allora nel momento del rientro nella normalità il tempo non giustifica più il ricorso abusivo al dpcm, la cui apparente legittimità viene messa a nudo, se mai ci fosse stata all'inizio.

[51] Reperibile in https://www.gazzettaufficiale.it/atto/vediMenuHTML?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2020-03-09&atto.codiceRedazionale=20A01558&tipoSerie=serie_generale&tipoVigenza=originario.

5. Chiusura

Riteniamo necessario completare la clausola con la previsione in capo al Parlamento, già titolare del potere di dichiarare l'urgenza, anche di quello di prorogarla, nel caso in cui lo stato di necessità si dovesse protrarre oltre il termine inizialmente previsto. Quindi, se il Parlamento non fosse stato il responsabile della prima mossa perché di fatto anticipato da un Governo più sollecito di lui nel dichiarare con decreto legge l'emergenza, non per questo sarebbe estromesso definitivamente dal processo emergenziale, il quale non si esaurisce in un unico atto, snodandosi invece in una sequenza di atti e fatti tendenti al recupero della normalità. Infatti, l'Assemblea rappresentativa avrà almeno altre due occasioni per affermare la sua presenza: nel convertire il decreto, cioè quando rilegge la valutazione governativa in merito all'indispensabilità iniziale di avviare la situazione emergenziale, che potrà non condividere rifiutando la conversione; e poi nell'approvare la legge di proroga[52], cioè quando il Parlamento sceglie se differire o meno la durata dello stato di crisi. In questo momento ancora una volta potrà ritornare sulla decisione governativa di mantenere in vita la situazione straordinaria e decidere liberamente se farla propria o contestarla, negando la proroga.

E siccome il potere di proroga si può considerare un prolungamento di quello iniziale dichiarativo dell'emergenza, per ragioni di simmetria istituzionale andrebbe riconosciuto il suo esercizio, non la sua titolarità, anche al Governo che, con gli strumenti di cui dispone e alle condizioni prima dette, potrà decidere la proroga. In ogni caso, la legge di conversione del decreto legge di proroga si dovrà attenere al modello speciale eventualmente previsto nella clausola emergenziale per la legge di proroga del Parlamento.

Bene si colloca nella nostra riflessione sulla scrittura di un'*emergency clause* un richiamo al pensiero di Ackerman[53]. Lo studioso considera una regola di maggioranze crescenti al progressivo rinnovarsi nel tempo dello stato d'emergenza come una garanzia contro gli abusi del potere emergenziale. Così, il consenso necessario delle minoranze intorno alla proposta di proroga risulta giustificato dalla posta in gioco. Diversamente da come appare, l'oggetto di questa garanzia è evitare la trasformazione dello stato di diritto in un «état de droit de

[52] Allo stesso modo il Parlamento dovrebbe essere investito anche del potere di ritirare lo stato d'emergenza in anticipo sulla scadenza del termine, qualora non reputasse più necessario il suo mantenimento, come del resto prevedeva l'art. 36-1 del citato progetto di revisione costituzionale francese, come risultante dal testo approvato in prima lettura dal Senato 22 marzo 2016 (*http://www.senat.fr/petite-loi-ameli/2015-2016/395.html*), il cui comma 7 prevedeva che: «[i]l peut être mis fin à l'état d'urgence par la loi ou par décret délibéré en conseil des ministres».

[53] B. ACKERMAN, *Before the next attack: Preserving civil liberties in an age of terrorism*, Yale University Press, New Haven, 2006, (trad. it. *Prima del prossimo attacco. Preservare le libertà civili in un'era di terrorismo globale*, Vita e Pensiero, Milano, 2008), 116-121.

nécessité»[54], dove la temporaneità delle eccezioni alla legalità ordinaria tende a scivolare col trascorrere del tempo nella definitività della legalità straordinaria e quindi a introdurre, in luogo dell'ordine politico e giuridico preesistente, un'inedita normalità atipica.

Se l'obiettivo dell'Esecutivo è stabilizzare l'emergenza, ossia rendere permanente ciò che dovrebbe essere precario, è indispensabile il consenso delle minoranze, il cui assenso deve crescere man mano che l'emergenza esce dalla temporaneità per avvicinarsi al paradigma della definitività. Quindi, compiere questa conversione causale della fattispecie emergenza – in un'espressione normalizzare lo stato d'eccezione, evento comunque sconsigliabile per la sua pericolosità – richiede una consapevolezza e un'aggregazione di consensi ben più ampie di quelle sufficienti a sostenere un Governo.

Lo studioso espone le esigenze di fondo a sostegno di questa raffinata costruzione giuridica. L'Esecutivo, soggetto politico favorito dall'emergenza come destinatario di poteri innominati necessari a gestirla, è incline a conservare il più a lungo possibile questa situazione di "grazia istituzionale". Ebbene, prevedere il consenso crescente delle minoranze parlamentari al rinnovarsi della domanda governativa di differimento dello stato emergenziale può essere un efficace contrappeso a una richiesta di proroga priva del necessario presupposto.

Se consideriamo la situazione da un altro punto di vista, si potrebbe ritenere che il dibattito pubblico, la votazione alla Camera e al Senato, l'uscire dal segreto delle stanze del potere possano o rafforzare la convinzione di mantenere in vita il regime eccezionale o smascherare il tentativo di affermare uno stato di polizia. L'alternativa si scioglie nel dibattito assembleare e nel maggiore coinvolgimento del pluralismo politico-rappresentativo: un esito conservativo o eliminativo della situazione eccezionale che solo le maggioranze crescenti potranno garantire[55].

All'esigenza di evitare l'asservimento dei poteri straordinari a scopi eversivi si accompagna un ulteriore bisogno: le libertà retrocedono forzosamente

[54] Così: S. PIERRE-CAPS, *Constitutionnaliser l'état d'urgence?*, in *Civ. Eur.*, 31, 2016, 153. Quanto alle conseguenze in termini di sistema di questo trasfigurare della minaccia da transeunte a permanente, si rinvia alle ragionevoli riflessioni di: D. DYZENHAUS, *L'état d'exception*, in M. TROPER-D. CHAGNOLLAUD (*dir.*), *Traité internanational de droit constitutionnel*, tomo II, *Distribution des pouvoir*, Dalloz, Paris, 2012, 751-752, dove l'Autore rileva che: «…lorsque la menace est considérée d'une durée indéfinie, comme c'est le cas avec le terrorisme international à la Al-Qaed, il manque à la déclaration de l'état d'exception l'un de ses traits essentiels: l'anticipation de sa fin. Un état d'exception permanent semble être une contradiction dans les termes. Si les Conditions sont telles que l'ordre politique et juridique doit être reconfiguré indéfiniment, c'est le nouveau normal, pas un état d'exception».

[55] Spiega bene questa esigenza B. ACKERMAN, *Before the next attack: Preserving civil liberties in an age of terrorism*, cit., 117: «Ciascun voto sottolinea pubblicamente la provvisorietà del regime: è questa sua provvisorietà che richiede che la sua limitata proroga sia approvata coscientemente».

dinanzi all'imperativo emergenziale, senza neppure la prova di un'effettiva aggressione alla sicurezza. Allora se questa inversione del rapporto libertà-sicurezza tende a stabilizzarsi nel tempo, è più che opportuno riservare alle minoranze, soggetto unitario almeno nella difesa politica delle libertà, la parola ultima sul conservare questa relazione a termini invertiti, o invece ripristinarla nella sua corretta fisiologia. Anche in merito a quest'esigenza, la scala mobile che Ackerman valorizza si propone come uno strumento che esprime una presunzione di principio a favore delle libertà.

A ciò si aggiunga la considerazione che questo consenso addizionale possa avere un duplice effetto positivo sull'Esecutivo: da un lato, lo disincentiva ai colpi di mano, trasformando il temporaneo in definitivo, perché il Governo non ha certezza di ottenere la proroga richiesta; dall'altro, lo invita a un cauto uso dei poteri emergenziali, visto che dovrà cercare il consenso fuori dalla sua maggioranza.

A questo punto, rileviamo però un punto debole nella teoria dello studioso: la sua impostazione unilaterale. Il veto delle opposizioni rappresenta il vero presidio per la democrazia che merita di essere protetta, cioè posta al riparo da presumibili tentativi egemonici e da mire totalitarie, specialmente in tempi di crisi. E in questa illimitata fiducia nella funzione garantista del veto, Ackerman dimentica che le opposizioni si potrebbero avvalere di questo strumento al solo fine di disturbare l'azione di governo, cioè per meri scopi emulativi, avversariali all'Esecutivo.

Con ciò non si vuole dire che il «sistema della scala mobile» debba rimanere fuori dalla ipotetica clausola emergenziale introdotta in via di revisione costituzionale, ma che non andrebbe enfatizzata la sua funzione protettiva dalle proroghe abusive in quanto, diventato un elemento eccezionale della dinamica antagonista tra maggioranza e opposizione, risponderà alla logica politica del gioco delle parti. Quindi, la minoranza userà il veto o comunque minaccerà di farlo a prescindere dal venir meno del fatto emergenziale e lo finalizzerà a un risultato politico e quindi non necessariamente al ritorno alla normalità; con ciò il veto perderà i suoi attributi di prestazione neutrale posta a difesa della legalità istituzionale.

6. Conclusioni

Chiudiamo con uno sguardo alla proposta di revisione costituzionale[56], che disegna un'*emergency clause* limitata alla funzione legislativa.

[56] Leg. XVII, A.C. 2450, *Proposta di revisione costituzionale, "Introduzione degli articoli 55-bis e 55-ter della Costituzione*, "concernenti la dichiarazione dello stato di emergenza e l'istituzione di una Commissione parlamentare speciale per l'esercizio delle funzioni delle Camere".

Questo il suo corpo essenziale: messa in quarantena definitiva dell'Assemblea, privata anche del voto finale sul progetto di legge; concentrazione dell'intera funzione legislativa in capo a una commissione 'specialissima', che agisce in luogo dell'Assemblea; riserva all'istituenda commissione di poteri incomparabilmente dilatati nell'oggetto e negli effetti rispetto a quelli propri delle commissioni deliberanti e persino di quelle speciali, come tipizzate nei regolamenti parlamentari; legittimazione a certe condizioni a derogare al riparto costituzionale di competenze tra Stato e Regioni, inaugurandosi anche una via alternativa al 138, benché temporanea. Questa proposta di revisione supera, tra l'altro, il controlimite sostanziale, secondo il quale è l'Assemblea il soggetto competente a deliberare (artt. 64 e 72 Cost.), non una sua articolazione in miniatura, che può votare da remoto.

Quale il suo esito?

Si comprometterebbe il corretto funzionamento del rapporto rappresentativo se a decidere fosse una sparuta minoranza di parlamentari che operano da stanze virtuali, scarsamente visibili ai cittadini; e con esso si attenterebbe all'esistenza stessa del Parlamento.

In sintesi, per scrivere questa clausola, opportuna, ma non necessaria, occorrerebbe prudenza e attenzione a rimanere entro le rette parallele dell'equilibrio dei poteri e dell'intangibilità del nocciolo duro dei diritti. Diversamente, per evitare il pericolo attuale dell'anarchia emergenziale, avremmo procurato una profonda e irreversibile lacerazione alla Costituzione attraverso una via lecita. Quale dei due danni è il peggiore?[57]

Forse sarebbe bastato e basterebbe governare l'emergenza in atto con più cautela e nella consapevolezza di non creare nulla di nuovo, ma semplicemente di osservare la cornice costituzionale di riferimento.

[57] G. GEATRY, *Liberty and Security*, Polity Press, Cambridge, 2013, in part. cap. IV. e K. ROACH, *The 9/11 Effect. Comparative counter terrorism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, 428 ss.

© Osservatoriosullefonti.it, fasc. speciale/2020

QUEL CHE RESTA DELLA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE AL TEMPO DEL CORONAVIRUS*

GIOVANNI DI COSIMO**

Sommario

1. Decreti. – 2. Spostamenti infra-territoriali. – 3. Territori. – 4. Evitare. – 5. Legalità delle pene. – 6. Legalità sostanziale. – 7. Natura. – 8. Epilogo.

Abstract

This paper discusses the legitimacy of the several measures which have limited the free movement of persons in Italy during the COVID-19 emergency.

Suggerimento di citazione

G. DI COSIMO, *Quel che resta della libertà di circolazione al tempo del Coronavirus*, n. 2/2020. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il contributo costituisce la rielaborazione dell'intervento tenuto al *webinar* "Le fonti normative dell'emergenza", organizzato dalla *Rivista* e svoltosi il 30 aprile 2020.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Macerata.
Contatto: giovanni.dicosimo@unimc.it

© 2007-2020 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIII – Fascicolo speciale/2020
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Decreti

La catena normativa messa in campo contro l'epidemia assegna al decreto legge il compito di elencare le possibili misure di contrasto del virus, e al decreto del Presidente del Consiglio il compito di imporle in concreto, potendo peraltro sceglierle anche al di fuori dell'elenco[1].

Ne è sortito un vasto insieme di provvedimenti governativi che ha determinato una inaudita compressione di libertà e diritti. La notevole tensione alla quale il tessuto costituzionale è stato sottoposto non ne ha procurato una lacerazione[2], dacché le misure governative: a) sono finalizzate ad affrontare uno stato di necessità senza precedenti con lo scopo di salvaguardare la salute e la vita dei cittadini[3]; b) hanno una durata limitata nel tempo[4]; c) sono previste da una fonte di rango primario[5], e precisamente tre decreti legge, due dei quali già convertiti dal Parlamento[6].

[1] Questa impostazione non risulta incompatibile con il quadro costituzionale (così A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti regionali*, disponibile all'indirizzo *www.dirittiregionali.it*, 1, 2020, 525).

[2] R. BIN, *Guardando a domani*, in *laCostituzione.info*, disponibile all'indirizzo *www.lacostituzione.info*, 12 marzo 2020; A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta OnLine*, disponibile all'indirizzo *www.giurcost.org*, 1, 2020, 210 ss.; di diverso avviso sono R. CHERCHI e A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza covid-19: prime riflessioni*, in *Diritti regionali*, disponibile all'indirizzo *www.dirittiregionali.it*, 1, 2020, 668.

[3] G. AZZARITI, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal Covid-19*, in *Questione giustizia*, disponibile all'indirizzo *www.questionegiustizia.it*, 27 marzo 2020.

[4] Lo stato d'emergenza termina il 31 luglio 2020; l'art. 1 co. 1 del d.l. 19/2020 stabilisce che le misure possono essere adottate «per periodi predeterminati, ciascuno di durata non superiore a trenta giorni». Sulla necessaria temporaneità delle misure cfr. G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzinoalismo.it*, disponibile all'indirizzo *www.costituzionalismo.it*, 1, 2020, I, III; A. ALGOSTINO, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in *Osservatorio costituzionale*, disponibile all'indirizzo *www.osservatoriocostituzionale.it*, 3, 2020, 3; D. PULITANÒ, *Problemi dell'emergenza. Legalità e libertà*, in *La legislazione penale*, disponibile all'indirizzo *www.lalegislazionepenale.eu*, 18 maggio 2020, 5 s.

[5] G. BATTARINO, *Decreto-legge "COVID-19", sistemi di risposta all'emergenza, equilibrio costituzionale*, in *Questione giustizia*, disponibile all'indirizzo *www.questionegiustizia.it*, 1° marzo 2020, 7. Per la tesi della piena legittimità dei dPCM in quanto previsti da una fonte primaria cfr. E. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza da Coronavirus*, in *BioLaw Journal*, disponibile all'indirizzo *www.rivista.biodiritto.org*, 1, 2020, 100. Ma altri osservano che non si può dare attuazione al decreto legge con un atto amministrativo perché secondo la Costituzione la fonte primaria deve dettare norme di immediata applicazione cfr. L.A. MAZZAROLLI, «Riserva di legge» *e* «principio di legalità» *in tempo di emergenza nazionale. 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 – Osservatorio Emergenza Covid-19*, disponibile all'indirizzo *www.federalismi.it*, 23 marzo, 2020, 20.

[6] D.l. 6/2020 (convertito dalla l. 13/2020) e d.l. 19/2020 (convertito dalla l. 35/2020); d.l. 33/2020.

Questo in generale, ma se poi si va valutare la legittimità delle singole misure, come sembra opportuno, si vede che la terza condizione – la previsione da parte della fonte primaria – non sembra ricorrere nel caso di una specifica misura limitativa della libertà di circolazione.

2. Spostamenti infra-territoriali

Il primo decreto legge, adottato dal Consiglio dei ministri il 22 febbraio, prevede, fra le altre, una misura relativa al «divieto di allontanamento dal comune o dall'area interessata»[7]. La compressione della libertà di circolazione e soggiorno che questa misura comporta resta, nondimeno, nel perimetro dell'art. 16 Cost., il quale consente «le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza». Non vi sono infatti dubbi sulla sussistenza dei motivi di sanità, mentre per quanto attiene alla riserva di legge, che la si interpreti come assoluta oppure come relativa, stando alla giurisprudenza costituzionale risulta soddisfatta dall'intervento di una fonte primaria qual è il decreto legge[8].

Il successivo d.P.C.M. del 1° marzo applica il divieto di allontanamento dal comune ad alcuni comuni delle regioni Lombardia e Veneto, riprendendolo quasi alla lettera dal decreto legge. Una settimana dopo viene adottato un altro decreto del Presidente del Consiglio le cui misure si applicano in una più vasta un'area del territorio nazionale[9]. È il decreto dell'8 marzo che abroga quello precedente, e stabilisce che occorre «evitare ogni spostamento delle persone fisiche in entrata e in uscita dai territori di cui al presente articolo, nonché all'interno dei medesimi territori»[10].

La seconda parte della previsione, che parla degli spostamenti all'interno dei territori, introduce una misura che non risulta compresa nell'elenco dell'art. 1 del d.l. 6/2020[11]. In effetti, il decreto legge si limita a stabilire il divieto di allontanamento dal comune, ovverosia il divieto di uscire dai confini comunali, che è cosa diversa dalla preclusione a spostarsi all'interno di quei medesimi confini. Ciò pone la questione della legittimità della previsione sugli spostamenti infra-territoriali e insinua un dubbio sulla proporzionalità delle misure

[7] D.l. n. 6/2020, art.1, c. 2, lett. *a*).

[8] Sul ruolo della giurisprudenza costituzionale nell'ammettere l'intervento di atti con forza di legge nelle riserve di legge cfr., da ultimo, G. PICCIRILLI, *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovrastatuali*, Giappichelli, Torino, 2019, 57 ss.

[9] Comprendente il territorio della Lombardia e quattordici province delle regioni Emilia-Romagna, Piemonte, Veneto, Marche.

[10] Art. 1, c. 1, lett. *a*), dPCM 8 marzo.

[11] Sulla mancanza in alcuni casi di un chiaro e preciso fondamento dei dPCM nel decreto legge a monte cfr. I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione giustizia*, disponibile all'indirizzo *www.questionegiustizia.it*, 18 marzo 2020.

messe in campo dal Governo[12]. Più in generale, porta a domandarsi quali atti possano legittimamente limitare il movimento della popolazione, se solo la legge e gli atti normativi equiparati, oppure anche atti subordinati.

3. Territori

In realtà, è controverso quale sia il significato della misura e il suo stesso contenuto dispositivo[13]. Non riguarderebbe gli spostamenti infra-comunali bensì gli spostamenti fra un comune e l'altro della medesima provincia[14]. Se così fosse, il riferimento agli spostamenti all'interno dei territori coinciderebbe con il divieto di allontanamento dal proprio comune, previsto inizialmente dal decreto legge e ripreso dal d.P.C.M. del 1° marzo[15].

Questa interpretazione presenta il vantaggio di risolvere il problema dell'eccedenza prescrittiva della misura rispetto al decreto legge, nel senso che le assegna un contenuto dispositivo già compreso nell'elenco del decreto legge. E tuttavia, si regge sul presupposto che la parola "territori" sia riferita agli ambiti territoriali provinciali, che è valido fintanto che i territori sono quelli indicati dal decreto dell'8 marzo, ossia la regione Lombardia e alcune province del nord e del centro. In quel momento le misure riguardano solo queste aree territoriali, e dunque l'espressione territori si riferisce a tali ambiti circoscritti. Ma quando, il giorno dopo, un altro decreto del Presidente del Consiglio estende l'operatività delle misure a tutto il territorio nazionale[16], il presupposto viene meno perché il testo non individua più nominativamente singoli ambiti territoriali. Di qui i dubbi interpretativi e i conseguenti ampi margini di discrezionalità concessi agli organi competenti a svolgere i controlli[17]. Una più accurata fattura del testo avrebbe suggerito di eliminare il riferimento ai territori, ma così non è stato.

[12] Considerazione, quest'ultima, che rende più problematico il quadro sulla sostanziale tenuta costituzionale tratteggiato in apertura.

[13] Fermo restando che i provvedimenti governativi non precludono in assoluto l'uscire di casa ma la circolazione o spostamento veri e propri (G. SALVADORI, *Il periplo dell'isolato. La libertà di passeggiare al tempo del COVID-19*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, consultabile all'indirizzo *www.gruppodipisa.it*, 1, 2020, 309 ss.).

[14] A. CANDIDO, *Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione al tempo del COVID-19*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, disponibile all'indirizzo: *www.forumcostituzionale.it*, 1, 2020, 421 s. il quale esclude che si tratti degli spostamenti interni al territorio comunale perché altre previsioni del decreto presuppongono la possibilità di muoversi in quell'ambito (per es. l'apertura dei luoghi di culto, oppure lo svolgimento delle attività di bar e ristorazione).

[15] Ma il testo del dPCM 8 marzo introduce il riferimento agli spostamenti interni ai territori con la congiunzione "nonché", lasciando intendere che si tratta di una previsione ulteriore rispetto a quella che precede relativa agli spostamenti in entrata e in uscita dai territori.

[16] Art. 1, c. 1 dPCM 9 marzo.

[17] M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio costituzionale*, disponibile all'indirizzo *www.osservatoriocostituzionale.it*, 3, 2020, 10.

A questo punto, se si vuol dare un senso alla previsione, bisogna guardare a ciò che prescrive il primo anello della catena normativa. E siccome il d.l. 6/2020 impone di restare nell'ambito del comune, il territorio all'interno del quale per effetto della misura non ci si può spostare, è per forza di cose quello comunale.

4. Evitare

Pure controverso è il carattere prescrittivo della misura. In effetti, l'uso del verbo evitare è piuttosto ambiguo; parrebbe una semplice raccomandazione, più che un obbligo vero e proprio. Con la conseguenza che il mancato rispetto di una raccomandazione non dà luogo alla responsabilità penale prevista dal decreto legge per il «mancato rispetto delle misure di contenimento», responsabilità che opera, invece, per la violazione dei divieti in senso proprio come, ad esempio, il «divieto assoluto di mobilità dalla propria abitazione o dimora per i soggetti sottoposti alla misura della quarantena ovvero risultati positivi al virus»[18].

Nondimeno sembra proprio che gli organi chiamati a far rispettare le misure siano stati di diverso avviso. Una nota della procura di Genova sottolinea, per esempio, il «carattere precettivo del verbo "evitare"», e ne ricava l'indicazione che vanno evitati gli spostamenti all'interno dei territori, ad eccezione di quelli «all'interno della zona di residenza», corrispondente al quartiere-circoscrizione, «per soddisfare le elementari esigenze di vita legate all'attività motoria ed all'acquisto di beni in vendita presso gli esercizi commerciali dei quali sia stata autorizzata l'apertura»[19]. A sua volta, la direttiva del Ministro degli interni ai prefetti relativa ai controlli, diramata a ridosso del decreto dell'8 marzo, non distingue fra obblighi e raccomandazioni, ma fa esclusivo riferimento ai primi citando anche gli spostamenti infra-comunali[20]. Richiama la sanzione penale per il mancato rispetto degli obblighi previsti dal decreto, ivi compresi gli spostamenti all'interno dei comuni[21]. Indicazioni analoghe giungono dal campo regionale: per esempio, un'ordinanza della Regione Campania obbliga i cittadini a rimanere nelle proprie abitazioni consentendo «esclusivamente spostamenti temporanei e individuali» per esigenze lavorative, per motivi di salute o per situazioni di necessità, e precisa che quest'ultime sono

[18] Art. 1, c. 1, lett. *c*), dPCM 8 marzo.

[19] Procura della Repubblica presso il Tribunale di Genova, 16 marzo 2020.

[20] Direttiva n. 14606 dell'8 marzo avente ad oggetto le misure urgenti introdotte dal dPCM dell'8 marzo.

[21] Conferma si trae dalle FAQ pubblicate nel sito del Governo: «Sono consentiti solo gli spostamenti da casa motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità (per esempio, dover fare la spesa o comprare beni necessari) o per motivi di salute» (disponibili all'indirizzo *www.governo.it/it/faq-iorestoacasa*).

«quelle correlate ad esigenze primarie delle persone, per il tempo strettamente indispensabile (…) e comunque in aree contigue alla propria residenza, domicilio o dimora»[22].

Pertanto, che l'ambiguità sia voluta, onde discutibilmente concedere margine discrezionale alle forze di polizia, oppure sia il risultato di una certa sciatteria nell'uso della tecnica normativa, solo in parte scusabile con l'urgenza di provvedere, si deve prender atto che nella prassi non si è dubitato del valore prescrittivo della misura relativa agli spostamenti infra-comunali. Discorso diverso vale per quelle altre previsioni del decreto che formulano raccomandazioni in modo espresso, e quindi chiaramente non hanno carattere prescrittivo, come per esempio la raccomandazione di rimanere a casa rivolta alle persone che presentano determinati sintomi[23].

5. Legalità delle pene

Prendendo per buona l'interpretazione prevalsa nella prassi, si giunge alla conclusione che il decreto dell'8 marzo qualifica come reato un comportamento, gli spostamenti infra-comunali, fino a quel momento lecito. Più precisamente, l'atto amministrativo stabilisce che il mancato rispetto degli obblighi che introduce, e quindi anche di quello relativo agli spostamenti infra-comunali, configura il reato indicato dal d.l. 6/2020, il quale punisce il mancato rispetto delle misure di contenimento del virus in base all'art. 650 del codice penale ("inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità").

Se così è, nasce un problema sul fronte del principio di legalità delle pene. Assumendo che la riserva di legge del secondo comma dell'art. 25 Cost. abbia carattere assoluto[24], ne segue che la scelta e l'ambito della pena debbano essere effettuati dal Parlamento, in quanto organo rappresentativo del corpo elettorale, e non possano essere demandati al potere normativo dell'Esecutivo di livello sub-primario[25]. Come ha precisato la Corte, il principio costituzionale della legalità della pena «esige che sia soltanto la legge (o un atto equiparato)

[22] Ord. n. 15 del 13 marzo del Presidente della Regione Campania.

[23] Art. 1, c. 1, lett. *b*), dPCM 8 marzo. Sulla circostanza che i dPCM mescolano prescrizioni giuridiche con consigli ed esortazioni cfr. G. ZAGREBELSKY, *Se non basta obbedire*, in *la Repubblica*, 30 aprile 2020.

[24] Sent. 327/2008.

[25] Secondo la Corte, la *ratio* della riserva di legge penale è legata al «procedimento di formazione della legge, aperto al confronto tra maggioranza e minoranza, adeguato a tutelare i diritti dell'opposizione nel sindacare le scelte di criminalizzazione adottate dalla maggioranza» (sent. 487/1989 che aggiunge che «il monopolio penale del legislatore statale è fondato sul suo essere rappresentativo della società tutta, "unita per contratto sociale"; ed è la società tutta che attende che l'esercizio del potere legislativo penale, direttamente od attraverso i suoi rappresentanti, non avvenga arbitrariamente bensì "per il suo bene e nel suo interesse"»). Cfr. anche sentt. 394/2006 e 230/2012.

dello Stato a stabilire con quale misura debba esser repressa la trasgressione dei precetti che vuole sanzionati penalmente»[26].

In realtà l'intervento di atti governativi sub-legislativi non è del tutto escluso. Può essere ammesso qualora la legge indichi «con sufficiente specificazione le condizioni e l'ambito di applicazione del provvedimento»[27]. E il decreto dell'8 marzo introduce la nuova misura basandosi proprio sull'autorizzazione contenuta nel decreto legge. Più precisamente, l'art. 2 del d.l. 6/2020 consente alle «autorità competenti», fra le quali si può far rientrare il Presidente del Consiglio che è titolare di importanti competenze in materia di protezione civile[28], di «adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza».

L'ipotesi che il principio di legalità penale sia soddisfatto dalla previsione dell'art. 2, regge a condizione che la fonte primaria che autorizza l'intervento di quella secondaria risponda al requisito della determinatezza. Da tempo la Corte costituzionale ha precisato che la base legislativa deve essere sufficientemente precisa; spetta alla legge o all'atto equiparato «indicare con sufficiente specificazione i presupposti, i caratteri, il contenuto e i limiti dei provvedimenti dell'autorità non legislativa, alla trasgressione dei quali deve seguire la pena»[29].

Ma l'art. 2 del d.l. 6/2020 non sembra soddisfare tali requisiti. È una disposizione "in bianco" che attribuisce potere all'atto sub-legislativo senza delimitarlo né formalmente né sostanzialmente[30]. Non delinea con precisione i contorni della fattispecie penale, autorizzando l'intervento di provvedimenti che non vincola nel contenuto, con conseguente violazione della riserva di legge dell'art. 25 comma 2 Cost.[31]. Insomma, lungo questa strada si va a sbattere di nuovo contro il principio di legalità della pena, nel senso che la riserva di legge impedisce che un atto sub-legislativo qualifichi come reato determinati

[26] Sent. 26/1966.

[27] Sent. 168/1971.

[28] Per un quadro delle competenze relative alla protezione civile durante le emergenze cfr., da ultimo, G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *L'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione*, in *BioLaw Journal*, disponibile all'indirizzo *www.rivista.biodiritto.org*, 1, 2020, 184 s. Sul ruolo egemone svolto dal Presidente del Consiglio cfr. G. NAPOLITANO, *I pubblici poteri di fronte alla pandemia*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2, 2020, 146; ma già la prassi precedente è caratterizzata dall'accentramento del potere di ordinanza nelle mani del Presidente del Consiglio: cfr. A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere* extra ordinem *del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011, 202 ss.

[29] Sent. 26/1996.

[30] G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost*, disponibile all'indirizzo *www.unicost.eu*, 10 aprile 2020; L.A. MAZZAROLLI, «Riserva di legge» *e* «principio di legalità» *in tempo di emergenza nazionale* cit., 13.

[31] C. RUGA RIVA, *Il D.L. 25 marzo 2020, n. 19, recante "misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19": verso una "normalizzazione" del diritto penale dell'emergenza?*, in *La legislazione penale*, disponibile all'indirizzo www.lalegislazionepenale.eu, 6 aprile 2020, 2.

comportamenti, qualora si fondi sull'autorizzazione di una disposizione primaria indeterminata[32].

6. Legalità sostanziale

Il giudizio sull'art. 2 del d.l. 6/2020 non cambia se si considera il parametro costituzionale dell'art. 16 sulla libertà di circolazione. La disposizione risulta illegittima perfino accedendo alla tesi del carattere relativo della riserva di legge, che non esclude il concorso di fonti secondarie[33]. Infatti occorre considerare le modalità con cui la fonte primaria autorizza il concorso della fonte sub-legislativa[34]. L'art. 2 attribuisce un potere amministrativo indeterminato e quindi non rispetta il principio di legalità sostanziale[35]. È, come detto, una previsione "in bianco" che, in sostanziale elusione della riserva di legge, concede ampi

[32] R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive*, in *Sistema penale*, consultabile all'indirizzo *www.sistemapenale.it*, 24 aprile 2020. Sulla violazione da parte dell'art. 2 della garanzia della riserva assoluta di legge cfr. V. BALDINI, *Prendere sul serio il diritto costituzionale…anche in periodo di emergenza sanitaria*, in *dirittifondamentali.it*, disponibile all'indirizzo *www.dirittifondamentali.it*, 1, 2020, 1274.

[33] Nelle riserve relative «quel che si richiede è soltanto che la legge detti una disciplina "di principio", regolando gli aspetti essenziali della materia, in modo da circoscrivere la discrezionalità delle autorità amministrative nell'esercizio di poteri (normativi e di concreta amministrazione) ad esse attribuiti dalla legge stessa» (V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, 56). Per la tesi del carattere relativo della riserva cfr., fra gli altri, L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1998, 616; M. MAZZIOTTI DI CELSO, G.M. SALERNO, *Manuale di diritto costituzionale,* Cedam, Padova, 2010, 180. Per la tesi del carattere assoluto cfr. G. DEMURO, *Art. 16,* in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco, Celotto, Olivetti, vol. I, Utet, Torino, 2006, 377 ss.; D. MORANA, *Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte. L'art. 23 Cost. come norma di chiusura*, Giuffrè, Milano, 2007, 213; e, da ultimo, A. MAZZOLA, *Il bilanciamento tra diritto alla salute e libertà di circolazione ai tempi del nuovo coronavirus*, in *Astrid rassegna*, disponibile all'indirizzo *www.astrid-online.it*, 6, 2020, 13.

Sulla compatibilità con l'art. 16 Cost. di provvedimenti limitativi adottati dalle autorità amministrative cfr. sent. 64/1968. Sulla necessità di un rispetto sostanziale della riserva di legge che passa anche per un adeguato bilanciamento fra la libertà di circolazione e il diritto alla salute cfr. R. DI MARIA, *Il binomio "riserva di legge – tutela delle libertà fondamentali" in tempo di COVID-19: una questione non soltanto "di principio"*, in *Diritti regionali*, disponibile all'indirizzo *www.dirittiregionali.it*, 1, 2020, 514 s. Sulla prevalenza assoluta che nel periodo dell'emergenza è stata riconosciuta al diritto alla salute v. F. RESCIGNO, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, in *Osservatorio costituzionale*, disponibile all'indirizzo *www.osservatoriocostituzionale.it*, 3, 2020, 9 ss.

[34] A. D'ANDREA, *Protezione della salute pubblica, restrizioni della libertà personale e caos normativo*, in *Giustizia insieme*, disponibile all'indirizzo *www.giustiziainsieme.it*, 24 marzo 2020, 4; G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la* pietas *di Enea*, in *federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19*, disponibile all'indirizzo *www.federalismi.it*, 18 marzo, 2020, 11.

[35] Sottolinea l'evidente incostituzionalità della disposizione F. SORRENTINO*, Riflessioni minime sull'emergenza* coronavirus, in *Costituzionalismo.it,* disponibile all'indirizzo *www.costituzionalismo.it*, 1, 2020, III, 136. Sulla perdurante attualità del principio di legalità cfr. P. CARROZZINO, *Libertà di circolazione e soggiorno, principio di legalità e gestione dell'emergenza*, in *Osservatorio costituzionale*, disponibile all'indirizzo *www.osservatoriocostituzionale.it*, 3, 2020, 15.

margini di intervento al decreto del Presidente del Consiglio, che invece dovrebbe limitarsi a specificare e attuare meditante norme di dettaglio[36].

Invece, come ha sottolineato la Corte, sussiste «l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto. Tale principio non consente «l'assoluta indeterminatezza» del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una «totale libertà» al soggetto od organo investito della funzione (…). Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa»[37].

7. Natura

Le conclusioni in punto di legalità delle pene restano valide anche se si affronta il ragionamento a partire dalla questione della natura dei decreti del Presidente del Consiglio[38]. Quelli contro il coronavirus vengono assimilati alle ordinanze di necessità e urgenza e considerati atti aventi carattere formalmente amministrativo e sostanzialmente normativo[39].

Eppure, l'assimilazione alle ordinanze non è senza insidie a causa della loro incerta natura normativa[40]. La tesi negativa si basa sul duplice presupposto della temporaneità e inettitudine a produrre effetti permanenti[41]. Nel caso dei

[36] G.L. GATTA, *Coronavirus, limitazione dei diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in *Sistema penale*, consultabile all'indirizzo *www.sistemapenale.it*, 16 marzo 2020; D. PULITANÒ, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, in *Sistema penale*, disponibile all'indirizzo *www.sistemapenale.it*, 28 aprile 2020, 4; A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, disponibile all'indirizzo: *www.forumcostituzionale.it*, 1, 2020, 492.

[37] Sent. 115/2011.

[38] Sulla dubbia classificazione dei dPCM cfr. F. BIONDI DAL MONTE, *Dopo la legge. Tendenze e prospettive dell'attuazione delle fonti primarie tra Governo e Parlamento*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 34 ss.; D. PICCIONE, *Il Comitato per la legislazione e la cangiante natura dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *federalismi.it*, disponibile all'indirizzo *www.federalismi.it*, 3, 2017; V. DI PORTO, *La carica dei DPCM*, in *Osservatorio sulle fonti*, consultabile all'indirizzo *www.osservatoriosullefonti.it*, 2, 2016; S. LABRIOLA, *Decreto del Presidente del Consiglio*, in *Enciclopedia del diritto*, agg. II, 1998.

[39] M. DE NES, *Emergenza CoViD -19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?* in *BioLaw Journal*, disponibile all'indirizzo *www.rivista.biodiritto.org*, 1, 2020, 316.

[40] Sulla sottile linea di confine fra atti regolamentari e atti amministrativi si può v. G. DI COSIMO, *I regolamenti nel sistema delle fonti. Vecchi nodi teorici e nuovo assetto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2015, 111 ss.

[41] Cfr. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, il Mulino, Bologna, 1996, 53. Per la tesi della natura sostanzialmente normativa delle ordinanze cfr. E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bononia University Press, Bologna, 2019, 248 ss.

decreti per l'emergenza coronavirus, mentre ricorre il primo presupposto, è difficile negare che le limitazioni dei diritti non abbiano prodotto effetti permanenti. Se si guarda ai contenuti di questi atti, si vede che precludono aspetti fondamentali della vita di relazione e interdicono lo svolgimento di molte attività economiche, determinando effetti destinati inevitabilmente a permanere[42]. Indicativo è pure che i decreti contengano misure vincolanti per la generalità dei consociati e, soprattutto, siano applicabili in una serie indefinita di casi. Presentino cioè i caratteri della generalità ed astrattezza che secondo la giurisprudenza costituzionale identificano gli atti regolamentari[43]. Non sembra perciò azzardato ritenere che innovino l'ordinamento giuridico, sia pure temporaneamente, e dunque abbiano natura normativa e persino regolamentare[44].

[42] A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali*, disponibile all'indirizzo *www.dirittiregionali.it*, 1, 2020, 374. Questo spiega perché il collegamento alle ordinanze di protezione civile regga fino a un certo punto: l'emergenza coronavirus presenta caratteri inediti, incomparabili con le precedenti emergenze, e conseguentemente la risposta normativa si differenzia in modo sostanziale da ogni altra precedente. Questo ordine di considerazioni suggerisce che i decreti costituiscono un fenomeno normativo assolutamente peculiare, difficilmente assimilabile alle esperienze di ricorso alle ordinanze di necessità e urgenza, con la conseguenza che il loro fondamento va cercato nel quadro normativo delineato dai decreti legge, significativamente diverso dall'impostazione del codice della protezione civile (Cfr. A. CARDONE, *La "gestione alternativa" dell'emergenza nella recente prassi normativa del Governo: le fonti del diritto alla prova del COVID-19*, in *La legislazione penale*, disponibile all'indirizzo *www.lalegislazionepenale.eu*, 18 maggio 2020; G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *L'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione* cit., 185 ss.; per la tesi della doppia legittimazione dei dPCM, decreti legge e codice della protezione civile, cfr. invece B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19*, disponibile all'indirizzo *www.federalismi.it*, 6, 2020, vii; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, disponibile all'indirizzo *www.rivistaaic.it*, 2, 2020, 123 s.).

[43] Sentt. 274/2010; 278/2010; 275/2011. Sul criterio sostanziale cfr. G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Zanichelli, Bologna, 1998, 22 s. In base al contenuto i dPCM possono recare norme giuridiche, e dunque sostanziarsi in regolamenti, oppure rientrare nell'ambito degli atti amministrativi (cfr. cfr. F. BIONDI DAL MONTE, *Dopo la legge* cit., 37).

[44] G. DI COSIMO, *Tra decreti e decreti: l'importanza di usare lo strumento giusto*, in *laCostituzione.info*, disponibile all'indirizzo *www.lacostituzione.info*, 22 aprile 2020; *contra* M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19*, disponibile all'indirizzo *www.federalismi.it*, 18 marzo, 2020, 4 s.; A. LAURO, *Urgenza e legalità ai tempi del CoViD-19: fra limiti imprescindibili e necessaria flessibilità*, in *BioLaw Journal*, disponibile all'indirizzo *www.rivista.biodiritto.org*, 1, 2020, 149; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza* cit., 121, secondo il quale si tratta di atti normativi di natura non regolamentare. Secondo un'altra lettura si tratta di regolamenti "indipendenti" atipici in quanto tale illegittimi; la conclusione non pare condivisibile, dato che, come dico nel testo, occorre piuttosto valutare la legittimità delle singole misure (A. GUSMAI, *Lo «stato d'emergenza» ai tempi del Covid-19: una possibile fonte di risarcimento del danno?*, in *dirittifondamentali.it*, disponibile all'indirizzo *www.dirittifondamentali.it*, 25 marzo 2020, 7).

Comunque sia, ai fini del nostro discorso basterà rilevare che adottando l'interpretazione che nega natura normativa alle ordinanze, e quindi ai decreti del Presidente del Consiglio adottati durante l'emergenza che a quelle vengono assimilati, si rientra nel caso, prima prospettato, nel quale l'intervento di un atto sub-legislativo è precluso dalla riserva di legge dell'art. 25 Cost.

Se invece si preferisce la tesi che attribuisce natura regolamentare ai decreti, apparentemente si apre un varco, dato che la riserva di legge dell'art. 25 secondo comma Cost. tollera l'intervento di fonti secondarie per integrare la previsione di livello primario con mere specificazioni relative al precetto[45]. E tuttavia, nel nostro caso il varco si richiude subito, perché il decreto del Presidente del Consiglio non si limita all'integrazione del decreto legge, ma si sostituisce ad esso nell'indicare il fatto oggetto di sanzione penale[46].

8. Epilogo

La vicenda degli spostamenti infra-comunali mette in evidenza due problemi di fondo che si sono manifestati in corrispondenza del drammatico passaggio fra l'8 e il 9 marzo quando è cresciuto d'intensità l'allarme per il diffondersi dell'epidemia. Da un lato, la non corrispondenza della misura rispetto alle previsioni del decreto legge che ne costituisce la base legale. Dall'altro, l'estensione della misura a tutto il territorio nazionale, senza tener conto che il suo significato cambia profondamente se applicata su base nazionale piuttosto che limitatamente alle "zone rosse"[47]. Entrambi i problemi sono una conseguenza della scelta dello strumento normativo, che avrebbe dovuto essere il decreto legge piuttosto che il decreto de Presidente del Consiglio[48].

[45] La giurisprudenza costituzionale ha ammesso l'integrazione del precetto penale con fonti secondarie (per profili tecnici o qualora la fonte primaria definisca puntualmente il precetto), ma ha censurato le ipotesi in cui l'integrazione ha per oggetto la pena (cfr. I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, FrancoAngeli, Milano, 2015, 108).

[46] Il «principio di legalità in materia penale è soddisfatto, sotto il profilo della riserva di legge (art. 25, secondo comma, Cost.) allorquando la legge determina con sufficiente specificazione il fatto cui è riferita la sanzione penale. In corrispondenza della ratio garantista della riserva, è infatti necessario che la legge consenta di distinguere tra la sfera del lecito e quella dell'illecito, fornendo a tal fine un'indicazione normativa sufficiente ad orientare la condotta dei consociati» (sent. 282/1990).

[47] F. FILICE e G.M. LOCATI, *Lo Stato democratico di diritto alla prova del contagio*, in *Questione giustizia*, consultabile all'indirizzo *www.questionegiustizia.it,* 27 marzo 2020, 16.

[48] M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo* cit., 11. L'intero impianto del d.l. 6/2020 è pensato per un'applicazione al livello locale, nell'ambito delle "zone rosse", ivi compreso l'art. 2 che consente l'adozione di ulteriori misure, sicché l'estensione a livello nazionale avrebbe dovuto essere decisa da una fonte primaria (cfr. G.L. GATTA, *Coronavirus, limitazione dei diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare* cit.).

A ogni modo, tali problemi sono stati infine superati per effetto degli svolgimenti successivi. Nella seconda catena normativa fra il decreto legge (19/2020 che abroga il d.l. 6/2020 e sostituisce la sanzione penale con una sanzione amministrativa) e il decreto del Presidente del Consiglio (del 10 aprile che abroga i precedenti dell'8 e 9 marzo), il divieto di muoversi all'interno del comune è, più correttamente, previsto dalla fonte primaria sotto forma di «limitazione alla possibilità di allontanarsi dalla propria residenza».

© Osservatoriosullefonti.it, fasc. speciale/2020

EMERGENZA SANITARIA E STATO REGIONALE: SPUNTI PER UNA RIFLESSIONE*

ELENA D'ORLANDO**

Sommario

1. Il binomio ordinarietà-eccezionalità nelle opzioni costituenti: la certezza dei punti cardinali. – 2. La fluidità del riparto delle competenze e i possibili criteri "orientatori". – 2.1. Lo Stato responsabile e garante delle esigenze di unità … . – 2.2. … segue: nel rispetto del pluralismo che è alla base del sistema democratico. – 3. Prospettive *de iure condendo*: lo Stato regionale come processo di integrazione.

Abstract

States of emergency naturally put constitutional systems under stress, regardless of whether they are explicitly codified or not. It goes without saying, however, that the fact of whether a constitution provides for a state of emergency is not without consequences in terms of dogmatic reconstruction. Indeed, while, on one hand, explicit constitutional provisions allocate power to constitutional bodies, govern the procedures to be used and determine whether *and* in what way *rights can be limited, on the other, the absence of explicit provisions gives rise to a series of open questions concerning issues related to who is entitled to exert emergency powers, how broad these powers should be and how these powers should be exercised. In such cases, the impact of a break with day-to-day life may be far more problematic. Indeed, this break will probably bring out into the open the distinguishing features of a given legal system i.e. its strengths and weaknesses, its more or less consolidated structural elements as well as its other latent critical aspects. This article will focus on the repercussions that an uncodified state of emergency may have on Italy's structure of regional government with specific attention given to the healthcare system. The aim of this contribution is to prevent us from losing the thread of a debate concerning the need for a profound, deliberate and bipartisan rethinking of regional government. The need to retune and consolidate the notion of loyal collaboration, in terms of where and how this is implemented, should be at the center of our attention so to find a synthesis between unity and autonomy and thus attain an acceptable model of sustainable differentiation*

Suggerimento di citazione

E. D'ORLANDO, *Emergenza sanitaria e Stato regionale: spunti per una riflessione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2020. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il contributo costituisce la rielaborazione dell'intervento tenuto al *webinar* "Le fonti normative dell'emergenza", organizzato dalla *Rivista* e svoltosi il 30 aprile 2020

** Professore ordinario di Diritto pubblico comparato nell' Università degli studi di Udine.
Contatto: elena.dorlando@uniud.it

© 2007-2020 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIII – Fascicolo speciale/2020
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Il binomio ordinarietà-eccezionalità nelle opzioni costituenti: la certezza dei punti cardinali

Gli stati di emergenza, come quello che stiamo sperimentando, mettono naturalmente in tensione gli assetti costituzionali, tanto nel caso in cui siano da questi codificati (come per esempio nel *Grundgesetz*[1], nella Costituzione spagnola[2], portoghese[3] o francese[4]), quanto nel caso in cui non lo siano (come nella nostra Costituzione[5])[6].

La circostanza che i testi costituzionali contemplino, oppure no, apposite modalità di intervento per fare fronte a rotture della ordinarietà dipende perlopiù dal momento genetico, dal contesto storico, politico, sociale nel quale le Costituzioni hanno preso corpo ed è, per inciso, una conferma dell'imprescindibilità dell'analisi dei processi storici di formazione delle fonti supreme per comprenderne i contenuti, in origine ma anche nel loro divenire.

La previsione costituzionale dei regimi emergenziali rappresenta il modo di "normalizzare" l'emergenza e di attenuarne le conseguenze negative per l'ordinamento ed è espressione della volontà di proteggere i valori caratterizzanti la Costituzione attraverso la predisposizione esplicita e preventiva di rimedi comportanti deroghe alla normalità. Proprio per perseguire l'«indirizzo razionalizzatore», impresso dai costituenti, si accettano allora temporanee modifiche dell'organizzazione costituzionale e dell'assetto delle competenze e si tollerano restrizioni al regime ordinario di alcuni diritti di libertà[7].

L'assenza o la lacunosità di una tale previsione manifesta, invece, esigenze che possono diversificarsi in relazione alle variabili di contesto date ma che sono accomunate, negli ordinamenti democratici di derivazione liberale, da alcuni elementi: la preoccupazione di una regressione al passato, recuperando prerogative dell'Esecutivo esulanti dal controllo parlamentare; la consapevolezza dell'operatività dell'esigenza/principio di conservazione dell'assetto costituzionale, che prescinde dalla previsione o meno di discipline

[1] Artt. 80 e 115a *GG*, sullo stato di difesa.

[2] Artt. 55 e 116 Cost., che determina una graduazione tra lo stato di allarme, di eccezione e di assedio.

[3] Art. 19 Cost., che distingue tra stato di assedio e di emergenza.

[4] Artt. 15 e 36 Cost., sui poteri eccezionali del Presidente della Repubblica in caso di minaccia grave e immediata e sullo stato d'assedio.

[5] Che prevede unicamente, tra le prerogative del Parlamento, che «Le Camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono al Governo i poteri necessari»: art. 78 Cost.

[6] Sul tema v. *amplius* G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Giuffrè, Milano, 2003.

[7] G. DE VERGOTTINI, *Necessità, costituzione materiale e disciplina della emergenza*, in *Dir. soc.*, 1994, 217 ss.

derogatorie posto che si manifesta in tutte le situazioni di pericolo, che hanno in sé una inevitabile dose di imprevedibilità[8].

Nell'uno come nell'altro caso, ciò che rileva per la concreta configurazione di un regime derogatorio, fondato su un principio costituzionale abilitante, è la tutela di interessi superiori in situazioni oggettive di necessità, da ricondurre comunque ai principi-valori che caratterizzano il nucleo forte di una Costituzione[9].

Tuttavia la circostanza che il testo costituzionale contempli o meno gli stati emergenziali non è priva di conseguenze sul piano della ricostruzione dogmatica: mentre le disposizioni costituzionali espresse attribuiscono competenze agli organi costituzionali, disciplinano i procedimenti da utilizzarsi e indicano l'*an* e il *quomodo* della limitazione dei diritti, la carenza di tali disposizioni lascia aperti gli interrogativi sulla titolarità dei poteri emergenziali, sulla latitudine e sulle modalità del loro esercizio.

Per questa ragione in simili casi l'impatto della rottura dell'ordinarietà può essere più problematico: la forza dei fatti, che si impone e determina ripercussioni che in definitiva testano la tenuta di un sistema, ne mette in evidenza con maggior nitore punti di forza e di debolezza, elementi strutturali più o meno consolidati e criticità variamente latenti.

Ciò nonostante, i punti cardinali ai quali fare riferimento si possono e si devono individuare all'interno dell'ordine costituzionale dato.

Questo vale tanto per gli equilibri tra pesi e contrappesi che caratterizzano la forma di governo[10], quanto per la dialettica tra autorità e libertà sottesa ai rapporti tra Stato-apparato e Stato-comunità[11], quanto infine per i rapporti tra i livelli di governo che compongono la Repubblica.

Le seguenti riflessioni si incentrano specificamente sulle ripercussioni che una situazione emergenziale non codificata sta avendo sull'impianto del nostro regionalismo, limitandosi ad alcune considerazioni che forse possono aiutare a

[8] G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, il Mulino, Bologna, 2004, 205.

[9] E non alla necessità come fonte *extra ordinem*: G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, cit., 206 e 219 ss. e, recentemente, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, in *www.giurcost.org*, 11 aprile 2020, spec. 4.

[10] S. CECCANTI, *Verso una regolamentazione degli Stati di emergenza per il Parlamento: proposte a regime e possibili anticipazioni immediate*, in *BioDiritto*, 17 marzo 2020; B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, 18 marzo 2020; L.A. MAZZAROLLI, *«Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. 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*, *Osservatorio emergenza covid-19*, 23 marzo 2020.

[11] L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *federalismi.it*, 31 marzo 2020.

non perdere il filo del discorso sulla necessità di un suo ripensamento profondo, ponderato, laico[12].

2. La fluidità del riparto delle competenze e i possibili criteri "orientatori"

L'emergenza sanitaria che stiamo vivendo ha riproposto il tema dei rapporti tra Stato e Regioni in una prospettiva molto diversa rispetto alle solite astratte polemiche che spesso infiammano i dibattiti tra i paladini del centralismo e i sostenitori dell'autonomia. Il tema della salute è particolarmente sensibile e ad altissimo impatto sulla vita quotidiana degli individui e, quindi, è un terreno sul quale le criticità del nostro ordinamento si manifestano in modo chiaro e immediato.

Non è il caso di intrattenersi sulla *querelle* innescata, all'inizio della gestione della crisi, dall'affermazione del Presidente del Consiglio secondo cui l'esplosione del virus e dei contagi sarebbe stata causata da errori nella gestione della sanità imputabile a qualche ospedale lombardo e dalla ulteriore affermazione per cui il Governo sarebbe stato pronto ad adottare misure riduttive delle prerogative dei Presidenti delle Regioni. Né ha senso soffermarsi ora sulle reazioni iperboliche che si sono subito scatenate e si sono materializzate in posizioni non solo contrarie all'acquisizione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia in materia di tutela della salute richieste da alcune Regioni ai sensi dell'art. 116, c. 3 Cost., ma addirittura favorevoli a una drastica riduzione delle attuali competenze regionali in materia.

Questi atteggiamenti, accomunati da una imbarazzante superficialità, possono avere l'unico effetto di alimentare una retorica antiregionalista irrazionale, disinformata e disinformante che, come tale, non ha alcuna utilità costruttiva.

È opportuno, invece, trarre dall'analisi dei fatti qualche riflessione che possa aiutare, per il futuro, a fare scelte che migliorino la funzionalità del sistema, anche dinnanzi a eventi di questa portata e gravità.

2.1. Lo Stato responsabile e garante delle esigenze di unità …

Il fattore nuovo emerso dalla realtà fattuale è che possono verificarsi situazioni (che secondo gli esperti si potranno ripresentare in futuro in forme anche più gravi) in cui le scelte in campo sanitario di una Regione sono idonee a riflettersi negativamente (con conseguenze mortali) su un'altra Regione.

[12] L'analisi avrà a oggetto l'impianto regionale nel suo complesso, senza prendere in esame le differenze che intercorrono tra Regioni ordinarie e a statuto speciale, dal momento che le considerazioni sul sistema delle fonti, in relazione alla specifica materia considerata, si prestano a essere svolte in maniera tutto sommato uniforme.

Ciò rende evidente, e non revocabile in dubbio, che è necessario un intervento dello Stato.

E i titoli di intervento statale ci sono e sono plurimi, come si evince dall'analisi dell'evoluzione del nostro ordinamento nella materia considerata[13]. Pur a fronte dell'ampliamento delle competenze legislative regionali successivo alla riforma del Titolo V[14], dall'art. 117 Cost., dalla legislazione di settore e dalla ricostruzione del riparto operata dalla Corte costituzionale si ricava un quadro in cui lo Stato svolge il ruolo di garante dell'uniformità e dell'eguaglianza dei diritti, in adempimento degli artt. 2 e 3 Cost., quantunque a fronte di una frammentazione dei compiti, in relazione sia alle singole funzioni che ai soggetti che ne sono titolari[15].

Tale ruolo emerge non solo con riferimento, come è naturale, alle competenze connesse alla sovranità esterna dello Stato, come in materia di profilassi internazionale (art. 117, c. 2, lett q Cost.), ma anche in relazione ad altri ambiti materiali in cui rilevano parimenti esigenze di carattere unitario implicanti la necessità di un coordinamento a livello centrale[16], ma in una proiezione interna delle prerogative di sovranità.

Basilare, come noto, è la potestà legislativa esclusiva statale per la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (art. 117, co. 2, lett. m), idonea a espandersi anche in spazi riservati alla legislazione regionale[17], in virtù della sua natura di competenza finalistica[18]. Ma dai bilanciamenti compiuti dalla giurisprudenza costituzionale nei conflitti Stato-Regioni è emerso che possono rilevare anche materie di competenza statale esclusiva connesse a quella sanitaria e con essa interferenti: in ragione della loro trasversalità, come il coordinamento informativo statistico e informatico dei

[13] N. AICARDI, *La sanità*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto amministrativo speciale*, I, Giuffrè, Milano, 2003, 633 ss.

[14] Si ricorda che, in precedenza, le Regioni ordinarie erano titolari unicamente di potestà legislativa concorrente in materia di «assistenza sanitaria e ospedaliera», cui si accompagnava, per il principio del parallelismo, la relativa potestà amministrativa. Gli Statuti delle Regioni ad autonomia speciale contemplavano analoga tipologia di potestà legislativa concorrente (e, quindi, anche amministrativa), sebbene con una definizione degli ambiti materiali caratterizzata da minime variazioni tra l'una e l'altra: G. CARPANI, D. MORANA, *Le competenze legislative in materia di "tutela della salute"*, in R. BALDUZZI, G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, il Mulino, Bologna, 2013, 125 ss. Sull'oggettivo ampliamento della potestà regionale v., per es., Corte cost., sent. n. 162/2004, 270/2005, 181 e 328/2006, 25/2007, 371/2008.

[15] R. BALDUZZI, *Cinque anni di legislazione sanitaria decentrata: varietà e coesione di un sistema nazional-regionale*, in *Le Regioni*, 2005, 5, 717 ss.

[16] Corte cost., sent. n. 12/2004.

[17] M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in E. CATELANI, G. CERRINA FERONI, M.C. GRISOLIA (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, Giappichelli, Torino, 2011, 13 ss.

[18] A. D'ATENA, *Diritto regionale*, Giappichelli, Torino, 2019, 164.

dati e la tutela dell'ambiente (lett. r, lett. s); in relazione alla loro naturale dimensione multilivello – che implica la possibilità di richiedere forme di coordinamento con le Regioni *ex* art. 118, co. 3 Cost. –, quali l'immigrazione e l'ordine pubblico (lett. b, lett. h); in quanto riferibili, in generale, all'organizzazione del potere pubblico, come l'ordinamento e l'organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali (lett. g) o l'ordinamento civile e penale (lett. l)[19]. In sintesi, tutti titoli competenziali che riflettono le irrinunciabili esigenze di uniformità sottese alla garanzia e alla eguaglianza dei diritti.

Sul piano della potestà concorrente (art. 117, c. 3 Cost.), si ricorda la pervasiva competenza del coordinamento della finanza pubblica, che di fatto è quella che ha maggiormente condizionato le politiche regionali[20], quella in materia di protezione civile, che comprende tutte le attività volte a fronteggiare situazioni di pericolo attuale o potenziale e, naturalmente, quella in materia di tutela della salute[21]. A prescindere dall'annosa questione relativa alla difficoltà di distinguere ciò che è principio fondamentale da ciò che non lo è e dalla discutibile autoqualificazione che ricorre in alcune fonti[22], risulta comunque evidente che anche in questi ambiti l'intervento dello Stato non solo è garantito, ma risulta, nella pratica della normazione, particolarmente ampio nei contenuti.

Da considerare, poi, la previsione del potere sostitutivo statale attivabile, tra l'altro, allorché vi sia «pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali» (art. 120. c. 2 Cost.). Nonché, secondo alcuni interpreti, gli ulteriori poteri di ingerenza attivabili tramite la decretazione d'urgenza *ex* art. 77 Cost., pur nel rispetto del principio di leale collaborazione[23].

[19] E infatti, in sede di conversione della prima fonte normativa di rango primario della catena emergenziale, il decreto-legge n. 6/2020, gli uffici studi delle Camere hanno evidenziato che le materie oggetto della decretazione d'urgenza erano riferibili ai titoli competenziali di cui all'art. 117, c. 2, lett. (g) e (r) Cost., oltre che, ovviamente, a quello relativo alla tutela della salute *ex* art. 117, c. 3 Cost.

[20] Sul punto si consenta il rinvio a E. D'ORLANDO, *Corti costituzionali, crisi economico-finanziaria e forma di Stato regionale*, in *federalismi.it*, 4 settembre 2019.

[21] Su un altro piano, ma con effetto parimenti limitante la potestà legislativa (statale e regionale), da ricordare anche l'autonomia professionale degli operatori sanitari: Corte cost., sent. n. 282/2002 e 338/2003 sui rapporti tra scienza e potere pubblico.

[22] A titolo esemplificativo, si pensi all'autoqualificazione operata dal codice della protezione civile che, all'art. 1, c. 3, stabilisce che «Le norme del presente decreto costituiscono principi fondamentali in materia di protezione civile ai fini dell'esercizio della potestà legislativa concorrente», una formulazione onnicomprensiva che include anche norme della cui riconducibilità a principio fondamentale si potrebbe forse dubitare.

[23] A. D'ATENA, *Diritto regionale*, cit., 353 s.

Infine, sul piano della legislazione ordinaria di cornice, di immediato svolgimento dei principi costituzionali, si ricorda, per esempio, che l'art. 6, c. 1, lett. b) della legge n. 833/1978 conferisce al Ministro della Salute il compito di intervenire in caso di epidemie e che gli artt. 5, 23, 24 e 25 del d. lgs. n. 1/2018 assegnano al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Capo Dipartimento della Protezione civile la gestione delle emergenze di rilievo nazionale.

Dal descritto parametro costituzionale, seppure indubbiamente complesso, si ricava che nel nostro ordinamento è lo Stato il responsabile e il garante dell'uniformità del *welfare* e che se ciò vale in situazioni di ordinarietà, a maggior ragione vale allorché si discorra di situazioni emergenziali che minaccino la realizzazione degli artt. 2 e 3 Cost.. Questa conclusione pare confermata proprio dalla fonte alla quale il Governo ha fatto riferimento per dichiarare lo stato di emergenza connesso alla pandemia in atto[24], ovvero il Codice della Protezione civile[25]. Quest'ultimo, infatti, sebbene strutturi la protezione civile in senso policentrico, assegna un rilievo peculiare ed essenziale alle funzioni statali poiché collegate a imprescindibili esigenze unitarie[26]. D'altro canto, la stessa Corte costituzionale ha chiarito, a proposito delle norme di legge statale sulle ordinanze di protezione civile[27], che esse «sono espressive di un principio fondamentale della materia della protezione civile, che assume una valenza particolarmente pregnante quando sussistano ragioni di urgenza che giustifichino un intervento unitario da parte dello Stato», cosicché è da escludere che «il riconoscimento di poteri straordinari e derogatori della legislazione vigente possa avvenire da parte di una legge regionale»[28].

Dunque sull'*an* dell'intervento statale, in situazioni normali così come di rottura dell'ordinarietà, non si discute. Risulta pertanto oggettivamente incomprensibile la ragione per la quale si (ri)propone da parte di taluni l'idea di inserire in Costituzione una clausola di supremazia, che consenta allo Stato

[24] Cioè la delibera recante la *Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*, in G.U., Serie gen., 1° febbraio 2020, n. 26.

[25] D.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, spec. artt. 7, c. 1 e 24.

[26] Come si evince, per esempio, dalle attribuzioni del Presidente del Consiglio dei Ministri (art. 5), dalle funzioni del Dipartimento della Protezione civile della Presidenza del Consiglio dei Ministri (art. 8), dalle Direttive del Presidente del Consiglio dei Ministri e conseguenti indicazioni operative (art. 15), dalle competenze per la dichiarazione dello stato di mobilitazione del Servizio nazionale della Protezione civile (art. 23) o dello stato di emergenza di rilievo nazionale (art. 4).

[27] Ora art. 25 d.lgs. n. 1/2018.

[28] Sent. n. 277/2008 (con richiamo alla n. 284/2006) e n. 82/2006.

di avocare a sé ogni competenza quando lo richieda la tutela dell'unità giuridica o economica della Repubblica ovvero la tutela dell'interesse nazionale[29].

Il punto non è che lo Stato in Italia non abbia titoli per intervenire e sia perciò necessario dotarlo di prerogative "trancianti" in caso di necessità; si tratta di riflettere piuttosto sul *quomodo* dell'intervento statale, per renderlo conforme all'art. 5 Cost. Quest'ultimo dispone non solo che la Repubblica «una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali» e «attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo», ma impone di «adeguare i principi ed i metodi della legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento».

Pensare di trapiantare nella Costituzione una clausola che riecheggi l'art. 72, c. 2 *GG*[30] come criterio ordinatore "di chiusura" delle competenze tra Stato e Regioni, significa non cogliere la radicale differenza di contesto che sussiste tra l'ordinamento tedesco e il nostro: sul piano della genesi storica; dell'impianto sistematico e della sua evoluzione; e, soprattutto, della maturità delle relazioni intergovernative, emblematicamente rappresentata dal principio cooperativo, che costituisce il tratto saliente e pervasivo del modello federale tedesco[31]. A riprova di tanto si consideri che nell'ordinamento tedesco vi è una specifica fonte federale che disciplina la gestione delle epidemie[32] prevedendo un'attiva partecipazione dei *Länder*, destinata a realizzarsi, nella logica del federalismo di esecuzione, attraverso ampi poteri regolamentari e

[29] V., da ultimo, p.d.l. n. 2422 Camera dei Deputati, depositata il 3 marzo 2020, che riprende *in parte qua* l'art. 31 ddl cost. Camera dei Deputati n. 2613-D, nonché l'opinione adombrata da F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 3, 2020, 14.

[30] Che stabilisce che, in alcuni ambiti materiali, la Federazione ha il diritto di legiferare quando e nella misura in cui la realizzazione di equivalenti condizioni di vita nel territorio federale o la tutela dell'unità giuridica o economica nell'interesse dello Stato nel suo complesso rendano necessaria una disciplina legislativa federale. Con l'opportuna precisazione che tale previsione opera unicamente nell'ambito di un elenco tassativo di materie, rientranti nella potestà legislativa concorrente (*Konkurrierendegesetzgebung*).

[31] Nel quale, peraltro, la clausola in discussione si riferisce, come accennato, a un ambito materiale circoscritto, oggetto di potestà concorrente tra *Bund* e *Länder* ed è sindacabile in modo puntuale e anche in prospettiva diacronica dal Tribunale costituzionale federale: E. D'ORLANDO, C. ZWILLING, *L'arbitro dell'unitarietà e della differenziazione: il sindacato di costituzionalità sulla* Erforderlichkeitsklausel *alla luce del novellato art. 93* GG, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2007, I, 120 ss.. Sui tratti generali del modello tedesco v., *ex multis*, K. HESSE, *Der unitarische Bundesstaat*, C.F. Müller, Karlsruhe, 1962; J. WOELK, *Konfliktregelung und Kooperation im italienischen und deutschen Verfassungsrecht*, Nomos, Baden Baden, 1999; H. MAURER, *Staatsrecht I*, C.H. Beck, München, 2010, 308 ss.

[32] *Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen – Infektionschutzgesetz* (*IfSG)* del 20 luglio 2000, reperibile in *https://www.gesetze-im-internet.de/ifsg/*.

amministrativi caratterizzati da un elevato margine di apprezzamento e di scelta sul piano politico e amministrativo[33].

Se si analizzano i processi di normazione che hanno caratterizzato il periodo emergenziale nella prospettiva dei rapporti Stato-Regioni, si coglie chiaramente che essi hanno rivelato non certo la carenza di competenze statali. Ciò che è emerso è l'estrema debolezza del coordinamento tra livelli di governo[34], che è invece necessario su un duplice piano: quello sistematico, poiché espressione della leale collaborazione tra enti territoriali, che è la proiezione istituzionale della solidarietà tra i cittadini[35]; quello dell'efficacia in concreto dell'azione delle istituzioni, alla luce delle peculiarità di un settore come la sanità e del periodo di rottura dell'ordinarietà come quello emergenziale.

2.2. … segue: nel rispetto del pluralismo che è alla base del sistema democratico

Un primo problema connesso alla suddetta carenza di raccordo deriva dal fatto che, come per tutti gli ambiti materiali, anche per quello in discussione è necessario passare dalle "etichette" ai contenuti, dalle competenze alle funzioni.

Ricostruire in modo compiuto i contenuti e i limiti delle attribuzioni statali e regionali esula dallo scopo delle presenti riflessioni. Tuttavia, per mero esercizio, si può provare ad assumere come punto di partenza un aspetto messo chiaramente in luce nel dibattito scientifico in campo medico: per combattere un'epidemia a rapida diffusione è cruciale la raccolta massiccia e mirata di dati; di qui l'importanza essenziale del coordinamento informativo.

Ciò premesso, è ragionevole ritenere che i sistemi sanitari regionali, in quanto operanti sul territorio, siano i soggetti più adatti a organizzare efficacemente questa azione, in relazione alle caratteristiche fisiche, sociali e culturali della rispettiva comunità. E ancora, è parimenti ragionevole ritenere che siano le Regioni e gli enti locali i più idonei a tradurre in atti concreti l'esigenza di indurre comportamenti diversi dall'ordinario, in modo, tra l'altro, da ridurre la necessità di interventi repressivi. Il ruolo dello Stato, che l'art. 117 Cost., co. 2 e 3 e l'art. 118 Cost. definiscono in generale, in questo specifico frangente dovrebbe allora essere incentrato sulle funzioni che ne valorizzino il

[33] G. TACCOGNA, *L'ordinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sars-CoV-2*, in L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *federalismi.it*, 13 marzo 2020, 69 ss.

[34] F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, cit., 9 s.

[35] M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel* 2019, reperibile al link *https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazione_cartabia/1_relazione.pdf*, 28 aprile 2020, spec. 26.

compito di coordinamento nella prospettiva della salvaguardia dei principi di cui agli artt. 2 e 3 Cost.

A titolo esemplificativo e non esaustivo, lo Stato, per il tramite dell'apposito comitato scientifico, dovrebbe stabilire i parametri con cui classificare l'epidemia nella sua evoluzione (i vari stadi), la quantità e la tipologia di dati necessari a definire la classificazione e, infine, le possibili tecniche di raccolta di dati; alle Regioni il compito di occuparsi dell'operatività dell'azione di raccolta dati, per massimizzarne l'efficacia. In secondo luogo, lo Stato dovrebbe definire, sulla base dei dati raccolti, un protocollo operativo evidenziando le tipologie di azioni da intraprendere; alle Regioni il compito di darvi attuazione in base alle peculiarità locali. In terzo luogo lo Stato dovrebbe determinare i metodi di analisi predittiva dell'evoluzione dell'epidemia sulla cui base programmare le politiche di potenziamento delle strutture ospedaliere da parte delle Regioni. In quarto luogo lo Stato dovrebbe redigere l'elenco dei presidi medico-sanitari e dei macchinari essenziali il cui acquisto, in caso di *shortage* sul mercato internazionale, potrebbe essere avocato a un ente centrale per evitare situazioni di cannibalismo commerciale tra Regioni, con la contestuale e dovuta garanzia di assegnare poi quanto acquistato in esito a una valutazione obiettiva delle situazioni locali e nella massima trasparenza.

Se un quadro generale di questo tipo, che dovrebbe essere il punto di riferimento degli enti territoriali per sapere come comportarsi, nella prima fase dell'emergenza fosse stato completo sul piano dell'indirizzo ed efficiente su quello della gestione, la confusione lamentata e ricondotta all'iniziativa di singole Regioni forse sarebbe stata ridimensionata. D'altro canto, colmare vuoti procedurali con decreti a valenza nazionale uniformante rischia di penalizzare economicamente le Regioni a minore diffusione dell'epidemia, di produrre soluzioni parzialmente inefficaci in quelle a maggiore diffusione, di omologare l'intero sistema al livello di pratiche gestionali inadeguate e/o di capacità amministrative carenti.

Tornando alla questione degli ambiti di competenza statale e regionale, in campo sanitario appare dunque quanto mai evidente come la loro definizione (il *quomodo*) sul piano della statica dei rapporti, sia nella normalità che nell'emergenza, passi innanzitutto attraverso regole che individuino puntuali funzioni e procedure e la loro allocazione in capo ai diversi livelli di governo[36]. In assenza di tali puntualizzazioni lo schema della potestà concorrente rischia di saltare, come in effetti è avvenuto, se si scorre il contenuto dei numerosissimi

[36] D'altro canto, il diritto amministrativo è la concretizzazione del diritto costituzionale: F. WERNER, *Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*, in *Deutsches Verfassungsblatt*, 1959, 527 ss.

atti normativi e provvedimenti amministrativi emanati dal Governo e dal Dipartimento della Protezione civile.

Vi è poi un secondo ordine di problemi che si palesa sul piano del sistema delle fonti. Nello Stato costituzionale l'ordinamento vive non solo di norme, ma anche di apparati finalizzati alla garanzia dei diritti fondamentali[37] e tale garanzia deve essere realizzata e testata in concreto, nella sua effettività e, quindi, nella dinamica dei rapporti Stato-Regioni. Ne consegue che, affinché il tutto non si risolva in uno schema magari perfetto a tavolino, ma improduttivo di effetti (positivi) nella realtà, a monte ci deve essere una condivisione di sistema sulle precondizioni idonee a determinare un punto di equilibrio tra organizzazione e gestione da un lato e garanzia dei diritti dall'altro. Analizzando la realtà italiana, si può constatare che se è vero che il servizio sanitario assicura l'universalità dell'assistenza su tutto il territorio nazionale attraverso l'assegnazione di funzioni (e risorse) e l'individuazione di procedure, è altrettanto innegabile[38] che vi sono delle differenze localizzate nell'offerta dei servizi che dipendono da un potenziale economico e di sviluppo e da capacità gestionali che non sono uguali in tutte le aree del Paese.

Quindi non si tratta solo di definire in concreto, attraverso le regole, i contenuti delle competenze statali e regionali, ma è indispensabile riflettere sulla differenziazione che si produce sul piano fattuale (e, quindi, di prestazione dei servizi e di tutela della salute) in termini di diversa applicazione delle regole stesse. Su questo terreno, al di là dell'intervento sostitutivo-sanzionatorio rappresentato paradigmaticamente dai piani di rientro[39], l'unico approccio costruttivo praticabile è incidere sulle modalità di produzione della normazione, che non possono risolversi in procedimenti a compartimenti stagni, ma devono basarsi su moduli procedimentali condivisi, al fine di creare e consolidare una cultura politica e amministrativa che, *in apicibus*, si riconosca in alcuni principi: *in primis* quello dell'equilibrio finanziario e della connessa responsabilità.

Se quanto illustrato dovrebbe valere in situazioni di normalità, tanto più dovrebbe essere garantito in situazioni di emergenza, proprio per il carattere potenzialmente destabilizzante l'ordine costituito che è a esse connaturato e che richiede un rafforzamento delle garanzie del pluralismo.

Oggi, mancando un organo che innesti stabilmente una sensibilità regionale nei processi decisionali centrali (cioè una camera alta rappresentativa degli

[37] M. CARLI, *Diritto regionale. Le autonomie regionali, speciali e ordinarie*, Giappichelli, Torino, 2018, 104.

[38] Stando ai dati dell'Osservatorio nazionale sulla salute nelle Regioni italiane: *https://www.osservatoriosullasalute.it.*

[39] A. PITINO, *Autonomia e salute*, in A. MORELLI, L. TRUCCO (a cura di), *Diritti e autonomie territoriali*, Giappichelli, Torino, 2014, 295 ss.

interessi territoriali), l'unico strumento disponibile nel nostro ordinamento è il sistema delle Conferenze, da taluni anche ritenuto un possibile succedaneo di una Camera delle Regioni. Ma proprio le recenti vicende hanno rivelato l'inidoneità dello strumento allo scopo, dal momento che l'attuale disciplina lo esclude pressoché integralmente dai procedimenti di normazione emergenziale (salvo la consultazione in sede di conversione dei decreti-legge)[40].

Cosicché, per fronteggiare l'emergenza, il Governo ha deciso di interloquire con i Presidenti di Regione, peraltro secondo modalità informali e senza le garanzie di quel minimo contraddittorio che deve precedere l'intesa, sulla cui strutturazione, si ricorda, la giurisprudenza costituzionale ha avuto modo di intervenire per esempio in riferimento alle relazioni finanziarie tra Stato e Regioni a statuto speciale[41], ma con indicazioni di carattere generale in ordine al «principio di leale cooperazione e, in particolare, [in base] ai paradigmi e alle regole della correttezza nei rapporti reciproci e del rispetto dell'altrui autonomia»[42].

Tutta la produzione normativa dell'Esecutivo nazionale, nella prima fase di gestione dell'emergenza, non ha coinvolto in modo sostanziale il livello regionale, a partire dalla delibera del CdM del 31 gennaio 2020 che, contrariamente a quanto prevede l'art. 24, c. 1 d.lgs. 1/2018 che la stessa delibera pone a proprio fondamento, non reca alcunché riguardo

[40] L'art. 2 d. lgs. n. 281/1997 prevede che la Conferenza Stato-Regioni sia obbligatoriamente sentita in ordine agli schemi di disegni di legge e di decreto legislativo o di regolamento del Governo nelle materie di competenza regionale (c. 3); che sia sentita su ogni oggetto di interesse regionale che il Presidente del Consiglio dei Ministri ritenga opportuno sottoporre al suo esame, anche su richiesta della Conferenza dei Presidenti delle Regioni e delle Province autonome (c. 4); che quando il Presidente del Consiglio dei Ministri dichiari che ragioni di urgenza non consentono la consultazione preventiva, la Conferenza Stato-Regioni sia consultata successivamente ed il Governo tenga conto dei suoi pareri (a) in sede di esame parlamentare dei disegni di legge o delle leggi di conversione dei decreti-legge e (b) in sede di esame definitivo degli schemi di decreto legislativo sottoposti al parere delle commissioni parlamentari (c. 5); quando il parere concerne provvedimenti già adottati in via definitiva, la Conferenza Stato-Regioni possa chiedere che il Governo lo valuti ai fini dell'eventuale revoca o riforma dei provvedimenti stessi (c. 6).

[41] Corte cost., sent. n. 19/2015, *sub* 6.2 cons. dir., dove si evidenzia che l'intesa implica un «dovere di discussione, ricadente su entrambe le parti, [che] comporta che si realizzi, in tempi ragionevolmente brevi, un serio tentativo di superare le divergenze «attraverso le necessarie fasi dialogiche, quanto meno articolate nello schema proposta-risposta, replica-controreplica» (sentenza n. 379 del 1992). Anche lo Stato, dunque, deve fare in modo che l'attività di concertazione si svolga secondo comportamenti coerenti e non contraddittori, tanto in riferimento ai limiti di accoglimento delle proposte formulate dalle autonomie speciali, quanto in relazione alle possibili alternative da offrire a queste ultime. Ciò senza dar luogo ad atteggiamenti dilatori, pretestuosi, ambigui, incongrui o insufficientemente motivati, di modo che il confronto possa avvenire su basi di correttezza e di apertura all'altrui posizione».

[42] Corte cost., sent. n. 379 del 1992, *sub* 7 cons. dir. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali sul principio di leale collaborazione (sentenze additive di procedimento), relativi alle Regioni ordinarie, F.E. GRISOSTOLO, *Stato regionale e finanza pubblica multilivello*, Wolters Kluwer-CEDAM, Milano, 2020, 246 s.

all'acquisizione dell'intesa con i Presidenti delle Regioni interessate (cioè, nel caso di specie, tutte). Il risultato è parimenti evidente: una serie di provvedimenti che non manifestano alcuna sensibilità in ordine alle situazioni territorialmente differenziate che caratterizzano la realtà sociale, economica, epidemiologica delle diverse parti del Paese.

È senz'altro possibile ricostruire l'intera catena normativa dell'emergenza sulla base dei rapporti formali tra le fonti poiché, «essendo il diritto la veste formale dei rapporti sociali di forza è anzitutto alla prospettiva formale che occorre volgersi»[43] e inferirne in qualche modo la legittimità[44]. Me è anche opportuno ricordare che la fonte sulle fonti, quella dotata della *Kompetenz-Kompetenz*, prescrive chiaramente che la Repubblica debba «adegua[re] i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento (art. 5 Cost.)». Tale disposizione è chiaramente fonte sulla produzione normativa e, in quanto posta tra i principi fondamentali della Costituzione, reca un criterio di rango costituzionale la cui violazione determina l'illegittimità della fonte subordinata che ne prescinda.

Di un simile adeguamento – seriamente inteso – della normativa emergenziale statale alle esigenze territoriali, si ribadisce, non c'è traccia nella prima fase della disciplina dell'emergenza ma, anzi, c'è un palese non adeguamento, se si pensa che: l'atto fondativo dell'intero apparato normativo emergenziale, la deliberazione dello stato di emergenza, non reca menzione dell'acquisita previa intesa con le Regioni, prescritta dall'art. 24, c. 1 d. lgs. n. 1/2018; la previa intesa con le Regioni, prevista pure dall'art. 25 d. lgs. n. 1/2018 per l'adozione delle ordinanze di protezione civile (ovvero i vari dPCM), autoqualificata dalla stessa fonte come principio fondamentale della materia, è stata "declassata" a mero parere dall'art. 3, c. 1 d.l. n. 6/2020[45]; il d.l. n. 19/2020, che sostanzialmente chiude la prima fase, conferma la previsione per cui le Regioni hanno solo la possibilità di adottare misure più restrittive, sottraendo loro qualunque potestà di programmazione.

Sempre volendo assecondare un approccio giuspositivista, è interessante rilevare alcune anomalie. La Conferenza Stato-Regioni, così come la Conferenza unificata, gli unici soggetti che abbiano un ruolo legislativamente fondato di interlocuzione nei procedimenti normativi, non sono state

[43] Così M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 4.

[44] Con la vistosa eccezione del decreto-legge n. 6/2020, per le ragioni da più parti evidenziate in dottrina, su riviste scientifiche e sulla stampa, sinteticamente riconducibili alla violazione del principio di legalità.

[45] Sul punto cfr. U. ALLEGRETTI, E. BALBONI, *Autonomismo e centralismo nella lotta contro la pandemia coronavirus, in Forum di quaderni costituzionali*, 1, 2020, in *www.forumcostituzionale.it*, i quali sottolineano la necessità di non «tagliar fuori dalla catena decisionale il sistema regionale e locale» (*ivi*, 542 s.).

coinvolte[46]. La Conferenza dei Presidenti delle Regioni, che non ha sul piano sistematico analogo fondamento legislativo[47], è stata invece sentita, sulla base di procedure per nulla formalizzate[48]. Da rilevare che, con l'avvio della seconda fase di gestione dell'emergenza, pare vi sia stata una consultazione più effettiva della Conferenza dei Presidenti delle Regioni, sempre su un piano del tutto informale, ma con qualche esito positivo che si intravede nel d.l. n. 33/2020 e nel dPCM 17 maggio 2020, ove si facoltizzano le Regioni ad adottare misure di allentamento delle restrizioni.

La questione così come prospettata fa capire allora che i problemi emersi non sono affatto circoscrivibili alla sola sanità, ma sono quelli che affliggono il nostro regionalismo nel suo complesso: il criterio dell'allocazione intesa come schematica divisione delle competenze non può essere mai da solo satisfattivo, sia per l'intrinseca difficoltà di definire il contenuto delle materie sul piano della statica delle attribuzioni, sia per la necessità di coordinamento che comunque si manifesta sul piano della dinamica del loro esercizio.

Ne consegue che affermare la necessità di un accentramento delle competenze in materia sanitaria, sull'onda dell'emergenza in atto, significa commettere – per l'ennesima volta – l'errore prospettico di affrontare un problema non partendo dalle sue cause ma da una delle sue epifanie.

3. Prospettive *de iure condendo*: lo Stato regionale come processo di integrazione

Queste alcune considerazioni meramente esemplificative sull'*hic et nunc* della materia e dell'emergenza sanitaria nel nostro Stato regionale. Ben altre, e molto più impegnative, le valutazioni da fare per rifondare il sistema dopo la tempesta.

Sul punto ci si limita a qualche osservazione.

Su un piano generale, è opportuno ricordare che quando si ragiona oggi di tutela della salute il dato di partenza è che i condizionamenti che incontrano le politiche sanitarie sono pressoché uguali in tutti gli Stati, a prescindere dall'assetto accentrato o decentrato: i vincoli finanziari, che irrigidiscono i margini di manovra; le risultanze scientifiche, che possono divenire addirittura parametro per valutare la costituzionalità delle leggi; l'imperativo dell'eguale protezione, che richiede una certa omogeneità nel grado di tutela della salute.

[46] Solo la Conferenza unificata ha espresso un parere ai fini della conversione dei d.l. n. 6/2020 e 19/2020, già emanati.

[47] Salvo il richiamo nell'art. 3 del d.l. 6/2020 e nell'art. 2, c. 1 del d.l. n. 19/2020.

[48] E sulla cui idoneità a favorire una sintesi degli interessi territoriali è lecito dubitare, dal momento che le procedure seguite non garantiscono alcuna effettività del contraddittorio in termini di confronto e di condivisone delle scelte.

Le risposte che ciascun sistema dà, in termini di combinazione tra elementi di unità e di differenziazione, dipende dalle caratteristiche istituzionali e dalla storia del singolo sistema sanitario.

Nel caso italiano la sanità è un settore nel quale il decentramento politico è necessario, dal momento che lo Stato e gli enti periferici devono condividere le scelte: l'erogazione dei servizi e la gestione dell'assistenza non possono prescindere dalla dimensione locale. Solo in questo modo, d'altro canto, si può realizzare compiutamente un sistema integrato di tutele degli individui, espressione della connotazione sociale della nostra forma di Stato, che vede la piena concretizzazione dei diritti costituzionali tramite le Regioni, quali articolazioni essenziali della Repubblica. Poiché è per l'appunto alla Repubblica che l'art. 32 Cost. affida il compito di tutelare «la salute come come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività», garantendo cure gratuite agli indigenti. La natura del diritto alla salute come diritto di prestazione non può quindi prescindere da un assetto istituzionale plurale e da un'organizzazione capillare e ramificata del servizio[49].

Inoltre, proprio nel nostro ordinamento la regionalizzazione è stata la risposta delle istituzioni centrali alla richiesta di maggiore efficienza, trasparenza ed efficacia del servizio sanitario, tant'è che nascita e sviluppo del regionalismo e del sistema sanitario sono andati di pari passo[50]. La sanità è così divenuta elemento che contribuisce a definire il livello di sviluppo territoriale, lo stato di benessere di una comunità, la capacità di reazione a fattori di crisi. Non va dimenticato che nel periodo della recessione lo Stato ha difeso l'equilibrio finanziario a scapito dei servizi sociali e assistenziali, mentre le Regioni hanno attuato politiche sociosanitarie di contrasto ampliando il novero dei soggetti fruitori e dei servizi erogati, difendendo il carattere universalistico del sistema e l'autonomia organizzativa dello stesso a livello regionale anche nel periodo successivo alla crisi[51]. Da ricordare, infine, come l'analisi comparata attesti che in alcuni ordinamenti (non quello italiano, perlomeno in senso diffuso) le politiche sanitarie sono addirittura divenute terreno di emersione di identità regionale, strumenti di *region-bulding*, *flag policies*[52].

Si teme ora che in Italia il passaggio a un regionalismo sanitario forte sia un pericolo per l'eguaglianza tra i cittadini. Si tratta di un argomento certamente suggestivo (quando non banalizzato alla stregua di un luogo comune) ma privo

[49] V. ANTONELLI, E. GRIGLIO, *Tutela della salute*, in L. VANDELLI, F. BASSANINI (a cura di), *Il federalismo alla prova: regole, politiche, diritti nelle Regioni*, il Mulino, Bologna, 2012, 35.

[50] R. BALDUZZI, *Presentazione*, in R. BALDUZZI (a cura di), *La sanità italiana alla prova del federalismo fiscale*, Il Mulino, Bologna, 2012, 12.

[51] G.G. CARBONI, *Il regionalismo identitario. Recenti tendenze dello Stato regionale in Spagna, Italia e Regno Unito*, Wolters Kluwer-CEDAM, Milano, 2019, 148.

[52] G.G. CARBONI, *Il regionalismo identitario*, cit., 93 ss.

di fondamento logico, dal momento che allora si dovrebbe riscontrare che gli ordinamenti in cui il decentramento è massimo (quelli federali) sono meno garantisti dell'eguaglianza rispetto a quelli accentrati o regionali. Basta pensare a esempi come Germania o Canada per convincersi che, invece, sono perfettamente in grado di garantire condizioni omogenee di prestazioni e di assistenza[53].

Anzi, la disamina comparata dimostra come le dinamiche *lato sensu* federali siano quelle che meglio si adattano all'elaborazione e alla gestione di politiche sanitarie efficaci, poiché più aderenti alle domande di salute provenienti da comunità con esigenze specifiche e diverse le une dalle altre. In particolare, l'avvicinamento ai cittadini delle sedi di decisione e dell'organizzazione sanitaria, da un lato valorizza la democraticità, la trasparenza, la responsabilità e l'efficacia dell'azione amministrativa e, dall'altro, agevola l'instaurazione di un rapporto più diretto e rispondente tra medicina e comunità[54].

I veri temi da affrontare sono piuttosto altri.

Innanzitutto una chiara definizione del ruolo statale di garanzia e di coordinamento e dei suoi contenuti. Lo Stato deve mantenere una posizione chiara di cerniera tra la dimensione locale e quella europea e globale. Su quest'ultimo piano, che esula dal perimetro delle presenti riflessioni, ci si limita a rilevare che la competenza esclusiva in materia di politica estera, di rapporti internazionali e con l'UE, assieme a quella più specifica relativa alla profilassi internazionale, costituiscono la prima garanzia dei diritti degli individui in un mondo sempre più interconnesso. La pandemia ha rivelato varie criticità su questo versante e solo lo Stato, insieme ai suoi interlocutori europei e internazionali, potrà affrontarle in modo efficace. Sul versante interno all'ordinamento, come accennato, si è scelto di realizzare l'equilibrio tra le esigenze di differenziazione e decentramento da una parte e le istanze di omogeneità e centralizzazione dall'altra assegnando allo Stato, innanzitutto, il compito di determinare i livelli essenziali delle prestazioni, i principi fondamentali in materia di tutela della salute e di coordinamento della finanza pubblica, attivando quale *extrema ratio* i poteri sostitutivi. L'emergenza in corso ha dimostrato che è necessario puntualizzare e procedimentalizzare in maniera più compiuta il perimetro delle (pur indefettibili) competenze statali.

[53] L. CRISTANELLI, *Il riparto costituzionale delle competenze legislative nel sistema sanitario tedesco* e A. PITINO, *Il sistema sanitario canadese tra principi comuni e autonomia: una "partita aperta" tra Federazione e Province?*, entrambi in R. BALDUZZI, *Sistemi costituzionali, diritto alla salute e organizzazione sanitaria. Spunti e materiali per l'analisi comparata*, il Mulino, Bologna, 2009, rispettivamente 125 ss. e 339 ss.

[54] C. CASONATO, *I sistemi sanitari: note di comparazione*, in G.G. CARBONI (a cura di), *La salute negli stati composti. Tutela del diritto e livelli di governo*, Giappichelli, Torino, 2012, 5 ss. e spec. 27 s.

Inoltre, queste ultime difficilmente possono essere concepite ed esercitate nella logica di una netta e rigida divisione rispetto agli ambiti materiali regionali. È quindi indispensabile affinare e consolidare procedure e sedi di leale collaborazione, sia a livello orizzontale (tra Regioni) che verticale (tra Stato e Regioni), dove trovare la sintesi tra unità e differenziazione, ovvero dove definire il modello di sanità sostenibile, secondo il paradigma del federalismo/regionalismo cooperativo. Ne deriva lo spostamento del fuoco dell'obiettivo dalla fonte-atto alla fonte-processo, valorizzandone tutte le implicazioni in termini sia di qualità che di forza della normazione.

In proposito si rileva che l'attenzione degli studiosi tende a concentrarsi sui meccanismi di raccordo verticale (*de iure condendo*: riforma del Senato in senso federale, costituzionalizzazione del sistema delle Conferenze[55]), sicuramente indispensabili anche in ragione del fatto che, nel caso di specie, si ragiona di un ambito materiale che ha una intrinseca valenza unitaria, facente capo alla Repubblica (art. 32, c. 1 Cost.). Tuttavia è opportuno sottolineare anche l'importanza delle procedure e delle sedi di cooperazione orizzontale, non solo perché si tratta degli strumenti operativi di più immediata attivazione[56], ma anche perché la concertazione multilaterale tra gli enti territoriali responsabili della gestione dei servizi sanitari costituisce la migliore premessa per un'efficace funzionamento degli stessi strumenti verticali, in quanto occasione per consolidare quella sensibilità comune sui principi di fondo a cui sopra si accennava.

Infine, il decentramento dei servizi può rappresentare un fattore realmente positivo se viene accompagnato dal decentramento delle risorse e, soprattutto, delle connesse responsabilità finanziarie. In questo scenario lo Stato centrale dovrebbe intervenire per colmare il divario di potenziale economico e di sviluppo tra le diverse aree del Paese attraverso strumenti perequativi, evitando situazioni di patologica asimmetria e innescando così un meccanismo al rialzo e non al ribasso della qualità del servizio sanitario complessivo basato sulla responsabilizzazione delle comunità regionali[57]. È evidente, tuttavia, che senza il consolidamento di quelle sedi di raccordo istituzionale di carattere multilaterale di cui sopra, difficilmente si potrà conseguire un equilibrio tra le aspirazioni a una maggiore autonomia finanziaria di alcune Regioni e le incomprimibili esigenze perequative insite in un modello sanitario di stampo solidaristico come quello italiano (e, più in generale, europeo).

[55] V., da ultimo, p.d.l. n. 2422 Camera dei Deputati, cit.

[56] Posto che l'art. 117, c. 8 Cost. rimette alla legge regionale la «ratifica delle intese con altre Regioni per il migliore esercizio delle proprie funzioni, anche con individuazione di organi comuni» e che accordi tra Regioni possono essere anche definiti solamente in via amministrativa (per es. *ex* art. 15 l. n. 241/1990).

[57] Impregiudicato ogni ragionamento, pur rilevante per la sostenibilità economica dei sistemi sanitari, sul ruolo delle risorse private.

Su questi aspetti si può e si deve (iniziare o) continuare a riflettere proprio prendendo lo spunto dallo *stress-test* determinato dell'emergenza in corso sulle relazioni tra Stato e Regioni, non perdendo il filo del discorso sulla necessità di ripensare le fondamenta dell'impianto del nostro regionalismo, sul fronte della sanità e non solo. Le esigenze connesse alla situazione emergenziale non possono costituire motivo per far prevalere un'impostazione di tipo gerarchico dei rapporti tra i livelli di governo, con la connessa convinzione che l'assegnazione della competenza (allo Stato) costituisca di per sé una strategia di annichilimento preventivo di ogni esigenza di raccordo verticale che non si risolva in un onere di mera consultazione in capo al titolare della competenza[58].

Proprio in momenti di rottura dell'ordinarietà, invece, va ricordato che l'art. 5 Cost. è «norma guida della lettura di tutta la Costituzione»[59], essendo il principio autonomistico in esso proclamato non solamente un modo di ripartire le funzioni tra centro e periferia, ma lo strumento per adeguare l'intera organizzazione pubblica all'assetto sociale, la risposta che, sul piano assiologico, viene data alla configurazione pluralistica della società e, dunque, delle istituzioni[60]. Il principio autonomistico, che si realizza attraverso il pluralismo delle istituzioni, è uno dei punti cardinali del nostro ordine costituzionale e va mantenuto saldo, se si conviene di porre alla base dell'ordinamento il riconoscimento e la garanzia dei diritti e delle libertà dei cittadini, nella loro dimensione individuale e collettiva[61].

[58] Come peraltro accade oggi rispetto al sistema delle Conferenze o ai pareri della Conferenza dei Presidenti di Regione, il cui peso effettivo dipende dalla mera e contingente volontà della parte statale di dare seguito alla posizione ivi espressa.

[59] G. BERTI, *Art. 5*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, I, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1975, 277.

[60] F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, Marsilio, Venezia, 1994.

[61] Sul rapporto tra artt. 2, 3 e 5 Cost., più di recente, E. BALBONI, *Autonomie, federalismo, regionalismo*, in M. CARLI, *Diritto regionale*, cit., 26.

IL RAPPORTO GOVERNO-PARLAMENTO NELL'ESERCIZIO DELLA FUNZIONE NORMATIVA DURANTE L'EMERGENZA COVID-19*

M. CRISTINA GRISOLIA**

Sommario

1. Il rapporto Governo-Parlamento negli stati di emergenza alla luce dei principi costituzionali e della legge ordinaria. – 2. Il difficile funzionamento delle Camere all'inizio dell'emergenza Covid-19 ed i problemi legati all'organizzazione dei lavori. – 3. Le ipotesi avanzate e le prospettive future.

Abstract

The essay examines the relationship, during the Covid-19 period, between the Government and the Parliament in exercising law activity in light of Constitution and ordinary laws and it highlights the deficiencies and shortcomings. At the end the essay examines the proposed hypotheses.

Suggerimento di citazione

M. C. GRISOLIA, *Il rapporto Governo-Parlamento nell'esercizio della funzione normativa durante l'emergenza Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il contributo costituisce la rielaborazione dell'intervento tenuto al *webinar* "Le fonti normative dell'emergenza", organizzato dalla *Rivista* e svoltosi il 30 aprile 2020.

** Già professoressa ordinaria di Diritto costituzionale generale nell'Università degli Studi di Firenze.

Contatto: cristina.grisolia@unifi.it

© 2007-2020 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIII – Fascicolo speciale/2020
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Il rapporto Governo-Parlamento negli stati di emergenza alla luce dei principi costituzionali e della legge ordinaria

Fra i molti problemi che hanno caratterizzato questa lunga e complessa stagione emergenziale, vi è un profilo che, sicuramente centrale, è inopinatamente emerso con particolare insistenza solo negli ultimi tempi.

Mi riferisco al delicato rapporto che si è venuto a determinare tra Governo e Parlamento nell'esercizio della funzione normativa, resa urgente dalla necessità di provvedere contro il diffondersi del contagio da Covid-19.

In via preliminare, va subito sottolineato come sia il potere esecutivo, rappresentato a seconda dei casi dal Governo o dal Capo dello Stato, e non il Parlamento, il soggetto deputato ad operare scelte che, per la loro urgenza, non possono attendere le lunghe procedure che caratterizzano la decisione dell'organo parlamentare.

Alcune costituzioni, ma come è noto non la nostra, regolano nel dettaglio la materia[1].

E, tuttavia, nonostante questa lacuna, non è difficile trarre, dalle disposizioni che prevedono deroghe al normale ordine delle competenze, i principi che si deve ritenere reggano il sistema nei momenti di crisi e di calamità.

Ce l'ha ricordato proprio di recente la Presidente Cartabia, là dove, alla fine della sua relazione annuale, ha sottolineato come, nonostante l'assenza di puntuali disposizioni a riguardo, sia stato più volte dimostrato come la nostra Costituzione sia in grado di offrire alle istituzioni e ai cittadini "la bussola necessaria a navigare per l'alto mare aperto dell'emergenza"[2].

Quali dunque le norme da cui ricavare, nel nostro caso, i principi che regolano gli equilibri istituzionali che caratterizzano, in situazioni di grave calamità, i rapporti tra Governo e Parlamento.

Le richiamo qui brevemente: l'art.78 Cost., che prevede la dichiarazione dello stato di guerra; l'art. 77 Cost., che disciplina l'emanazione dei decreti legge per motivi di necessità e di urgenza; l'art. 120 Cost., che regola il potere sostitutivo del Governo nei confronti delle regioni e degli altri enti locali anche per motivi di "pericolo grave per la sicurezza e l'incolumità pubblica".

In tutti questi casi, pur nella deroga al normale esercizio delle competenze, rimane saldo il rapporto che lega il Governo, principale responsabile della scelte per la gestione dell'emergenza, e il Parlamento, organo che mantiene ferma, pur nella eccezionalità del momento, la sua posizione centrale.

Così è per lo stato di guerra, deliberato dalle Camere che conferiscono al Governo i poteri necessari; così è per il ricorso ai decreti legge, che decadono

[1] Così, ad esempio, l'art. 16 della Costituzione francese e l'art.116 della Costituzione spagnola.

[2] M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, Roma, Palazzo della Consulta, 28 aprile 2020, in *www.cortecostituzionale.it*, p. 18.

con efficacia *ex tunc* se il Parlamento non gli converte in legge entro 60 giorni; così è, infine, nel caso previsto dall'art. 120 Cost., dove il potere sostitutivo del Governo è esercitato secondo procedure previste dalla legge[3].

Se questo è il quadro costituzionale, la disciplina dell'emergenza così come regolata a livello ordinario, affida a pieno titolo al Governo, nella logica ora richiamata, la gestione della crisi.

Secondo le disposizioni previste dal d.lgs. n. 1 del 2018, recante il Codice della protezione civile, spetta al Consiglio dei ministri deliberare lo stato di emergenza di rilievo nazionale su proposta del Presidente del consiglio, previa valutazione degli eventi fatta dal Dipartimento della protezione civile (art. 24); così come è avvenuto con la delibera del 31 gennaio scorso, con la quale il Consiglio dei ministri, "in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgere di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili", ha dichiarato lo stato di emergenza per la durata di sei mesi.

Lo stesso decreto legislativo attribuisce poi alle ordinanze di protezione civile (ordinanze che la delibera ora richiamata ha affidato all'emanazione del Capo del Dipartimento della protezione civile) il compito di coordinare gli interventi da effettuare, in deroga ad ogni disposizione vigente, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e del diritto dell'Unione Europea (art.25).

Oltre a ciò, la legge n. 833 del 1978, istitutiva del Servizio sanitario nazionale, attribuisce al ministro della salute, ai presidenti delle regioni e ai sindaci il potere di porre in essere ordinanze di carattere contingibile ed urgente (art. 32).

2. Il difficile funzionamento delle Camere all'inizio dell'emergenza Covid-19 ed i problemi legati all'organizzazione dei lavori

Queste le disposizioni normative sulla base delle quali si è mosso il Governo per affrontare l'attuale crisi epidemiologica. La quale, per il suo progressivo aggravarsi, ha subito richiesto l'ulteriore adozione di un numero considerevole di decreti legge, con i quali l'Esecutivo ha introdotto misure di carattere economico e sociale, anche fortemente limitative delle libertà riconosciute dalla nostra Costituzione, affidandone l'attuazione al Presidente del consiglio, attraverso l'approvazione di dPCM: i veri protagonisti di questa lunga fase emergenziale. Una scelta, questa, in molta parte determinata dall'indubbia flessibilità e capacità di tali atti di adeguarsi alle mutevoli esigenze del momento, non essendo essi soggetti ai passaggi istituzionali, che caratterizzano invece ogni altro provvedimento del Governo[4].

[3] B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, 6/2020, p. 3 ss.; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 11 aprile, 2020, in *Consulta on line*, p. 4.

[4] N. LUPO, *L'attività parlamentare in tempi di coronavirus*, in *Forum Quad. cost.*, 2/2020, p. 135 ss.

Non mi soffermerò su questi atti, che saranno oggetto di specifici interventi per i molti problemi che hanno posto quanto alla loro collocazione nel sistema delle fonti ed al rispetto dei principi costituzionali.

Quello che, invece, mi preme sottolineare, nell' ottica affrontata, è *come* e *quanto* la preminenza assunta dal Governo nella gestione della crisi abbia retto il rapporto con il Parlamento, che è sottinteso nel testo costituzionale.

La domanda è se, a fronte dell'indiscusso ruolo normativo svolto dall'Esecutivo e, per suo conto, dal Presidente del consiglio, abbia corrisposto un ruolo altrettanto incisivo delle Camere. Quest'ultime, chiamate, lo abbiamo visto, non solo al dovuto controllo nei confronti dell'attività del Governo, ma anche all'indispensabile esercizio della loro competenza normativa. Una competenza, certo ridotta per quantità, ma rimasta intatta nella sua funzione primaria, specie in un momento in cui la grave crisi nella quale versava il Paese imponeva la limitazione di alcuni fra i più importanti diritti tutelati dalla nostra Costituzione.

A questa domanda sembrerebbe che la risposta non possa che essere negativa.

Non sono mancate, infatti, dopo le prime incertezze del momento, esplicite prese di posizione da parte della dottrina, dell'opinione pubblica, ma anche da parte di non pochi parlamentari, a favore di un più efficiente funzionamento delle Camere, non apparse in grado di far fronte ai loro obblighi legislativi e di controllo in questo momento di emergenza[5]. E, d' altra parte, è ancora recente la lettera, resa pubblica, inviata da 67 deputati al Presidente Fico, per invitarlo ad assumere "misure che (permettano) alle Camere di riunirsi in modo continuo" e di sviluppare "una discussione approfondita e all'altezza delle decisioni" che devono essere prese[6].

Nessuno naturalmente mette in discussione le difficoltà che gravano oggi sul funzionamento di consessi così numerosi, come sono Camera e Senato[7]. Né, d'altra parte, nonostante il forzato contenimento dei lavori, è stata mai messa in dubbio la indiscussa centralità dell'organo parlamentare.

In questo senso si è espresso, fin dall'inizio, il Presidente Fico. Il quale, in una intervista rilasciata in piena pandemia ad un noto quotidiano nazionale, sottolineava come "Il Parlamento (doveva) essere in prima linea e (non potesse arretrare) come non (arretravano) i medici e altre categorie….e questo perché – aggiungeva il Presidente – nelle fasi emergenziali il Parlamento non solo resta

[5] G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione. Editoriale,* in *Costituzionalismo.it*, 1/2020, p. III ss.; M. VILLONE, *La rappresentanza non si pratica a distanza*, in *Il Manifesto*, 31 marzo 2020; C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020, p. 83 ss.; F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *Oss. cost.*, 3/2020, p. 10 ss.

[6] V. la lettera inviata da alcuni deputati al Presidente Fico del 27 aprile 2020.

[7] Come ci ha ricordato puntualmente A. MALASCHINI, *Sulle concrete misure adottate dal Parlamento in occasione dell'emergenza covid-19,* in *Forum Quad. cost.*, 2/2020, p. 272.

un presidio a garanzia dei principi democratici (e tutti sappiamo quanti di questi principi erano stati messi in discussione), ma – continuava Fico – esso è chiamato a offrire sostegno a chi fronteggia in prima persona l'emergenza e a chi subisce il peso economico e sociale di questa situazione"[8].

E, tuttavia, nonostante le buone intenzioni espresse dal Presidente Fico, non si può dire che le Camere abbiano attestato questa loro centralità.

È sufficiente, infatti, scorrere il calendario dei lavori degli ultimi mesi per rendersi conto come, all'inizio della crisi, non solo si siano ridotte le materie in discussione (concentrate sulle sole questioni riguardanti il coronavirus[9]) e sia notevolmente diminuito il numero delle sedute (di fatto limitate ad una scadenza pressoché settimanale), ma si sia anche ricorso a procedure, che hanno posto più di un problema quanto al normale svolgimento dei lavori, oltre che al rispetto del libero esercizio del mandato parlamentare.

Per fronteggiare il pericolo di contagio, è stato così concordato dai capigruppo che, fatta salva l'attività delle Commissioni (spostate in aule più ampie e favorita dalla possibilità di svolgere, almeno i lavori da trattare in sede informale, con l'ausilio di strumenti telematici), l'attività dell'Assemblea si svolgesse a ranghi ridotti, pur nel conservato rispetto della proporzionalità dei gruppi[10].

Una scelta, questa, che, sia pur motivata dalla particolare situazione epidemiologica e dalla volontà di non dislocare l'attività dell'Aula dalle sedi tradizionali, è subito apparsa pericolosamente limitativa della funzione rappresentativa assegnata a ciascun parlamentare[11].

Salvo, poi, mettere in discussione la stessa tenuta dell'accordo quando si sono dovute assumere posizioni politicamente controverse – come la votazione dell'ordine del giorno presentato da Fratelli d'Italia contro l'adesione del Governo al MES – a fronte della quale sia Fratelli d'Italia che il Pd si sono resi indisponibili a rispettare il limite numerico concordato dai capigruppo per assicurarsi, rispettivamente, il diverso risultato finale[12].

E, d'altra parte, non sono mancate ulteriori anomalie determinate dalla troppo affrettata organizzazione dei lavori. Così come è accaduto al momento della conversione in legge di uno dei più importanti decreti del Governo (il d.l.

[8] V. l'intervista al Presidente Roberto Fico di Annalisa Cuzzocrea, in *La Repubblica*, 18 marzo, 2020.

[9] Cioè, sostanzialmente, l'attività legata alla conversione in legge dei decreti approvati dal Governo. Su cui N. LUPO, op. cit., p. 126.

[10] A. C., XVIII legislatura, Giunta per il regolamento, seduta 31 marzo 2020. Su questo profilo, P. MARSOCCI, *Lo spazio digitale dei lavori parlamentari e l'emergenza sanitaria covid*, *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta on line*, 6 maggio 2020, p. 4 ss.; S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, in *Oss. cost.*, 3/2020, p. 8 ss.; N. LUPO, op. cit., p. 125 ss.; A. MALASCHINI, cit., p. 272 ss.

[11] Così, in particolare, M. VILLONE, *Camere a eletti contingentati, è incostituzionale.*, in *Il Manifesto*, 11 marzo 2020; M. AINIS, *Meglio distante che latitante*, in *La Repubblica*, 19 marzo, 2020.

[12] A. C., XVIII legislatura, seduta 24 aprile 2020.

n. 18 del 2020)[13], nel corso della quale si è addirittura derogato alle più ordinarie regole procedurali.

Mi riferisco alla decisione, presa al Senato addirittura su proposta di un capogruppo delle opposizioni, di discutere la questione di fiducia presentata dal Governo sul maxiemendamento sostitutivo del testo del decreto, prima ancora della sua formale presentazione[14].

E ciò per evitare di non prolungare la seduta, in vista del rientro dei parlamentari nelle rispettive sedi di residenza, nell'attesa che arrivasse la relazione tecnica della Ragioneria dello Stato. Relazione, divenuta obbligatoria dopo le modifiche al testo iniziale apportate in Commissione Bilancio[15].

Il che, mi pare, dia più di un una ragione a chi ha subito messo in evidenza il rischio di affidare non ad intese formali (la pronuncia della Giunta del regolamento o la presa d'atto dell'Assemblea[16]), ma a semplici accordi fra i gruppi, l'organizzazione dei lavori nel momento di particolare necessità.

A prescindere, infatti, da ogni giudizio circa il loro rilievo, troppo incerta resta in ogni caso la loro reale effettività; fideisticamente subordinata alla spontanea osservanza di tali accordi e all' altrettanto spontanea rinuncia ad attivare tutti quegli strumenti utili, se del caso, a porre in essere manovre ostruzionistiche in grado di favorire l'uno o l'altro schieramento politico. E, non ultima, la non sempre certa possibilità, da parte di coloro che siano stati chiamati a partecipare alle sedute camerali, di poter esprimere posizioni il più possibile unitarie[17].

3. Le ipotesi avanzate e le prospettive future

Né, d'altra parte, mancavano eventuali alternative.

Numerose, infatti, le ipotesi avanzate per garantire una meno aleatoria organizzazione dei lavori. Una organizzazione affidata, questa volta, o a facili modifiche regolamentari o, quanto meno, a possibili interpretazioni degli stessi, che permettessero di risolvere meglio il problema.

Da un lato, si è così, proposto di operare una piccola riforma di alcune disposizioni regolamentari[18], attraverso la quale affidare la conversione dei molti decreti legge approvati dal Governo a commissioni in sede redigente e financo legislativa, non essendo la riserva di Assemblea (che tanti problemi poneva

[13] Il c.d. decreto "Cura Italia", recante "Misure di potenziamento del servizio sanitario nazionale e sostegno economico per le famiglie, i lavoratori e le imprese, connesse all'emergenza del covid-19".

[14] A. S., XVIII legislatura, seduta 9 aprile 2020.

[15] V. la cronaca della seduta in E. PATTA, G. TROVATI, *Cura Italia, ok del Senato alla fiducia. No di Lega-FdI-FI. Il testo alla Camera*, in *Il Sole 24 ore,* 10 aprile, 2020; A. FABOZZI, *Cura Italia, Pasticcio in Senato. Fiducia sul testo che cambia*, in *Il Manifesto*, 10 aprile, 2020.

[16] Sulle ipotesi avanzate v. S. CURRERI, op. cit., p. 17 ss.

[17] Così testualmente N. LUPO, op. cit., p. 128. V. anche M. MALASCHINI, op. cit., p. 277.

[18] Artt. 96 bis., comma 1, R.C. e art. 78, comma 2, R. S.

quanto all'organizzazione dei lavori) richiesta dalla Costituzione, ma solo dai regolamenti delle Camere[19]. Ovvero si è, dall'altro, proposto, questa volta attraverso una interpretazione estensiva delle norme regolamentari, di istituire, in analogia a quanto accade all'inizio della legislatura, una commissione speciale investita, in via generale, di poteri redigenti[20].

Fino ad arrivare all'ipotesi più dibattuta, relativa all'introduzione di meccanismi telematici attraverso i quali permettere la partecipazione "da remoto" dei parlamentari alla discussione e al voto sia in Commissione che in Aula[21].

Molti, come sappiamo i sostenitori ed i detrattori di tale ipotesi[22], la quale al di là dei non pochi problemi applicativi[23] (risolvibili attraverso quella che è stata felicemente definita una "re-ingegnerizzazione" dei procedimenti parlamentari[24]), ha trovato sulla sua strada numerosi ostacoli. Fra questi, la lettura da molti insistita dell'art. 64, terzo comma, della Costituzione, là dove prescrive testualmente la "presenza" (non "virtuale" ma "fisica") dei parlamentari per la composizione del *quorum* di validità delle delibere assembleari[25], ma soprattutto una rigorosa concezione della rappresentanza politica. Intesa quale valore necessariamente legato, nella sua più significativa espressione, al diretto confronto tra le varie forze politiche, e, dunque, ancora una volta, attraverso un'attività "fisica"; la sola in grado di realizzare quella dialettica parlamentare che permette di raggiungere e soddisfare, tra le molte posizioni in campo, l' interesse generale[26].

Alla fine, però, nessuna decisione è stata presa.

Così, mentre nel frattempo altri Parlamenti si sono organizzati (da ultimo,

[19] In senso favorevole a questa ipotesi V. LIPPOLIS, *Camere, voto a distanza no grazie. La presenza in aula resta essenziale*, in *Il Dubbio*, 1 aprile 2020; G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost*, 10 aprile 2020, p. 7.

[20] F. CLEMENTI, *Il Parlamento difeso con il voto a distanza*, in *Il Sole 24 ore*, 16 marzo, 2020; S. CECCANTI, *Verso una regolamentazione degli stati di emergenza per il Parlamento: proposte a regime e possibili anticipazioni immediate*, in *BioDiritto*, 17 marzo, 2020; C. FUSARO, *Meglio niente Parlamento o un Parlamento Smart?*, in *LibertaEuguale.it*, 15 marzo, 2020.

[21] Tra i primi in questo senso S. CECCANTI, op. ult. cit.; C. FUSARO, op.ult.cit.; N. LUPO, *Perché non è l'art.64 a impedire il voto a "distanza" dei parlamentari. E perché ammettere tale voto richiede una "re-ingegnerizzazione" dei procedimenti parlamentari*", in *Oss. cost.*, 3/2020, p. 2 ss. ; S. CURRERI, *L'attività parlamentare ai tempi del covid-19: fiat giustitia et pereat mundus?*, in *La Costituzione.info*, 11 marzo, 2020.

[22] Per un'ampia ricostruzione di questo dibattito v. S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, cit., p. 22 ss.

[23] A. MALASCHINI, op. cit., p. 278; N. LUPO, op. ult. cit., p. 9 ss. e, più ampiamente ID., *L'attività parlamentare*, cit., p. 131 ss.

[24] N. LUPO, *Perché non è l'art. 64 Cost.*, cit., p. 9.

[25] Fra cui V. LIPPOLIS, *Voto a distanza*, cit.; M. LUCIANI, Intervento in diretta *facebook* organizzata dal Presidente della Commissione affari costituzionali della Camera dei deputati, on. Brescia, su "Parlamento aperto: a distanza o in presenza?", 27 marzo 2020, disponibile su *www.radioradicale.it*.

[26] M. VILLONE, *La rappresentanza*, cit.; V. LIPPOLIS, *Voto a distanza*, cit.; C. TRIPODINA, op. cit., p. 85 ss.

anche il "padre" di tutti i Parlamenti, quello inglese, che ha introdotto riunioni in via telematica con il voto a distanza), le nostre Camere hanno dimostrato una assai minore capacità organizzativa.

Un fatto, questo, che potrebbe diventare ancor più grave se teniamo conto che, passata la prima fase emergenziale, dove incontrastate si ponevano le esigenze della tutela del diritto alla salute (se non addirittura del diritto alla vita) rispetto ad ogni altro diritto, siamo oggi alla vigilia di decisioni che impongono, invece, difficili bilanciamenti tra questo diritto e gli altri diritti da esso messi in discussione. Bilanciamenti che non potranno più essere affidati alla decisione unica del Presidente del consiglio con i suoi dPCM, ma necessariamente ricondotti entro l'alveo parlamentare.

Da qui il richiamo, sempre più insistito[27] al ritorno ad una "normalità" istituzionale che, chiudendo la ormai lunga stagione dell'emergenza, ripristini l'ordinario esercizio delle competenze.

Da qui anche le prime iniziative in tal senso.

Assai significativa, sotto tale profilo, la modifica apportata, in sede di conversione[28], all'art. 2, primo comma, del d. l. n. 19 del 2020. In base alla quale è ora previsto un primo significativo coinvolgimento del Parlamento all'atto dell'emanazione dei decreti presidenziali.

Si fa obbligo, infatti, al Presidente del consiglio, o al ministro da lui delegato, di comunicare preventivamente alle Camere "il contenuto dei provvedimenti da adottare, al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi dalle stesse formulate (v. art. 2, comma 1, d. l. n. 19 del 2020, come convertito nella l. n. 35 del 2020[29]). Con ciò affidando al Parlamento non solo la possibilità di intervenire per guidare l'Esecutivo nell'attuazione delle scelte operate, ma anche di sollecitare, se del caso, le necessarie modifiche.

Vedremo se le Camere sapranno sfruttare al meglio questa opportunità, riassumendo gradualmente il ruolo che, pur in momenti emergenziali, la Costituzione gli ha assegnato[30].

Ed anzi, proprio il riferimento ai principi che, come abbiamo visto, sono rinvenibili nella nostra Costituzione, mi induce a ritenere, contrariamente a quanto autorevolmente sostenuto da altri[31], che le incertezze e le carenze

[27] G. AZZARITI, *Fase 2. Nella transizione decreti-legge e leggi ordinarie*, in *Il Manifesto*, 30 aprile, 2020; G. DELRIO, *Ora basta con i Dpcm. Il Governo ascolti il Parlamento. Ripartenze su base regionale*, in *La Repubblica*, 29 aprile, 2020; V. ZAGREBELSKY, *Ritrovare l'equilibrio fra i poteri*, in *La Stampa*, 29 aprile 2020.

[28] Sulla base di un emendamento presentato alla Camera dei deputati dall'on. Ceccanti.

[29] E ciò pur rimanendo ferma la possibilità del Governo, nel caso di particolare necessità ed urgenza, di informare solo successivamente il Parlamento sulle misure adottate (v. art. 2, comma 5, del d.l. n. 19 del 2020, come convertito nella l. n. 35 2020).

[30] Come sottolineato all'inizio di questo lavoro.

[31] A. RUGGERI, *La forma di governo al tempo del coronavirus*, in *Consulta on line*, 2/2020, p. 258;

appena denunciate non debbano necessariamente portare a modifiche costituzionali, in grado di circoscrivere l'emergenza entro argini normativi più chiari e definiti.

È in questo senso la proposta di riforma costituzionale presentata da l'on. Ceccanti ed altri deputati la quale, proprio al fine di rafforzare il ruolo parlamentare negli stati di emergenza, prevede che, previa la sua deliberazione da parte delle Camere, sia una Commissione speciale ad assumere le funzioni parlamentari e a svolgerle sulla base di un proprio regolamento[32].

Concordo, invece, con chi, in posizione contraria, guarda con molta diffidenza impegnative modifiche della nostra Costituzione[33]. E ciò non solo in considerazione delle molte difficoltà ormai da tempo sperimentate, ma soprattutto nella convinzione che la "Costituzione al tempo del Coronavirus"[34] sia bene in grado di reggere il sistema e che sia stata, piuttosto, responsabilità delle Camere non essere riuscite a svolgere a pieno il ruolo ad esse assegnato. E ciò, si badi bene, anche senza considerare il fatto che, come sottolinea Pietro Milazzo nel suo intervento, anche Paesi che prevedevano disposizioni costituzionali in tal senso, non hanno poi ritenuto di applicarle per far fronte a questa emergenza[35].

È giunto dunque il momento che il Parlamento, superate le incertezze iniziali, si riallinei al dettato costituzionale, riscattandosi da quello stato di diffusa delegittimazione nel quale ora si trova e, purtroppo, già si trovava alla vigilia di questa lunga stagione emergenziale[36].

F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza*, cit., p. 15; S. CECCANTI, *Verso una regolamentazione*, cit., p. 14 ss.

[32] A.C., XVIII legislatura, Proposta di legge costituzionale n. 2452, di iniziativa dei deputati Ceccanti ed altri.

[33] N. LUPO, *L'attività parlamentare*, cit., p. 139 ss.; E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. È proprio vero che 'nulla potrà più essere come prima'?. Editoriale*, in *federalismi,it*, 16/2020, p. 4.

[34] Così il titolo del saggio di C. TRIPODINA già citato.

[35] P. MILAZZO, *La risposta all'emergenza in altri Paesi (Francia e Spagna)*.

[36] N. LUPO, op. ult. cit., p. 141; C TRIPODINA, op. cit., p. 87.

LA PROROGA "INNOMINATA" DELLE DELEGHE LEGISLATIVE IN SCADENZA. A PROPOSITO DELL'ART. 1, COMMA 3, DELLA LEGGE N. 27 DEL 2020 (DI CONVERSIONE DEL DECRETO-LEGGE N. 18 DEL 2020)*

NICOLA LUPO**

Sommario

1. Premessa. – 2. Le origini, tra Governo e Parlamento. – 3. Il parere del Comitato per la legislazione. – 4. Il dibattito sull'inserimento di norme di delega (e di proroga delle medesime) nei disegni di legge di conversione dei decreti-legge. – 5. Un caso di "sciatteria" del legislatore, in tempi di Coronavirus?

Abstract

The contribution focuses, in a critical way, on the content of Art. 1(3) of the Law 24 April 2020, no 27 (converting the Decree-Law 17 March 2020, No 18), which provides an "unnamed" extension of all pending legislative delegations. It reconstructs its parliamentary process, content, effects and main problematic profiles.

Suggerimento di citazione

N. LUPO, *La proroga "innominata" delle deleghe legislative in scadenza. A proposito dell'art. 1, comma 3, della legge n. 27 del 2020 (di conversione del decreto-legge n. 18 del 2020)*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il contributo costituisce la rielaborazione dell'intervento tenuto al *webinar* "Le fonti normative dell'emergenza", organizzato dalla *Rivista* e svoltosi il 30 aprile 2020.

** Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università LUISS "Guido Carli" e visiting professor nell'Università Niccolò Copernico di Toruń.

Contatto: nlupo@luiss.it

© 2007-2020 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIII – Fascicolo speciale/2020
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Premessa

In sede di conversione del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. "cura Italia"), sono stati introdotti numerosissimi emendamenti (anche al fine di inglobarvi il contenuto di tre decreti-legge in corso di conversione)[1]: tant'è che la legge 24 aprile 2020, n. 27, che ne dispone la conversione, consta di 171 articoli (rispetto ai 127 originariamente presenti nel decreto-legge).

Questo contributo intende soffermarsi su una singola disposizione, tra l'altro collocata non in uno di questi 171 articoli del decreto-legge, bensì nell'art. 1, comma 3, della sua legge di conversione, che ha prorogato in modo "innominato" tutte le deleghe legislative che in questa fase erano in scadenza. La presenza di tale disposizione, in ossequio alle regole e raccomandazioni sul drafting legislativo, ha determinato un'integrazione al titolo del provvedimento, il quale risulta ora del seguente tenore: "Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19. *Proroga dei termini per l'adozione dei decreti legislativi*"[2].

Vale la pena riportare anzitutto il testo della disposizione per poi ricostruirne l'iter parlamentare, i contenuti, gli effetti e i principali profili problematici, che ruotano essenzialmente attorno alla sua collocazione in un disegno di legge di conversione e alla sua formulazione, al contempo, generale e generica[3]. Tutto ciò verrà fatto anche basandosi sul parere che il Comitato per la legislazione della Camera ha espresso su tale disegno di legge di conversione, nel testo trasmesso dal Senato, che poi si è rivelato essere quello definitivo.

"In considerazione dello stato di emergenza sul territorio nazionale relativo al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili, dichiarato con la delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 26 del 1° febbraio 2020, *i termini per l'adozione di decreti legislativi con scadenza tra il 10 febbraio 2020 e il 31 agosto 2020*, che non siano scaduti alla data di entrata in vigore della

[1] Secondo una prassi non nuova e che secondo alcuni avrebbe altresì superato, seppur implicitamente, il vaglio della Corte costituzionale (nella sentenza n. 251 del 2014: cfr. G. PICCIRILLI, *Non è incostituzionale l'"accorpamento" tra decreti-legge, se si mantiene l'omogeneità materiale*, in *Giur. cost.*, 6/2014, p. 4459 ss.). Altro, e ancor più inquietante fenomeno – in termini di rapporti tra le fonti, di certezza del diritto e di equilibri tra Governo e Parlamento – è quello della modifica e, a maggior ragione, dell'abrogazione di disposizioni di decreti-legge in corso di conversione ad opera di successivi decreti-legge, su cui si sofferma specificamente il contributo di E. Rossi, in questa sezione della *Rivista*.

[2] Cfr. le *Regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi*, del 20 aprile 2001, par. 1, punto 1, che richiedono di indicare nel titolo dell'atto legislativo "la presenza di deleghe legislative", perlomeno ove tali disposizioni "costituiscano il contenuto esclusivo o prevalente dell'atto". Il corsivo nel testo è, evidentemente, aggiunto.

[3] Parla, in proposito, di "proroga 'a ventaglio' (o 'proroga *omnibus*')" A. VERNATA, *L'ircocervo normativo. Il decreto "Cura Italia" quale prototipo di una nuova legislazione emergenziale*, in *Oss. cost.*, 3/2020, p. 536 ss., spec. 543.

presente legge, *sono prorogati di tre mesi, decorrenti dalla data di scadenza di ciascuno di essi*. I decreti legislativi di cui al primo periodo, il cui termine di adozione sia *scaduto* alla data di entrata in vigore della presente legge, *possono essere adottati entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge*, nel rispetto dei princìpi e criteri direttivi e delle procedure previsti dalle rispettive leggi di delega"[4].

2. Le origini, tra Governo e Parlamento

Com'è facile constatare, la disposizione riproduce esattamente l'emendamento x1.1. presentato, nel corso della prima lettura, dai senn. Garruti, Bressa, Sudano, Parrini, De Petris, e approvato – senza discussione specifica – dalla 5ª Commissione Bilancio del Senato nella mega-seduta, in sede referente, del 7 aprile 2020[5]. Il testo di tale emendamento è stato poi inglobato nel maxi-emendamento 1.900 del Governo, su cui il Governo medesimo ha posto la questione di fiducia, e che è stato conseguentemente approvato dall'Assemblea del Senato[6]. Sembrerebbe dunque, a stare ai lavori preparatori, il frutto di un'iniziativa parlamentare: assunta, congiuntamente, da tutti i capigruppo della maggioranza in seno alla 1ª Commissione Affari costituzionali del Senato.

Tuttavia, un'analisi un minimo più accurata fa emergere che una disposizione non dissimile era già contenuta in un mini-disegno di legge del Governo presentato alla Camera dei deputati un paio di settimane prima. Si tratta di un disegno di legge, a firma del solo Presidente del Consiglio dei Ministri, recante "proroga dei termini per l'adozione di decreti legislativi"[7]. Il relativo testo coincide esattamente con il primo periodo dell'art. 1, comma 3, della legge n. 27 del 2020, prima riportato, con tre eccezioni. Nel mini-disegno di legge del Governo, infatti: *a*) il *dies a quo* è individuato nel 1° febbraio 2020, ossia il giorno dopo la dichiarazione dello stato di emergenza, anziché il 10 febbraio 2020, come nella legge di conversione; *b*) non compare la specifica categoria dei termini già "scaduti alla data di entrata in vigore della presente legge", ossia l'ipotesi cui si riferisce il secondo periodo, integralmente nuovo, presente nella disposizione poi approvata; *c*) non figura, infine, la precisazione secondo cui i tre mesi di proroga decorrono dalla data di scadenza di ciascun termine originariamente previsto dal legislatore delegante.

Invero assai stringata, ma di notevole interesse, è la documentazione a corredo del mini-disegno di legge governativo. Nella relazione illustrativa

[4] Così l'art. 1, comma 3, della legge 24 aprile 2020, n. 27. Corsivi aggiunti.

[5] Cfr. A.S., XVIII legislatura, boll. giunte e comm., 7 aprile 2020, p. 46.

[6] A.S., XVIII legislatura, resoconto stenografico, 9 aprile 2020, p. 32 s. (in una seduta parecchio concitata, caratterizzata da numerosi rinvii chiesti dallo stesso Ministro per i rapporti con il Parlamento).

[7] Cfr. A.C., XVIII legislatura, n. 2442, presentato il 19 marzo 2020.

compaiono solo tre elementi significativi. In primo luogo, la precisazione che la proroga interessa sia i termini originari, sia quelli "automaticamente" prorogati per effetto di meccanismi di scorrimento, sempre più spesso previsti dal legislatore delegante, collegati al termine per l'espressione dei pareri parlamentari[8]. In secondo luogo, l'affermazione, invero piuttosto scontata, per cui resta salva la possibilità che il Governo non si avvalga, o si avvalga parzialmente, della proroga che chiede, procedendo perciò all'attuazione della delega entro termini più brevi di quelli disponibili per effetto della proroga in questione. In terzo e ultimo luogo, l'impegno, assunto "compatibilmente con le esigenze connesse allo stato di emergenza", ad avvalersi di quest'ultima possibilità, ossia a dare attuazione anticipata alle deleghe prorogate – e quindi tendenzialmente tempestiva, nel rispetto cioè del termine originario – in caso di deleghe per il recepimento di atti dell'Unione europea che risultino in scadenza; e altresì, in caso di deleghe riferite ad atti il cui termine di recepimento fosse già scaduto, a procedere comunque "nel minor tempo possibile"[9].

Oltre alla relazione illustrativa appena riassunta, il disegno di legge è corredato dalla relazione tecnica, "bollinata" dal Ragioniere generale dello Stato, in cui si afferma apoditticamente che "la norma non comporta nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica". E altresì dalla dichiarazione di esclusione dall'analisi di impatto della regolamentazione (AIR), ai sensi dell'art. 6, comma 1, lettera c), del d.P.C.M. 15 settembre 2017, n. 169, ai sensi del quale sono

[8] Su questi meccanismi di scorrimento del termine della delega, che ne prevedono l'automatico posticipo in caso di ritardata trasmissione alle Camere dei relativi schemi di decreti legislativi, cfr., tra gli altri, N. LUPO, *La formazione parlamentare delle leggi di delega*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2001*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 15 ss., spec. 24 ss.; P. MILAZZO, *Uno sguardo sulle prassi e le tendenze della delega legislativa nel decennio 1996-2007*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2006*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 80 ss., spec. 106 ss.; e G. MARCHETTI, *La delegazione legislativa tra Parlamento e Governo: studio sulle recenti trasformazioni del modello costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2016, spec. p. 194 ss.

[9] Per comprendere meglio quest'ultima precisazione va ricordato che, ai sensi della norma-madre delle leggi di delegazione europea, ossia l'art. 31 della legge n. 234 del 2012, il Governo è delegato ad adottare "i decreti legislativi entro il termine di quattro mesi antecedenti a quello di recepimento indicato in ciascuna delle direttive; per le direttive il cui termine così determinato sia già scaduto alla data di entrata in vigore della legge di delegazione europea, ovvero scada nei tre mesi successivi, il Governo adotta i decreti legislativi di recepimento entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della medesima legge; per le direttive che non prevedono un termine di recepimento, il Governo adotta i relativi decreti legislativi entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della legge di delegazione europea". Su questa tempistica, osservando come essa sia volta a "conformare il procedimento interno a quello sovranazionale", cfr. S. BARONCELLI, *Lo sdoppiamento della "legge comunitaria": una scelta avveduta?*, in E. MOAVERO MILANESI E G. PICCIRILLI (a cura di), *Attuare il diritto dell'Unione Europea in Italia. Un bilancio a 5 anno dall'entrata in vigore della legge n. 234 del 2012*, Cacucci, Bari, 2018, p. 119 ss., spec. 131. Per la genesi di tale tempistica, nella legge n. 34 del 2008 (legge comunitaria 2007), cfr. G. TARLI BARBIERI, *La delega legislativa nei più recenti sviluppi*, in *La delega legislativa. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 93 ss., spec. 147 ss.

escluse dall'AIR le "disposizioni direttamente incidenti su interessi fondamentali in materia di sicurezza interna ed esterna dello Stato".

Discutibile pare invero l'affermazione secondo cui non vi sarebbe, a seguito dell'approvazione del disegno di legge, alcun effetto per la finanza pubblica: sia perché si tratta di affermazione non dimostrata, visto che non si fa neppure menzione delle deleghe oggetto della proroga, sia perché, specie ove si tratti di deleghe volte ad attuare direttive UE, la proroga rischia evidentemente di esporre l'Italia a procedure di infrazione. Anzi, probabilmente proprio a questo scopo, ossia onde evitare maggiori oneri legati ad eventuali infrazioni per mancato recepimento di normativa europea, si spiega il già ricordato impegno assunto dal Governo e indicato come terzo punto della relazione illustrativa: con la ovvia notazione che non basta certamente una dichiarazione del Governo contenuta nell'illustrazione di un disegno di legge, del quale per giunta non si è mai iniziato l'esame, a rendere la norma in questione sicuramente priva di effetti finanziari.

Da rimarcare poi l'assenza, nello stampato del disegno di legge governativo, della relazione sull'analisi tecnico-normativa (ATN), nella quale il Governo sarebbe chiamato a verificare "l'incidenza della normativa proposta sull'ordinamento giuridico vigente"[10]. E in particolare, secondo quanto richiesto dal modello di scheda ATN, a fornire una "analisi del quadro normativo nazionale" e a precisare la "incidenza delle norme proposte sulle leggi e i regolamenti vigenti". Com'è ovvio, visto il carattere innominato della proroga in questione, non vi è alcuna traccia di questi elementi, che pure dovrebbero corredare tutte le iniziative normative del Governo[11].

Certo, va ricordato che il disegno di legge è stato predisposto e presentato in Parlamento a metà marzo 2020, ossia esattamente nei giorni in cui l'emergenza legata al Covid-19 è sembrata raggiungere il suo punto più critico. Ed è immaginabile che in quei giorni la Presidenza del Consiglio e lo stesso Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi-DAGL abbiano avuto altre priorità, a partire appunto dalla stesura dei decreti-legge, dei d.P.C.M. e della restante normativa volta a fronteggiare l'emergenza. Non può non apparire sintomatica,

[10] Cfr. la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 10 settembre 2008 (Tempi e modalità di effettuazione dell'analisi tecnico-normativa-ATN), su cui cfr., per tutti, E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, II ed., Editoriale scientifica, Napoli, 2019, spec. p. 216 ss.

[11] Invero, una scheda denominata ATN risulta essere stata trasmessa dal DAGL, a nome del Governo, ancorché in ritardo (il 26 marzo 2020), alla Camera. In essa peraltro non si fornisce alcun elemento utile, e anzi si toccano, a tratti, toni da teatro dell'assurdo. Ad esempio quando, nel profilo su "incidenza delle norme proposte sulle leggi o i regolamenti vigenti", si afferma che "con lo schema di disegno di legge in esame, si incide, tramite normazione diretta, sui termini di scadenza delle delegazioni aperte"; o allorquando si osserva che "i riferimenti normativi che figurano nello schema di intervento normativo risultano corretti"; o, infine, laddove si conclude la scheda rassicurando che "sono stati utilizzati i dati statistici già in possesso del Governo".

però, la mancata produzione, foss'anche a scopo meramente informativo, nella relazione illustrativa o nella scheda ATN, di un qualsivoglia elenco delle deleghe legislative pendenti: un elemento che le suddette strutture dovrebbero avere sempre ben presente, in qualunque circostanza, proprio perché necessario allo svolgimento di ogni attività di coordinamento dell'attività normativa del Governo.

3. Il parere del Comitato per la legislazione

Sempre nel corso dell'esame parlamentare, di grande interesse è il parere che sul disegno di legge di conversione in questione ha espresso il Comitato per la legislazione della Camera dei deputati, il 15 aprile 2020[12]. In esso, emergono tutti i principali profili problematici che la disposizione in oggetto solleva. Ovviamente, si può discutere sulla correttezza o sull'opportunità delle singole soluzioni adottate nel parere, e lo si farà, seppur sommariamente, nel prosieguo del lavoro, ma il contributo del Comitato per la legislazione ha, se non altro, il pregio di mettere nero su bianco i nodi più importanti.

Anzitutto, sul piano del metodo e della stessa tipologia dei pareri espressi, ha trovato qui la sua seconda applicazione l'orientamento assunto dal Comitato per la legislazione nel senso di evitare, in considerazione dell'emergenza derivante dal Covid-19, la formulazione di apposite condizioni nei pareri espressi. Per dirla con le parole del parere, il Comitato, "come già fatto in occasione dell'esame del disegno di legge C. 2447 di conversione del decreto-legge n. 19 del 2020 (si veda il parere reso nella seduta del 31 marzo 2020)", ha ritenuto di non ribadire le condizioni espresse in precedenza su questioni problematiche presenti anche in questo disegno di legge. E ciò "in considerazione della situazione di effettiva eccezionale emergenza, inedita nella storia repubblicana, nella quale Governo e Parlamento stanno operando". Salvo comunque chiarire subito dopo, quasi a mo' di 'meta-condizione di metodo', che "rimane fermo che un simile modo di procedere dovrà essere evitato non appena superata l'emergenza sanitaria in corso". Una linea di *self-restraint* che il Comitato ha adottato, evitando di far uso del suo strumento più significativo, l'unico strumento espressamente previsto dal regolamento, all'art. 16-*bis*, comma 6, del regolamento Camera, ossia dei pareri "con condizioni"[13]. Una linea che si spiega allo scopo di mostrare, evidentemente, un atteggiamento comprensivo e collaborativo nei confronti dell'emergenza in essere: nella convinzione, forse

[12] Cfr. A.C., XVIII legislatura, boll. giunte e comm., 15 aprile 2020, p. 5 ss.

[13] Sull'articolazione dei pareri del Comitato per la legislazione in condizioni, osservazioni e raccomandazioni, e sulle loro diverse funzioni, cfr., tra gli altri, L. LORELLO, *Funzione legislativa e Comitato per la legislazione*, Giappichelli, Torino, 2003, spec. p. 293 ss. Sull'evoluzione di tale articolazione, alla luce dell'esperienza, cfr. V. DI PORTO, *Il Comitato per la legislazione, venti anni dopo*, Luiss School of Government Working Paper, 45/2018, spec. p. 3 ss.

un po' ottimistica, che alcuni elementi legati alla straordinarietà della situazione venutasi a determinare siano destinati comunque ad essere abbandonati, una volta fuoriusciti dalla stessa[14].

Tra le questioni problematiche che avevano originato l'apposizione di apposite condizioni in precedenti pareri vi è appunto la collocazione di una norma di proroga delle deleghe in un disegno di legge di conversione. Sul punto, pur senza formulare, per le ragioni appena evidenziate, un'espressa condizione, il Comitato ha ribadito il suo orientamento costante ai sensi del quale i limiti al decreto-legge, tra cui il divieto di conferire deleghe legislative disposto – o, meglio, esplicitato, in quanto già direttamente discendente dalla Costituzione – dall'art. 15, comma 2, lettera a), della legge n. 400 del 1988, si applicano anche alla legge di conversione[15]. E lo ha fatto, pur nella consapevolezza di una diversa posizione tradizionalmente assunta dal Senato e pur in presenza di orientamenti della Corte costituzionale in senso discorde[16], richiamando specificamente il parere espresso dal medesimo Comitato, nei primi mesi della legislatura, sul disegno di legge di conversione del decreto-legge n. 113 del 2018 (c.d. "decreto-legge sicurezza"): un parere contenente una condizione nella quale il Comitato chiedeva, invano, di sopprimere due commi dell'art. 1 del disegno di legge di conversione, recanti "due deleghe al Governo in materia di riordino dei ruoli e delle carriere, rispettivamente, del personale delle forze armate e di quello delle forze di polizia".

Nel merito della proroga presente nella disposizione in esame, peraltro, il Comitato ha rilevato come risultasse rispettato il modello dell'art. 76 Cost.: la

[14] Questo atteggiamento, dopo essere stato ribadito in successivi pareri, sembrerebbe essere stato abbandonato nel parere espresso, il 27 maggio 2020, sul disegno di legge di conversione del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 ("Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19"- c.d. "Rilancio"), nel quale si sono riaffacciate due condizioni. Tra l'altro, il Comitato ha rimarcato come tale decreto-legge, "composto da 266 articoli, per un totale di 1051 commi", appare "probabilmente di dimensioni mai raggiunte in passato da un decreto-legge" e ha auspicato che "in futuro si eviti per quanto possibile di ricorrere a provvedimenti di dimensioni eccessive", visto che essi rendono "difficile il perseguimento – richiesto anche nella recente ordinanza n. 60 del 2020 della Corte costituzionale – di un ragionevole equilibrio tra le diverse esigenze meritevoli di tutela nelle procedure parlamentari ove si consideri la peculiarità dell'iter di conversione e il termine costituzionale di 60 giorni per la conversione dei decreti-legge". Elemento quest'ultimo di notevole interesse, a maggior ragione in nel momento in cui – come ha rilevato lo stesso Comitato, in una delle premesse del medesimo parere – si entra in una "fase che deve essere caratterizzata, superato il momento acuto dell'emergenza sanitaria, da una maggiore attenzione alla qualità della legislazione".

[15] Per attente ricostruzioni degli orientamenti del Comitato in proposito cfr. R. ZACCARIA, E. ALBANESI, *La delega legislativa tra teoria e prassi*, in *La delega legislativa*, cit., p. 333 ss., spec. p. 368 ss.; e G. TARLI BARBIERI, *La delega legislativa e l'attività consultiva del Comitato per la legislazione*, in *Federalismi.it – Focus Fonti*, 9 febbraio 2018, p. 13 ss. Sul punto si tornerà *infra*, nel prossimo paragrafo.

[16] Nel parere del Comitato viene citata, in particolare, la sentenza n. 237 del 2013, di cui si dirà *infra*, nel prossimo paragrafo.

proroga è ritenuta infatti "riconducibile al modello di delega legislativa" stabilito dall'art. 76 Cost., riscontrandosi l'esistenza di un tempo limitato, di principi e criteri direttivi – che restano fermi, rispetto a quelli delle deleghe prorogate – e anche dell'oggetto definito. Il Comitato si è limitato ad osservare che, per le deleghe in scadenza prima della data di entrata in vigore della legge di conversione, quello disposto sarebbe stato, ad essere precisi, un differimento (a termine scaduto), e non una proroga (a termine aperto). Ma anche in questo caso ha evitato di chiedere, in una condizione, un'espressa riformulazione della disposizione.

Quanto infine al profilo, invero centrale, relativo al carattere "innominato" della proroga, il Comitato ha manifestato nel parere in esame due tipi di reazioni: da un lato, ponendosi dal punto di vista dell'interprete, ha segnalato come in tal modo "si renderà in alcuni casi complessa l'individuazione del termine di delega"[17]; dall'altro, al fine evidentemente di porre almeno in parte rimedio a tale complessità e di dare, al tempo stesso, un'idea più precisa degli effetti della disposizione, ha elencato, nel corpo del parere, le norme di delega e gli schemi di decreti legislativi interessati dalla proroga "innominata".

In particolare, a quest'ultimo riguardo, il Comitato ha individuato diverse tipologie di deleghe che vengono ad essere interessate dalla norma in questione.

Sono state, anzitutto, individuate quattro leggi di delega che prevedevano termini di scadenza collocati nell'intervallo temporale per il quale è disposta la proroga: la più significativa delle quali appare la legge n. 86 del 2019 (deleghe al Governo in materia di sport), ma anche due deleghe contenute nella legge di delegazione europea 2018 (artt. 4 e 5 della legge n. 119 del 2019, rispettivamente sulla cooperazione rafforzata in materia di procura europea e sul recupero dei crediti transfrontalieri), una delega contenuta nell'art. 7 della legge n. 37 del 2019 (legge europea 2018, in materia di utilizzo del termine "cuoio", "pelle" e "pelliccia") e, infine, una delega correttiva in materia di strumenti assicurativi in agricoltura (art. 21, comma 3, della legge n. 154 del 2016).

Seguono poi due elenchi di schemi di decreti legislativi già trasmessi alle

[17] In particolare, ad avviso del Comitato l'individuazione del nuovo termine di delega risulterà complesso "soprattutto nel caso in cui si verifichi il combinato disposto tra la proroga medesima e altre modalità 'mobili' di definizione del termine di delega (quali quella prevista per il recepimento delle direttive dell'Unione europea, ove assumono rilievo i termini di recepimento delle singole direttive; quella per l'adozione dei decreti legislativi integrativi e correttivi, ove assumono rilievo le diverse date di entrata in vigore dei singoli decreti legislativi 'principali' e quella prevista in caso di adozione della 'tecnica dello scorrimento', pure costantemente censurata dal Comitato)".

Sulla linea critica del Comitato per la legislazione riguardo ai meccanismi di "scorrimento automatico" del termine della delega legislativa cfr. G. TARLI BARBIERI, *La delega legislativa e l'attività consultiva del Comitato per la legislazione*, cit., p. 22 ss. Per una critica a tali meccanismi che, pur previsti "a tutela del Parlamento, operano permettendo al Governo di acquisire maggiore potere", cfr. E. FRONTONI, *Pareri e intese nella formazione del decreto legislativo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, p. 60 ss.

Camere, molti dei quali predisposti in attuazione della suddetta legge di delegazione europea 2018, su cui i relativi pareri parlamentari, per effetto dello "scorrimento" del termine, avrebbero dovuto essere espressi entro il 2 maggio 2020, e altresì un paio di ulteriori direttive UE che avrebbero dovuto essere recepite a stretto giro. Il quadro – che dichiaratamente esclude le "deleghe legislative per le quali le competenti commissioni parlamentari abbiano già espresso il parere sui relativi schemi di decreto legislativo" – si conclude con un lungo elenco di deleghe "correttive", per le quali il Governo potrebbe adottare ulteriori decreti legislativi, beneficiando della proroga in questione, ma che, per la loro stessa natura, potrebbero parimenti restare prive di ogni attuazione[18].

Come si vede, una proroga "innominata" dall'impatto tutt'altro che trascurabile, specie in chiave potenziale. Sarà ovviamente interessante comprendere quali saranno gli esiti di queste proroghe, anche considerando che i termini per l'espressione dei pareri parlamentari, così come degli altri pareri sugli schemi di decreti legislativi, sono invece rimasti immutati: con l'effetto, invero prevedibile, di originare ripetute richieste da parte delle commissioni parlamentari al Governo di attendere l'espressione del parere anche oltre il termine originariamente previsto (specie in assenza di altri pareri, pure richiesti dal legislatore delegante)[19].

4. Il dibattito sull'inserimento di norme di delega (e di proroga delle medesime) nei disegni di legge di conversione dei decreti-legge

Il problema dell'inserimento nelle leggi di conversione di norme di delega o di norme volte a prorogare/differire deleghe legislative già attribuite è da tempo oggetto di esplicita riflessione da parte della dottrina e ha ricevuto altresì attenzione, seppure occasionalmente, nella giurisprudenza costituzionale.

Il punto di partenza è rappresentato dal fatto che, per Costituzione, il Governo non può auto-delegarsi il potere legislativo, e dunque non può inserire norme di delega legislativa all'interno di decreti-legge. Si tratta di un elemento che può considerarsi pacifico, in dottrina – ove si tende a rilevare come l'art.

[18] E' infatti evidente che l'obbligo per il Governo di dare attuazione alle deleghe legislative (tradizionalmente qualificato come un obbligo esclusivamente politico; in chiave critica su questa ricostruzione cfr. D. DE LUNGO, *Le deleghe legislative inattuate*, ESI, Napoli, 2017, spec. p. 182 ss.) si attenua nel caso delle deleghe correttive, che possono qualificarsi come deleghe ad attuazione eventuale, essendo rimessa al Governo ogni valutazione sull'esigenza di apportare correzioni al decreto legislativo 'principale'.

[19] A titolo meramente esemplificativo cfr. la seduta della VIII Commissione ambiente della Camera del 27 maggio 2020. Per un'interessante analisi degli "altri pareri" (diversi cioè da quelli di commissioni parlamentari) richiesti dalle leggi di delega cfr. B. CIMINO, S. MORETTINI, C. TANCREDI PALMA, *La delegazione legislativa*, in L. DUILIO (a cura di), *Politica della legislazione, oltre la crisi*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 107 ss., spec. 155 ss.

15, comma 2, lettera a), della legge n. 400 del 1988 rappresenti l'esplicitazione di un limite già chiaramente desumibile dalla Costituzione[20] – così come nella giurisprudenza costituzionale[21].

Analogo ragionamento deve farsi con riguardo a norme volte a prorogare norme di delega. Il relativo trattamento sembra infatti doversi ritenere equivalente a quello delle nuove di delega, a maggior ragione visto che il termine definito rappresenta un requisito costituzionalmente necessario ex art. 76 Cost.[22].

Qualche caso ambiguo invero sussiste, di decreti-legge che modificano la legge di delega, incidendo talvolta anche sul regime temporale per l'adozione dei decreti legislativi correttivi. Uno di questi casi è stato oggetto dell'ordinanza n. 339 del 1987, con cui è stata dichiarata manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del decreto-legge 25 maggio 1972, n. 202 (Modifiche ed integrazioni alla legge 6 dicembre 1971, n. 1036, in materia di riforma tributaria), convertito, con modificazioni, nella legge 24 luglio 1972, n. 321[23]. La relativa, invero apodittica motivazione, che aveva fatto leva sull'avvenuta conversione del decreto-legge, secondo cui non avrebbe "pregio l'assunto secondo cui tale dettato normativo, adottato dalle Camere, sarebbe inidoneo a recar modifiche ad una legge di delega, trattandosi di una stessa funzione posta in essere dagli Organi legislativi", era stata oggetto di una serrata e convincente

[20] In dottrina cfr., tra gli altri: V. DI CIOLO, *Questioni in tema di decreti-legge*. I ed., Giuffrè, Milano, 1970, p. 184 ss. (rilevando che sarebbe superfluo rilevarne l'illegittimità); A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in A. SCIALOJA E G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1977, p. 264 (parlando di "ipotesi inconcepibile"); L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Il mulino, Bologna, 1996, p. 246 (notando che un decreto-legge siffatto "non si reggerebbe sui presupposti giustificativi richiesti dall'art. 77 Cost., posto che l'inadempimento della delega andrebbe interamente imputato allo stesso Governo"); A. CONCARO, *Il sindacato di costituzionalità sul decreto-legge*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 59 ss. (parlando di divieto "assolutamente pacifico"); F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, III ed., Cedam, Padova, 2019, p. 136 ss. (sottolineando la necessità di mantenere l'alterità tra Parlamento e Governo); R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, III ed., Giappichelli, Torino, 2019, p. 180 (riscontrando, in tale ipotesi, "un caso macroscopico di evidente mancanza dell'urgenza, oltre che di violazione della riserva di legge formale").

[21] Per l'affermazione secondo cui "l'atto di conferimento al Governo di delega legislativa può avvenire solo con legge" cfr. la sentenza n. 63 del 1998, con affermazione ribadita dalla sentenza n. 237 del 2013 (su entrambe queste pronunce si avrà modo di tornare *infra*).

[22] Cfr., volendo, N. LUPO, *Una delega legislativa può essere inserita nella conversione di un decreto-legge?*, in *Iter legis*, 6/2003, p. 43 ss., spec. p. 46 ss. Più possibilista pare A. CELOTTO, *L'"abuso" del decreto-legge. I. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Cedam, Padova, 1997, p. 367 ss., nota 61.

[23] Per una ricostruzione delle diverse proroghe cui è stata oggetto la delega correttiva che accompagnava la riforma tributaria del 1971 (la prima delega correttiva nel nostro ordinamento: N. LUPO, *Deleghe e decreti legislativi 'correttivi': esperienze, problemi, prospettive*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 39 ss., e M. CARTABIA, *I decreti legislativi 'integrativi e correttivi': il paradosso dell'effettività?*, in *Rassegna parlamentare*, 1/1997, p. 45 ss., spec. 50 ss.), cfr. A.N. SERENA, *La delega legislativa in materia tributaria: il caso della riforma tributaria*, in G. VISINTINI (a cura di), *Analisi di leggi-campione. Problemi di tecnica legislativa*, , Cedam, Padova, 1995, p. 492 ss.

critica dottrinale[24]. Tant'è che da allora non risultano altri casi di proroghe di deleghe disposte con decreto-legge.

Può peraltro notarsi, incidentalmente, come proprio in uno dei decreti-legge adottati in reazione al Covid-19 sia contenuta una norma che determina, ancorché indirettamente, la proroga di una delega correttiva. Il riferimento è all'art. 5 del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23 (Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali), il quale proroga al 1° settembre 2021 l'entrata in vigore di larga parte degli articoli del "codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza", di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14 (che sarebbero dovuti entrare in vigore il 15 agosto 2020). Così facendo, però, tale disposizione determina la proroga altresì della delega correttiva a tale codice, prevista dall'art. 1 della legge 8 marzo 2019, n. 20 ("Delega al Governo per l'adozione di disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi adottati in attuazione della delega per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, di cui alla legge 19 ottobre 2017, n. 155"), avente come termine "due anni dalla data di entrata in vigore dell'ultimo dei decreti legislativi adottati in attuazione della delega" in questione. Certo, è un caso che non va sopravvalutato, anche perché è probabile che di tale effetto non vi sia stata piena e diffusa consapevolezza, a maggior ragione visto che la delega correttiva non era presente nella delega originaria, ma è stata aggiunta con una legge *ad hoc*[25].

Fermo restando, dunque, tale divieto, si discute invece se sia legittimo inserire deleghe o proroghe di delega all'interno delle leggi di conversione, nel corso del loro iter parlamentare. Precedenti in tal senso invero non mancano[26], e in qualche caso essi sono stati anche avallati, come si accennava, dalla giurisprudenza costituzionale.

Vengono in rilievo, in particolare, la sentenza n. 63 del 1998 e la sentenza n. 237 del 2013. In entrambe la Corte costituzionale non ha più fatto leva sulla tesi della legge di conversione come "novazione della fonte", che nel frattempo era stata sostanzialmente superata negli orientamenti espressi qualche anno

[24] Cfr. R. TARCHI, *Incompetenza legislativa del Governo, interposizione del Parlamento e sindacato della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 3/1988, II, p. 940 ss.

[25] Ne è riprova il fatto che tale elemento è sfuggito alla considerazione del Comitato per la legislazione, nel pur denso parere espresso il 29 aprile 2020, e neppure risulta essere stato segnalato altrove, nel corso della lettura del provvedimento presso la Camera dei deputati. Ringrazio Claudio Tucciarelli per averlo portato alla mia attenzione.

[26] Cfr., tra gli altri, A. SIMONCINI, *I rapporti tra delegazione legislativa e decretazione d'urgenza nella prassi più recente*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2001*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 123 s., spec. 138 ss.; A. GHIRIBELLI, *Decretazione d'urgenza e qualità della produzione normativa*, Milano, Giuffrè, 2011, spec. p. 202 ss. Parla persino, in proposito, di una "prassi normale" G. MARCHETTI, *La delegazione legislativa tra Parlamento e Governo*, cit., p. 42.

prima (soprattutto nella sentenza n. 29 del 1995), ma ha giustificato l'inserimento di nuove norme di delega nella legge di conversione[27], dopo aver ribadito che esse non possono essere incluse nel decreto-legge, argomentando nel senso della duplice natura di tale legge. Gli articoli inseriti nella legge di conversione sono infatti considerati "disposizioni del tutto autonome rispetto al decreto-legge e alla sua conversione, essendo stati introdotti, come norma aggiuntiva, alla legge di conversione nel corso dell'esame dello stesso disegno di legge". Dunque, secondo la Corte, la legge di conversione ha in realtà "un duplice contenuto con diversa natura ed autonomia: l'uno […] di conversione del decreto-legge 'con le modificazioni riportate in allegato alla legge', adottato in base alla previsione dell'art. 77, terzo comma della Costituzione; l'altro […], di legge di delega ai sensi dell'art. 76 della Costituzione". Un'affermazione resa in assoluto, senza alcun riferimento alla necessaria connessione tra decreto-legge e legge di conversione.

Il passaggio è stato ripreso anche testualmente dalla sentenza n. 237 del 2013, nella quale la Corte ha sì ribadito che, in virtù della duplice natura della legge di conversione, "la disposizione di delega introdotta nell'ordinamento con la legge di conversione, costituendo una statuizione distinta dal decreto-legge, deve essere ricondotta direttamente alla potestà legislativa del Parlamento", non richiedendo perciò la sussistenza dei requisiti costituzionali di necessità e urgenza[28]. Tuttavia, in quella medesima pronuncia la Corte ha poi effettuato, in applicazione dell'orientamento inaugurato dalla sentenza n. 22 del 2012 circa la necessaria omogeneità della legge di conversione rispetto al decreto-legge, un controllo appunto quanto al rapporto tra la norma di delega e i contenuti del decreto-legge oggetto di conversione. Controllo che si è concluso in senso positivo, in quanto nel caso di specie si trattava sempre di previsioni di interventi sulle strutture giudiziarie. Per cui, secondo la Corte "anche l'introduzione, nella legge di conversione, di una disposizione di delega" può rivelarsi – e si è rivelata, in quel caso – coerente con la necessaria omogeneità della normativa di urgenza.

[27] Nella specie, si trattava dell'art. 3 della legge 6 marzo 1992, n. 216, di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 7 gennaio 1992, n. 5 (Autorizzazione di spesa per la perequazione del trattamento economico dei sottufficiali dell'Arma dei carabinieri in relazione alla sentenza della Corte costituzionale n. 277 del 3-12 giugno 1991 e all'esecuzione di giudicati, nonché perequazione dei trattamenti economici relativi al personale delle corrispondenti categorie delle altre Forze di Polizia), anche se nella motivazione e nel dispositivo della sentenza viene richiamato come art. 3 del decreto-legge n. 5 del 1992.

[28] In quell'occasione, la questione era stata sollevata nei confronti dell'art. 1, comma 2, della legge 14 settembre 2011, n. 148 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, recante ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo. Delega al Governo per la riorganizzazione della distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari), oltre che del decreto legislativo 7 settembre 2012, n. 155 (Nuova organizzazione dei tribunali ordinari e degli uffici del pubblico ministero, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 14 settembre 2011, n. 148).

Anche su questa pronuncia, la dottrina non ha mancato di esprimere osservazioni critiche, tra l'altro rimarcando le molte ambiguità possibili nel riferirsi all'omogeneità del decreto-legge e rilevando che in tal modo la Corte finisce per avallare una qualche "confusione di 'tipi' normativi bisognosi di essere tenuti ad ogni buon conto distinti, altro essendo per funzione e per scopo la 'conversione' ed altra cosa la delega dell'esercizio della funzione legislativa".[29]. Da parte di alcuni, si è inoltre fatto notare come tale orientamento dovrebbe ritenersi superato alla luce della sentenza n. 32 del 2014, che ha riaffermato la natura della conversione come "procedimento tipizzato", volto al solo fine di convertire il decreto-legge, per cui la Corte non potrebbe più ritenere "legittime disposizioni di delega inserite in sede di conversione, anche se risultano omogenee nel contenuto al testo del decreto-legge", posto che la loro illegittimità deriverebbe non "dalla loro disomogeneità rispetto al contenuto o alle finalità del decreto, ma dall'essere state inserite in una legge funzionalizzata"[30].

In definitiva, continua a permanere una significativa divergenza tra gli orientamenti fatti propri dai diversi organi costituzionali.

Vale a dire, in estrema sintesi, che al Senato si continuano a ritenere ammissibili emendamenti volti ad inserire norme di delega o di proroga di deleghe nei disegni di legge di conversione[31]. Opposta è la posizione della Camera dei deputati, non solo per effetto degli orientamenti del Comitato per la legislazione, ma anche perché in questo ramo del Parlamento è direttamente la Presidenza a dichiarare inammissibili tali emendamenti[32]. Infine, su posizioni analoghe a quelle della Camera sembra essersi collocato, e da tempo, altresì il Presidente della Repubblica, in particolare con il messaggio di rinvio del 29 marzo

[29] Così A. RUGGERI, *La impossibile "omogeneità" di decreti-legge e leggi di conversione, per effetto della immissione in queste ultime di norme di delega (a prima lettura di Corte cost. n. 237 del 2013)*, in *Forum Quad. cost.*, 3 dicembre 2013. Cfr. anche P. TORRETTA, *Conversione di decreto-legge e delega legislativa con annessa questione di fiducia: precisazioni sull'ammissibilità di procedure parlamentari "due in uno" con interessanti spunti sull'autonomia regolamentare delle Camere*, in *Riv. AIC*, 4/2013; A. LO CALZO, *La Corte torna sulla materia dei decreti legge dopo la "svolta" della sentenza n. 22/2012: alcune considerazioni sulla sentenza n. 237/2013*, in Consulta online, 2014; e A. Alberti, *La legge di conversione: un nuovo tipo costituzionale*, in Osservatorio sulle fonti, 1/2014.

[30] Così E. FRONTONI, *Sono ancora legittime disposizioni di delega inserite in sede di conversione?*, in *Federalismi.it – Focus Fonti*, 1/2014, p. 9 ss. Conformemente, sul punto, D. CHINNI, *La limitata emendabilità della legge di conversione del decreto-legge tra interventi del Presidente della Repubblica e decisioni della Corte Costituzionale*, ivi, p. 18 ss.; e L. GORI, *Decreto-legge e legge-delega: intrecci e sovrapposizioni al tempo della "crisi"*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2016, p. 17.

[31] Nella XVIII legislatura, ad esempio, oltre al caso qui analizzato, può ricordarsi la delega per il riordino dei ruoli e delle carriere del personale delle forze di polizia e delle forze armate inserita *ex novo* nell'art. 1, commi 2-5, della legge n. 132 del 2018 (di conversione del decreto-legge n. 113 del 2018), attuata con i d.lgs. nn. 172 e 173 del 2019. Su cui, come si è accennato, si è espresso criticamente il Comitato per la legislazione.

[32] Indicazioni in R. DI CESARE, *Omogeneità del decreto-legge e introduzione di deleghe legislative*, in *Quad. cost.*, 4/2005, p. 867 ss., e G. PICCIRILLI, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, Cedam, Padova, 2008, p. 202 ss.

2002 nel quale ha qualificato come "una evidente illogicità giuridica" l'inserimento nella legge di conversione di una proroga di un termine (già scaduto) per l'esercizio di una delega legislativa[33].

Una quindicina di anni or sono, esaminandosi questa problematica, si era espresso un auspicio nel senso della stipulazione, in termini più o meno formali, di un'intesa inter-istituzionale su questo aspetto, anzitutto tra le due Camere e il Governo[34]. Da allora, nonostante la configurazione della legge di conversione da parte della Corte costituzionale sia risultata più chiara, ancorché non del tutto univoca[35], non è accaduto nulla del genere e gli orientamenti divergenti sono rimasti: con l'effetto, prevedibile e puntualmente verificatosi, di favorire le prassi più largheggianti e di ridurre ulteriormente gli ostacoli nei confronti di un uso ormai rivelatosi abnorme della decretazione d'urgenza[36].

Chissà che ora l'auspicio, formulato dalla Presidente della Corte costituzionale Marta Cartabia, nella sua relazione annuale, nel senso di ipotizzare forme di collaborazione istituzionale tra Corte costituzionale e legislatore[37], in cui

[33] Per una lettura in questo senso cfr. P. MILAZZO, *Uno sguardo sulle prassi e le tendenze della delega legislativa nel decennio 1996-2007*, cit., p. 121. A commento del messaggio, non privo di qualche ambiguità, cfr. ampiamente, tra gli altri, P. CARNEVALE, *Mancata promulgazione di legge di conversione e rinvio alle Camere: il caso del messaggio presidenziale del 29 marzo 2002*, in *Rass. parl.*, 2/2003, p. 385 ss., e, anche per una connessione con gli orientamenti successivamente espressi dalla Presidenza Napolitano, D. CHINNI, *Decretazione d'urgenza e poteri del Presidente della Repubblica*, Editoriale scientifica, Napoli, 2014, spec. p. 329 ss.

[34] Il riferimento è a N. Lupo, *Una delega legislativa può essere inserita nella conversione di un decreto-legge?*, cit., p. 56 s.

[35] Da ultimo, cfr. M. FRANCAVIGLIA, *L'apparente univocità della giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di omogeneità del decreto-legge e della legge di conversione*, in *Giur. cost.*, 5/2019, p. 2673 ss.

[36] Basti qui richiamare i casi dell'ultimo decreto-legge "milleproroghe" (decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 162, convertito, con modificazioni, dalla legge di conversione 28 febbraio 2020, n. 8) e quello, già menzionato, del decreto-legge n. 34 del 2020 (su cui cfr. *supra*, la nota 14).

[37] Cfr. M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, 28 aprile 2020, p. 18 ss., ove si osserva anzitutto che "dalla prassi comparata si potrebbe trarre ispirazione anche per sviluppare ulteriori forme di collaborazione istituzionale già sperimentate proficuamente da altre Corti". Per poi segnalare che "Particolarmente significativa è la tradizionale consuetudine invalsa in Germania di svolgere incontri informali a cadenza annuale tra la Corte costituzionale federale e il Governo federale, così come tra la Corte costituzionale e i vertici delle Camere federali, per uno scambio generale di informazioni". Aggiungendosi quindi tre importanti precisazioni: "Naturalmente non fanno oggetto di discussione i temi oggetto di procedimenti in corso o quelli che si prevede possano essere portati all'esame della Corte. Piuttosto, le informazioni riguardano le attività passate e già concluse davanti alla Corte che possono necessitare di seguiti legislativi o altre problematiche di carattere generale. Di questi incontri è data notizia sul sito della Corte costituzionale federale tedesca con appositi comunicati stampa". E, infine, sottolineandosi che "in altre esperienze, un proficuo raccordo tra Corti costituzionali e Camere avviene a livello di funzionari, dove taluni funzionari parlamentari sono incaricati di mantenere rapporti di scambio di informazione stretto con omologhi funzionari della Corte costituzionale". Si tratta di elementi di notevole interesse e novità, che hanno il pregio di mostrare una dichiarata – e finora inedita – attenzione da parte della Corte ad avviare forme di "dialogo con il legislatore", non consistenti unicamente nella motivazione delle sue pronunce. E che paiono essere

anche il Comitato per la legislazione potrebbe essere chiamato a giocare un ruolo significativo, non possa preludere a qualche evoluzione (anche) in proposito, la quale non potrebbe che accogliersi assai positivamente.

5. Un caso di "sciatteria" del legislatore, in tempi di Coronavirus?

Nel caso della proroga multipla disposta dall'art. 1, comma 3, della legge n. 27 del 2020, ai problemi appena evidenziati pare aggiungersi – come si accennava – anche una "sciatteria" evidente e dannosa da parte del legislatore: il carattere innominato della proroga in questione finisce, infatti, per peggiorare ulteriormente gli effetti di una norma già in sé criticabile sia, come si è appena visto, nella collocazione, sia, come si dirà tra un attimo, nel merito.

Non è dato ovviamente sapere con certezza se la Presidenza del Consiglio (ossia, il già evocato DAGL; o il Dipartimento per i rapporti con il Parlamento; o l'Ufficio per il programma di governo) non disponesse affatto, a metà del mese di marzo 2020, nel pieno della pandemia, dell'elenco delle deleghe legislative pendenti; o comunque non fosse in grado di raccoglierlo, in tempi stretti, da ciascun Ministero coinvolto. O se invece un tale elenco esistesse, ma si è ritenuto, anzitutto, di non utilizzarlo al fine di predisporre, anziché una proroga "innominata", una serie di proroghe precise e puntuali; e poi, comunque, di non trasmetterlo alle Camere, a corredo del mini-disegno di legge o nel corso dell'iter del disegno di legge di conversione del decreto-legge n. 18 del 2020.

Comunque la si guardi, pare trattarsi di ipotesi tutte piuttosto preoccupanti, indici o di una inadeguatezza informativa degli uffici governativi, o di una dialettica non proprio fisiologica con le Camere. Quando invece, a maggior ragione in tempi straordinari, è evidente che tutto il procedimento di delega legislativa richiede, in ogni sua fase, una rigorosa applicazione del principio di leale collaborazione, in particolare tra Governo e Parlamento[38].

Quanto al merito, seppur incidentalmente, può osservarsi che in tempi straordinari, sarebbe assai positivo se i pubblici poteri riuscissero a fornire, per quanto possibile, certezze agli operatori e ai cittadini in genere. In altri termini,

coerenti con una lettura volta a sviluppare, ovviamente con tutte le cautele del caso, la dimensione relazionale della Corte, rispetto all'opinione pubblica, alle altre Corti europee e anche rispetto alle istituzioni parlamentari. Sull'importanza di tale dimensione relazionale cfr. V. BARSOTTI, P.G. CAROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI, *Introduction. Dialogue as a Method*, in V. BARSOTTI, P.G. CAROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI (eds.), *Dialogues on Italian Constitutional Justice. A Comparative Perspective*, Giappichelli-Routledge, Abingdon-Torino, 2020, p. 3 ss.

[38] Un'emersione di tale principio può rinvenirsi, ad esempio, nell'art. 14, comma 3, della legge n. 400 del 1988, allorquando, dopo aver stabilito che, "se la delega legislativa si riferisce ad una pluralità di oggetti distinti suscettibili di separata disciplina, il Governo può esercitarla mediante più atti successivi per uno o più degli oggetti predetti", prescrive – con riferimento a queste 'deleghe ad oggetti plurimi', ma fors'anche più in generale – che, "in relazione al termine finale stabilito alla legge di delegazione, il Governo informa periodicamente le Camere sui criteri che segue nell'organizzazione dell'esercizio della delega".

al legislatore, così come, *mutatis mutandis*, a pressoché tutte le organizzazioni, l'arrivo del Covid-19 ha imposto di effettuare rapidamente una scelta riguardo ai processi decisionali in corso: nel senso una loro prosecuzione, se non accelerazione, nelle nuove circostanze, magari cogliendo l'occasione per chiuderli anticipatamente, eventualmente sfruttando le potenzialità offerte dalla digitalizzazione necessitata dallo *smart working* e fors'anche, chissà, in termini di (minore) attenzione mediatica, dalla concentrazione pressoché esclusiva sulla tematica della pandemia del dibattito pubblico; oppure, all'opposto, nel senso di un rinvio del loro svolgimento, tendenzialmente fino ad un momento – per definizione difficilmente prefigurabile, specie nella seconda metà di marzo 2020 – in cui l'emergenza sarebbe presumibilmente rientrata, o in qualche modo posta sotto controllo.

Ebbene, nel caso in questione, per tutte le deleghe legislative pendenti, questa alternativa pare essere stata sciolta "in blocco" nel secondo senso. Vista la situazione eccezionale, si è deciso di allungare la tempistica di tutte le deleghe legislative in scadenza (o appena scadute), andando perciò, per tutte o quasi, oltre la pausa estiva. Senza neppure – e questo mi pare l'aspetto più criticabile – tentare di distinguere caso per caso: senza valutare cioè se tale proroga risultasse, ad esempio, superflua, o perché era tutto pronto per completare l'attuazione della delega, o perché si trattava comunque di questione sia tecnicamente sia politicamente non controversa; ovvero se essa apparisse, in altri casi, particolarmente dannosa, ad esempio in quanto rischiava di penalizzare le imprese o di dare origine a procedure di infrazione in sede europea[39]. È evidente, infatti, che la mancata individuazione, nel testo della disposizione, delle deleghe oggetto di proroga o differimento ha escluso in radice ogni possibilità di isolare ed eventualmente escludere alcuni casi dall'applicazione di tale proroga, lasciando perciò interamente nelle mani del Governo l'opzione nel senso di procedere, ove lo ritenga, ad un'attuazione "anticipata" della delega (prorogata).

[39] Emblematico, tra i tanti, può considerarsi il caso dell'attuazione della direttiva UE 2017/1371, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale (termine per il recepimento: 6 luglio 2019). La relativa norma di delega era contenuta nella legge di delegazione europea 2018 (legge 4 ottobre 2019, n. 117: art. 3 e allegato A, n. 4): riferendosi a una direttiva già scaduta, il termine per l'emanazione del decreto legislativo sarebbe stato il 2 febbraio 2020 (3 mesi dall'entrata in vigore della legge di delega, ai sensi dell'art. 31, commi 1 e 3, della legge n. 234 del 2012). Tuttavia, la trasmissione tardiva del relativo schema di decreto legislativo (Atto Governo n. 151, trasmesso il 30 gennaio 2020) ha comportato lo scorrimento "automatico" di tale termine al 2 maggio 2020. Su tale schema il Senato era riuscito ad esprimersi entro il 5 marzo 2020, con il parere della Commissione Giustizia, un parere non ostativo della Commissione Bilancio, e i rilievi della Commissione Politiche dell'Unione europea. Tuttavia, l'iter presso la Commissione Giustizia e la Commissione Politiche dell'Unione europea della Camera non si era ancora concluso e ciò ha comportato l'applicazione della proroga "innominata" che si è qui analizzata, fino al 2 agosto 2020. Ringrazio Giovanni Piccirilli per aver portato questo caso alla mia attenzione.

Si tratta, evidentemente, di un'ulteriore conferma della cessione del "potere di agenda" che sembra aver caratterizzato l'atteggiamento delle Camere di fronte all'esplodere dell'emergenza. Una cessione che è stata incoraggiata, per un verso, dalla decisione, assunta dalle Conferenze dei capigruppo di Camera e Senato appunto tra fine febbraio e inizio marzo, di concentrare i lavori parlamentari sulle sole questioni attinenti il Covid-19 e sulle sue conseguenze economiche, così togliendo alle commissioni permanenti la tradizionale disponibilità del proprio ordine del giorno[40]. E, per altro verso, dalla decisione di non utilizzare la possibilità di lavoro "a distanza" né per l'Assemblea, né per le sedi formali delle commissioni, cui si è invece fatto ricorso in altri ordinamenti[41].

[40] Va peraltro considerato che i pareri sugli schemi di decreto legislativo sono in genere qualificati come "atti dovuti", quindi avrebbero probabilmente potuto essere espressi, seppure con non poche difficoltà logistiche, anche in deroga al criterio della concentrazione dei lavori parlamentari sul COVID-19 (come è accaduto ad esempio nel caso richiamato *supra*, nella nota precedente).

[41] Nel caso in questione, peraltro, sarebbe probabilmente bastato consentire alle commissioni di riunirsi anche con la partecipazione "da remoto" di alcuni parlamentari, che così avrebbero potuto concorrere alla sussistenza del quorum (pari alla metà più uno dei componenti alla Camera; a un terzo dei componenti al Senato). O fors'anche, almeno nei casi non controversi, a consentire alle commissioni di esprimere tali pareri, *nemine contradicente*, anche senza necessità di richiedere la previa verifica del numero legale: ipotesi quest'ultima più agevole da costruire alla Camera; più innovativa, invece, per quel che riguarda il Senato, ove la verifica, in tali casi, avviene sistematicamente ad inizio seduta. Cfr., anche per ulteriori indicazioni, N. LUPO, *Perché non è l'art. 64 Cost. a impedire il voto "a distanza" dei parlamentari. E perché ammettere tale voto richiede una "re-ingegnerizzazione" dei procedimenti parlamentari*, in *Oss. cost.*, 3/2020; e S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, ivi, 12 maggio 2020; e P. MARSOCCI, *Lo spazio digitale dei lavori parlamentari e l'emergenza sanitaria Covid*, in *Consulta online – Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 6 maggio 2020.

IL POTERE "PUNITIVO" DELLE REGIONI*

MARTA PICCHI**

Sommario

1. Premessa. – 2. Il contesto. – 3. Il d.l. n. 6/2020. – 4. Il d.l. n. 19/2020: problemi superati ... – 5. Segue: … e problemi insorti. – 6. Il d.l. n. 33/2020: ulteriori problemi di coordinamento tra fonti. – 7. La produzione regionale di ordinanze contingibili ed urgenti: una prima considerazione. – 8. Ulteriori riflessioni per concludere.

Abstract

The decrees-law adopted by the Government to deal with the epidemiological emergency have introduced a sanctioning regime that has gradually evolved creating some problems of coherence in the system of sources and with constitutional principles. This essay focuses on the problems that have arisen regarding the punitive power of the Regions and carries out some observations in the light of the impressive number of ordinances that the Presidents of the Regions have issued.

Suggerimento di citazione

M. PICCHI, *Il potere "punitivo" delle Regioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il contributo costituisce la rielaborazione dell'intervento tenuto al *webinar* "Le fonti normative dell'emergenza", organizzato dalla *Rivista* e svoltosi il 30 aprile 2020.

** Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze.

Contatto: marta.picchi@unifi.it

© 2007-2020 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIII – Fascicolo speciale/2020
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Premessa

Gli interventi finalizzati al contenimento dell'emergenza epidemiologica hanno dato vita a un'impressionante quantità di atti normativi determinando numerosi problemi sotto il profilo della loro conformità ai principi costituzionali, ma anche della coerenza fra gli stessi, visto che spesso hanno prodotto delle sovrapposizioni o almeno degli intrecci di difficile risoluzione in sede interpretativa.

Questo intervento intende soffermarsi sulle misure sanzionatorie contemplate nel d.l. n. 6/2020 (*Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*)[1], nel d.l. n. 19/2020 (*Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*)[2] e nel d.l. n. 33/2020 (*Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*) rivolgendo l'attenzione allo spazio punitivo riconosciuto alle Regioni e ai problemi insorti.

Dall'esame di una parte delle centinaia di ordinanze emanate dalle Regioni[3], sarà possibile riflettere sul potere punitivo regionale in questo momento di emergenza, ma anche in una prospettiva di più ampio respiro.

2. Il contesto

Prima della riforma del Titolo V della Costituzione[4], la consolidata

[1] Il d.l. n. 6/2020 è stato convertito, con modificazioni, nella l. 5 marzo 2020, n. 13.

[2] Il d.l. n. 19/2020 è stato convertito, con modificazioni, nella l. 22 maggio 2020, n. 35.

[3] Nell'economia di questo intervento, soltanto un numero limitato, ma significativo, di ordinanze regionali potrà essere richiamato.

[4] La dottrina in materia è sicuramente vasta e le indicazioni che seguono non pretendono di essere esaustive: G. VASSALLI, *Sulla potestà punitiva delle Regioni*, in *Giur. cost.*, 1956, p. 587 ss.; F. BRICOLA, *Principio di legalità e potestà normativa penale delle Regioni*, in *Sc. pos.*, 1963, p. 630 ss.; L. PALADIN, *Diritto penale e leggi regionali*, in *Giur. cost.*, 1969, p. 2192 ss.; P. PITTARO, *Osservazioni sulla potestà legislativa penale delle Regioni in relazione al principio di legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1-2/1971, p. 297 ss.; R. BAJNO, *La legge regionale come fonte dei "diritti"*, *ivi*, 2/1975, p. 708 ss.; A. TRAVI, *Il condono edilizio in Sicilia e il limite della materia penale*, in *le Regioni*, 1-2/1987, p. 129 ss.; F. SORRENTINO, *Brevi cenni sulla potestà legislativa delle Regioni in materia penale e sui limiti imposti allo stesso legislatore*, in *Cass. pen.*, 2/1990, I, p. 208 ss.; S. VINCIGUERRA, *Le leggi penali regionali. Ricerca sulla controversa questione*, Giuffrè, Milano, 1974; S. MOCCIA, *Brevi note in tema di riserva di legge statale in materia penale e normativa regionale a tutela dell'ambiente*, in *le Regioni*, 5/1990, p. 1519 ss.; E. MUSCO, *Sistema penale e legge regionale*, in *Giur. cost.*, 3/1990, p. 838 ss.; A. AMBROSI, *Ancora dubbi sui rapporti tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *le Regioni*, 4/1991, p. 1121 ss.; ID., *Spunti (innovativi?) sui limiti della riserva statale in materia penale*, *ivi*, 2/1995, p. 395 ss.; R. BORGONOVO, *Sulla potestà normativa delle regioni in materia penale*, in *Riv. pen.*, 3/1991, p. 244 ss.; B. CARAVITA, *Lo stoccaggio provvisorio di rifiuti tossici e nocivi tra vecchie e nuove direttive comunitarie e principi costituzionali in materia regionale e in materia penale*, in *Giur. cost.*, 3/1993, p. 2143; G. MOR, *Norme penali nelle materie regionali: il monopolio statale deve essere rivisto*, in *Giur. cost.*, 3/1993, p. 1699; C. PIERGALLINI, *Norma penale e leggi regionali: la costruzione del "tipo"*, in E. DOLCINI, T. PADOVANI, F. PALAZZO (a cura di), *Sulla potestà punitiva dello Stato e delle Regioni*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 103 ss.

giurisprudenza costituzionale ha escluso la possibilità per le Regioni di disciplinare la materia penale e ha fondato il monopolio statale, da un lato, sulla generica *ratio* di garanzia sottesa all'art. 25, comma 2, Cost. e, quindi, sulla necessità che le restrizioni siano determinate in base ad una generale e comune valutazione degli interessi della vita sociale che soltanto la legge dello Stato può stabilire e, dall'altro lato, su alcuni principi costituzionali, come quello di uguaglianza (art. 3 Cost.) e di garanzia dell'unità politica dello Stato (art. 5 Cost.), nonché sul divieto di provvedimenti regionali che ostacolino il libero esercizio dei diritti fondamentali (art. 120 Cost.)[5].

La sentenza n. 487/1989 contiene una ricostruzione molto articolata e giunge ad affermare che «il monopolio penale del legislatore statale è fondato sul suo essere rappresentativo della società tutta, "unita per contratto sociale"»[6]. Ne consegue che le Regioni non possono emanare norme penali per «la mancanza di una visione generale dei bisogni e delle esigenze di una intera società»[7].

La riforma costituzionale del 2001[8] è stata intesa dalla Corte costituzionale come una conferma del proprio precedente orientamento sottolineando, però, che la potestà punitiva in materia penale deve essere contenuta nei limiti della non manifesta irragionevolezza, in ossequio al criterio dell'*extrema ratio*, alla stregua del quale «la compressione delle competenze legislative regionali è giustificata quando la legge nazionale sia protesa alla salvaguardia di beni, valori e interessi propri dell'intera collettività tutelabili solo su base egualitaria»[9].

[5] Cfr., *ex plurimis*, Corte cost., sentt. nn. 21/1957, 58/1959, 13/1961, 128/1963, 79/1977, 62/1979, 239/1982, 179/1986, 309/1990.

[6] Cons. dir. p.to 3. In particolare, in questa pronuncia viene compiuta una ricostruzione che si basa su una lettura sistematica dei principi di cui agli artt. 25, comma 2, 3, 5, 13, 24, 27, 112 e 120 della Costituzione.

[7] Cons. dir. p.to 5. In particolare, la Corte parla di statualità a doppio titolo del diritto penale che «postula necessariamente il nascere statuale delle incriminazioni penali. […] Ed infatti, statali sono i particolari interessi e valori tutelati dal ramo penale e statale e il fine perseguito attraverso le incriminazioni: la tutela di tutto l'ordinamento giuridico statale e, così, della vita sociale in libertà, uguaglianza e reciproco rispetto dei soggetti» (cons. dir. p.to 4).

[8] V. M. D'AMICO, *Competenza esclusiva statale in materia penale e riforme del titolo V della Costituzione*, in AA. VV., *Problemi del federalismo*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 311 ss.; A.L. MACCARI, *La riserva di legge statale in materia di "ordinamento penale"*, in L. AMMANNATI, T. GROPPI (a cura di), *La potestà legislativa tra Stato e Regioni*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 65 ss.; G. DI COSIMO, *Regioni e diritto penale*, in *le Regioni*, 6/2004, p. 1307 ss.; A. F. MORONE, *In tema di norme penali e leggi regionali nel nuovo art. 117*, in *Giur. cost.*, 5/2004, p. 3278 ss.; F. PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in *Cass. pen.*, 1/2005, p. 277 ss.; P. BONETTI, *La potestà legislativa in materia penale tra Stato e Regioni*, in C. RUGA RIVA (a cura di), *Ordinamento penale e fonti non statali. L'impatto dei vincoli internazionali, degli obblighi comunitari e delle leggi regionali sul legislatore e sul giudice penale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 265 ss.; M. ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale: leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2008, p. 536 ss.; C. RUGA RIVA, *Diritto penale, Regioni e territorio. Tecniche, funzione e limiti*, Giuffrè, Milano, 2012.

[9] Corte cost., sent. n. 185/2004, cons. dir. p.to 2. Secondo G. DI COSIMO, *Regioni e diritto penale*,

Perciò, l'art. 117, co. II, lett. l), Cost.[10] è stato ritenuto preclusivo per gli interventi diretti del legislatore regionale nella materia penale e, dunque, le Regioni non possono introdurre nuove incriminazioni – né *ex novo* né *per relationem* –, non possono abrogare fattispecie criminose, né possono trasformare queste ultime in illeciti amministrativi. Tuttavia, non ogni questione è risolta perché rimane il problema dei limiti entro i quali la legge regionale possa interferire con la disciplina penale (statale). Difatti, inevitabilmente le Regioni, nell'esercizio della potestà legislativa nelle materie di propria competenza (urbanistica, caccia, ecc.), finiscono coll'imbattersi con la legislazione penale rapportandosi con cause di giustificazione, norme penali parzialmente in bianco, presupposti ed elementi normativi della fattispecie di reato[11].

La Corte costituzionale, nel solco della precedente giurisprudenza, ha confermato[12] la possibilità per la legge regionale di influenzare il diritto penale[13]. In particolare, può concorrere a precisare, *secundum legem*, i presupposti di applicazione delle norme penali statali analogamente alle fonti secondarie statali[14]: ad esempio, laddove la legge statale subordini effetti incriminatori o decriminalizzanti ad atti amministrativi o legislativi regionali, come nel caso delle cosiddette norme penali parzialmente in bianco[15].

Per quanto riguarda il potere sanzionatorio amministrativo, la Corte costituzionale ha invece confermato che spetta al titolare della competenza per materia: dunque, appartiene alle Regioni nelle materie contemplate nell'art. 117, commi 3 e 4, Cost., in base al principio del parallelismo tra disciplina sostanziale e disciplina sanzionatoria amministrativa[16] e dell'autonomia tra disciplina sanzionatoria penale e amministrativa, conseguenza della riserva di legge e del riparto di competenze fra Stato e Regioni[17].

cit., p. 1316, l'affermazione riportata consentirebbe di pensare che la legge regionale possa intervenire con la sanzione penale a tutela di beni compresi nell'ambito del solo territorio regionale. Un siffatto intervento, secondo l'Autore, non comporterebbe lesioni del principio di uguaglianza perché mirato alla tutela di un bene proprio della Regione: ovviamente, pur sempre nel rispetto del criterio dell'*extrema ratio*.

[10] La Corte costituzionale ha chiarito che con l'espressione «ordinamento penale» deve intendersi l'intero «sistema normativo riguardante il diritto sostanziale, giacché la disciplina processuale è enumerata nel primo periodo della stessa lettera l)» (sent. n. 185/2004, cons. dir. p.to 2). C. RUGA RIVA, *Diritto penale, Regioni*, cit., p. 33 ss., critica la ricostruzione della Corte costituzionale.

[11] Cfr. V. NAPOLEONI, *Riserva di legge e norme regionali in materia penale*, in AA. VV., *Libro dell'anno del diritto 2015*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2015, p. 121 ss.

[12] V. F. CONSULICH, *Diritto penale 'locale'? L'efficacia scriminante di norme di liceità di fonte regionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2015, p. 1283 ss.

[13] Cfr. Corte cost., sentt. nn. 504, 213 e 14 del 1991, 185/2004.

[14] In tal senso, si era giù espressa la Corte costituzionale con la sentenza n. 487/1989.

[15] Cfr. Corte cost., sentt. nn. 63/2012 e 46/2014. Su quest'ultima, si veda C. RUGA RIVA, *Diritto penale e leggi regionali in un'importante sentenza della Corte costituzionale*, in *DPC*, 21 marzo 2014.

[16] Cfr. Corte cost., sentt. nn. 361/2003 e 271/2012.

[17] Cfr. Corte cost., sentt. nn. 196/2004, 183/2006 e 70/2020. Per quanto riguarda il rapporto fra

3. Il d.l. n. 6/2020

In questo contesto, il d.l. n. 6/2020 ha suscitato perplessità che la dottrina[18] ha prontamente evidenziato: difatti, costituiva una base legale di dubbia tenuta rispetto ai provvedimenti successivi, a partire dal fatto che si riferiva a situazioni locali e non all'intero territorio nazionale[19].

L'elenco delle misure di contenimento (art. 1, comma 2) che le autorità competenti (indicate così genericamente) potevano adottare era puramente esemplificativo. Inoltre, alle medesime autorità era attribuito il potere di adottare misure ulteriori per prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 (art. 2). Tutte queste misure venivano adottate con uno o più dPCM su proposta del Ministro della salute, sentito il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri Ministri competenti per materia, nonché i Presidenti delle Regioni competenti, nel caso in cui riguardassero esclusivamente una sola Regione o alcune specifiche Regioni, ovvero il Presidente della Conferenza dei Presidenti delle Regioni, nel caso in cui riguardassero il territorio nazionale (art. 3, comma 1)

Inoltre, l'art. 3, comma 2, d.l. n. 6/2020, aggiungeva che «[n]elle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 1, nei casi di estrema necessità ed urgenza le misure di cui agli articoli 1 e 2 possono essere adottate ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, dell'articolo 117 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, e dell'articolo 50 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267»[20]. Evidentemente era

sanzione penale statale e sanzione amministrativa regionale, la l. n. 689/1981 ha stabilito la prevalenza della prima sulla seconda (art. 9, comma 2). Sulle problematiche interpretative e applicative di questa norma, anche alla luce delle ricostruzioni giurisprudenziali, si vedano: E. DOLCINI, *Sub art. 9*, in E. DOLCINI, A. GIARDA, F. MUCCIARELLI, C.E. PALIERO, E. RIVA CRUGNOLA (a cura di), *Commentario delle «Modifiche al sistema penale»*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 61 ss.; A. DI MARTINO, *Dalla «campana senza battaglio» al concorso di norme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1020 ss.; L. ANTONINI, *Le sanzioni amministrative regionali: profili ricostruttivi e aspetti problematici*, in *le Regioni*, 1/1997, p. 31 ss.; D.M. TRAINA, *La riforma del sistema sanzionatorio amministrativo (note minime sui profili non penalistici della sanzione pecuniaria depenalizzata alla luce del d.lgs 30 dicembre 1999, n. 507)*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2001, p. 353 ss.; F. PELLIZZER, E. BURANELLO, *Disciplina sulle sanzioni amministrative ed ambito di applicazione*, in A. CAGNAZZO, S. TOSCHEI (a cura di), *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 3 ss.; M. COLUCCI, D. DIMA, *Il principio di specialità*, *ivi*, p. 353 ss.; P. BERNARDONI, *Il concorso tra reato e illecito amministrativo di fonte regionale alla prova del* ne bis in idem *convenzionale*, in *DPC*, 6/2018, p. 153 ss.

[18] Cfr. G.L. GATTA, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in *SP*, 16 marzo 2020.

[19] Per una parziale diversa ricostruzione, si veda C. RUGA RIVA, *La violazione delle ordinanze regionali e sindacali in materia di coronavirus: profili penali*, in *SP*, 3/2020, p. 231 ss. (spec. p. 232).

[20] Secondo C. RUGA RIVA, *La violazione delle ordinanze regionali e sindacali*, cit., p. 237, l'art. 3, comma 2, d.l. n. 6/2020, sembrava creare un vero e proprio obbligo in capo alle autorità competenti di adottare misure di contenimento del rischio sanitario. Difatti, i Presidenti di Regione e i Sindaci, date certe condizioni, erano tenuti a emanare le ordinanze necessarie per non incorrere nella

stata valutata l'opportunità di strumenti che consentissero di intervenire celermente e dal basso per soddisfare le differenti esigenze presenti sul territorio[21]: tuttavia, le ordinanze regionali potevano essere emanate soltanto prima dell'intervento statale ed erano destinate a perdere efficacia al sopraggiungere di queste ultime[22]. In sostanza, ciò che si voleva evitare era che il potere di ordinanza regionale potesse coprire spazi già regolati dallo Stato per evitare di creare confusione nei destinatari delle misure attraverso una copiosa produzione *extra ordinem*[23].

L'art. 3, comma 4, d.l. n. 6/2020, stabiliva che «[s]alvo che il fatto non costituisca più grave reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è punito ai sensi dell'articolo 650 del codice penale».

Il richiamo contenuto nel d.l. n. 6/2020 (e, talvolta, nei dPCM e nelle ordinanze regionali) all'art. 650 c.p.[24] era soltanto *quoad poenam* per rendere applicabile una sanzione penale ai trasgressori[25]: questa scelta sembra dettata dalla convinzione che, in situazioni di particolare allarme sociale, la minaccia in sé di una sanzione penale possa avere una maggiore efficacia rispetto alla minaccia di una sanzione amministrativa[26]. Nondimeno, l'efficacia deterrente della sanzione era discutibile perché si trattava pur sempre di una contravvenzione oblabile, *ex* art. 162 *bis* c.p., con il pagamento di 103 euro oltre le spese del

responsabilità penale, *ex* art. 40, comma 2, c.p., a meno che altre autorità di livello superiore non avessero già adottato misure adeguate a coprire anche il contesto locale.

[21] Cfr. C. RUGA RIVA, *La violazione delle ordinanze regionali e sindacali*, cit., p. 238 ss.

[22] Cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, p. 109 ss. (spec. p. 134).

[23] Cfr. G. BOGGERO, *Le "more" dell'adozione dei dpcm sono "ghiotte" per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19*, in *Dir. reg.*, 1/2020, p. 361 ss. (spec. p. 363), secondo il quale l'art. 3, comma 2, d.l. n. 6/2020 non si riferiva a un singolo dPCM ma a una pluralità. Di conseguenza, le ordinanze regionali erano cedevoli di fronte ai successivi dPCM che disciplinassero in maniera contrastante la medesima fattispecie; invece, laddove il contrasto non sussisteva e la disciplina regionale fosse stata più restrittiva, trovava applicazione il principio di specialità. Nello stesso senso sono M. BORGATO, D. TRABUCCO, *Brevi note sulle ordinanze contingibili ed urgenti: tra problemi di competenza e cortocircuiti istituzionali*, in *dirittifondamentali.it*, 24 marzo 2020.

[24] Cfr. F. BASILE, *Sub art. 650*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, Wolters Kluver, Assago, 2015, t. III, p. 1380 ss.

[25] Cfr. L. MAZZANTI, A. CIMMINO, *Violazione delle prescrizioni in tema di contenimento dell'epidemia da Covid-19: da contravvenzione a illecito amministrativo*, in *ilpenalista*, 27 marzo 2020. Di diverso avviso è B. ROMANO, *Il reato di inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità al tempo del Coronavirus*, *ivi*, 16 marzo 2020, secondo il quale, invece, il decreto-legge in questione avrebbe ricondotto la violazione delle misure di contenimento nell'ambito della fattispecie di reato contemplata nell'art. 650 c.p.

[26] Cfr. G. PIGHI, *La trasgressione delle misure per contrastare il coronavirus: tra problema grave e norma penale simbolica*, in *Leg. pen.*, 20 marzo 2020, p. 3 ss.; D. PIVA, *Il diritto penale ai tempi del coronavirus: troppo su inosservanza e poco su carcere*, in *Arch. pen.*, 1/2020, p. 4 ss.; D. CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs. modelli precauzionali*, in *Leg. pen.*, 10 maggio 2020.

procedimento[27].

L'art. 3, comma 4, d.l. n. 6/2020 conteneva dunque una norma penale in bianco, potendo le ordinanze regionali e sindacali riempire di contenuto il precetto penale: quest'ultimo risultava cioè plasmabile *in toto* dalla fonte locale, vista l'assenza nella fonte primaria della descrizione dei modi e limiti di integrazione. Difatti, il d.l. si limitava ad ammettere ulteriori misure rispetto a un elenco a carattere esemplificativo, indicando quale criterio finalistico il contenimento e la gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica.

In altre parole, mancavano i necessari parametri cui vincolare l'intervento integrativo[28] proprio perché, secondo la giurisprudenza costituzionale e come già detto, l'eterointegrazione da parte di fonti secondarie e regionali deve comunque essere *secundum legem*. Quindi, tale d.l. poneva problemi con la riserva di legge e il principio di determinatezza, *ex* art. 25, comma 2, Cost., e con l'art. 117, comma 2, lett. l.), Cost., poiché il precetto regionale avrebbe coinciso *in toto* con il senso del divieto penale, determinando un'inammissibile lesione della potestà legislativa penale dello Stato, come accade ogni volta che si sia in presenza di norme penali totalmente in bianco[29].

4. Il d.l. n. 19/2020: problemi superati …

Opportunamente, il d.l. n. 19/2020 ha operato (creando alcune difficoltà interpretative e applicative) una profonda riorganizzazione delle competenze nell'adozione dei provvedimenti finalizzati al contenimento del rischio epidemiologico, riordinando così il quadro normativo stratificato e frammentato che si era creato[30].

[27] Cfr. A.R. CASTALDO, F. COPPOLA, *Profili penali del Decreto-legge n. 19/2020 "Coronavirus": risolto il* rebus *delle sanzioni applicabili?*, in *Arch. pen.*, 1/2020, p. 1 ss. (spec. p. 3).

[28] Cfr. C. RUGA RIVA, *La violazione delle ordinanze regionali e sindacali*, cit., p. 239.

[29] Invece, D. PIVA, *Il diritto penale ai tempi del coronavirus*, cit., p. 4, ha osservato come, a fronte di uno stato di necessità caratterizzato da un'emergenza mondiale e da incertezza dovuta alla mancanza di conoscenze tecnico-scientifiche, fra l'altro, in continua evoluzione, l'indeterminatezza possa trovare una sufficiente ragionevolezza nella prospettiva del necessario bilanciamento degli interessi da tutelare, purché vi sia un'immediata riespansione delle garanzie appena sia stata verificata l'adeguatezza e la proporzionalità delle singole misure al rischio effettivamente presente, secondo quanto è accaduto, in sostanza, con il successivo d.l. n. 19/2020. A questo proposito, si veda anche G. AZZARITI, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal Covid-19*, in *Quest. giust.*, 27 marzo 2020.

[30] Questa soluzione era stata auspicata dalla dottrina: cfr. G.L. GATTA, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale*, cit. L'Autore, commentando il d.l. n. 6/2020, ha sottolineato come sarebbe stato preferibile presidiare le misure di contenimento del contagio contemplando illeciti amministrativi punitivi, evitando, cioè, di gravare ulteriormente il sistema della giustizia penale. Nello stesso senso è anche A. NATALE, *Il decreto-legge n. 19 del 2020: le previsioni sanzionatorie*, in *Quest. giust.*, 28 marzo 2020. R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive*, in *SP*, 24 aprile 2020, parla di «errore frutto di una svista»

Scopo della riforma che ha portato a un'impropria depenalizzazione[31] della gran parte delle violazioni delle misure di contenimento è stato però anche quello di rendere la risposta punitiva più tempestiva e certa, in maniera tale da ottenere reali effetti deterrenti[32], giacché l'entità di una sanzione amministrativa pecuniaria può avere una maggiore capacità dissuasiva rispetto a una sanzione penale di lieve entità. Non a caso, prima dell'entrata in vigore di questo nuovo decreto-legge, la Regione Lombardia aveva introdotto la sanzione amministrativa di 5.000 euro per i contravventori al divieto di assembramento[33].

Anzitutto, l'art. 2, d.l. n. 19/2020, disciplina le forme e le procedure finalizzate all'adozione dei provvedimenti che dispongono le misure di contenimento individuate in un elenco chiuso (art. 1, comma 2), accentrandole in capo alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, per mezzo di dPCM, su iniziativa del Ministro della salute o dei Presidenti delle Regioni, sentiti alcuni Ministri e, «di norma», il comitato scientifico insediato presso il Dipartimento della Protezione civile per quanto concerne la valutazione di adeguatezza e proporzione delle misure stesse.

Nelle more dell'adozione dei dPCM e con efficacia limitata fino a tale momento, possono provvedere il Ministro della salute, a mezzo ordinanza, *ex* art. 32, l. n. 833/1978, nei casi di «estrema necessità e urgenza» (art. 2, comma 2) e le Regioni, tramite ordinanza contingibile e urgente, per misure ulteriormente

al quale poi il Governo ha posto rimedio. R. CHERCHI, A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria covid-19: prime riflessioni*, in *Dir. reg.*, 1/2020, p. 648 ss. (spec. p. 669 ss.) osservano come i decreti-legge adottati per contenere l'epidemia, pur delineando una trama normativa chiara e coerente nelle sue finalità, non siano riusciti a mantenere i poteri di ordinanza regionale e comunale entro i limiti individuati.

[31] G.L. GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci ed ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19*, in *SP*, 26 marzo 2020, spiega che si tratta di un'impropria depenalizzazione perché non vi è stata la trasformazione di una contravvenzione in illecito amministrativo, bensì l'abolizione di un reato e l'introduzione, in sostituzione, di un illecito amministrativo e un delitto, configurati in maniera differente rispetto alla contravvenzione.

[32] Cfr. A. BERNARDI, *Il diritto penale alla prova della COVID-19*, in *Dir. pen. proc.*, 4/2020, p. 441 ss.

[33] Cfr. l'ordinanza del Presidente della Regione Lombardia n. 514 del 21 marzo 2020 (*Ulteriori misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. Ordinanza ai sensi dell'art. 32, comma 3, della legge 23 dicembre 1978, n. 833 in materia di igiene e sanità pubblica: limitazione degli spostamenti su tutto il territorio regionale*).

restrittive[34] «rispetto a quelle attualmente vigenti»[35], tra quelle rientranti nell'art. 1, comma 2, «in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso […] esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale» (art. 3, comma 1)[36]. In altri termini, oltre a prevedere una casistica tassativa delle misure di contenimento, si ribadisce la centralità della competenza statale cercando di contenere quella delle Regioni e ponendo il divieto per i Sindaci di adottare ordinanze contingibili e urgenti in contrasto con le misure statali[37] e regionali[38] o al difuori delle proprie competenze (art. 3, comma 2)[39].

Dopodiché, l'art. 4 prevede un nuovo illecito amministrativo – a carattere sussidiario dal momento che il primo comma lo contempla salvo che il fatto costituisca reato[40] – che senz'altro consente un'accelerazione del procedimento e una maggiore efficacia dissuasiva, vista l'immediatezza della contestazione e applicazione della sanzione e, quindi, un'effettività ben superiore rispetto alla

[34] Secondo F. CINTIOLI, *Sul regime del* lockdown *in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *federalismi.it*, 6 aprile 2020, il riordino operato da questo decreto-legge è opportuno anche se, forse, ha introdotto limitazioni troppo puntuali e dettagliate per il potere di ordinanza regionale poiché potrebbe nascere, ad esempio, la necessità di intervenire non per l'aggravamento del rischio sanitario ma per realizzare una migliore organizzazione delle strutture ospedaliere a rischio sanitario invariato oppure per provvedere a situazioni di aggravamento del rischio di povertà o, comunque, per porre in essere misure necessarie ma che non introducono ulteriori restrizioni.

[35] Questa precisazione è stata introdotta, in sede di conversione, dall'art. 1, comma 1, l. n. 35/2020.

[36] L'ultimo comma stabilisce poi che le disposizioni ora indicate si applicano anche agli atti posti in essere per ragioni di sanità in forza dei poteri attribuiti da ogni disposizione di legge previgente. In particolare, il riferimento è all'art. 32, l. n. 833/1978, all'art. 117, d.lgs. n. 112/1998 e al d.lgs. n. 1/2018: normative di carattere generale che, secondo quanto stabilito dal d.l. in commento, non possono essere invocate dalle Regioni per superare i limiti al potere di ordinanza regionale finalizzato a contrastare la diffusione dell'epidemia Covid-19.

[37] Il divieto per i Sindaci di adottare ordinanze in contrasto con le misure statali era già stato precisato nell'art. 35, d.l. n. 9/2020 (*Misure urgenti di sostengo per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*).

[38] L'estensione del divieto rispetto anche alle misure regionali è avvenuta ad opera della l. n. 35/2020.

[39] Cfr. L. DELLA RAGIONE, *Emergenza coronavirus e diritto punitivo: un quadro di insieme delle responsabilità penali*, in *ilpenalista*, 14 aprile 2020, il quale osserva come, con questo intervento, sia stata ricomposta la frattura con la riserva di legge prodotta dal d.l. n. 6/2020.

[40] Fra l'altro tale previsione va letta congiuntamente al comma 6 del medesimo articolo che introduce una nuova fattispecie di reato: infatti, si prevede che «[s]alvo che il fatto costituisca violazione dell'articolo 452 del codice penale o comunque più grave reato, la violazione della misura di cui all'articolo 1, comma 2, lettera e), è punita ai sensi dell'articolo 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, Testo unico delle leggi sanitarie come modificato dal comma 7». Al riguardo, si rinvia a A.R. CASTALDO, F. COPPOLA, *Profili penali del Decreto-legge n. 19/2020*, cit., p. 1 ss. (spec. p. 7 ss.). La l. 35/2020, di conversione del d.l. 19/2020, ha introdotto alcune modifiche relativamente alla quarantena penalmente rilevante, di cui dà conto G.L. GATTA, *Misure di contenimento del COVID-19 e sanzioni: convertito in legge (n. 35/2020), con modificazioni, il d.l. 19/2020*, in *SP*, 25 maggio 2020.

sanzione penale[41].

In sostanza, è stato introdotto un modello sanzionatorio «a gravità crescente»[42] che utilizza l'illecito amministrativo per le violazioni alle misure di contenimento[43], giovandosi della celerità nell'irrogazione della sanzione e dell'efficacia deterrente, vista la ricaduta economica (la sanzione è compresa fra 400 e 3.000 euro)[44], nell'intento di garantire maggiormente la loro effettività. Inoltre, in certi casi, possono aggiungersi la sanzione accessoria della chiusura dell'esercizio o dell'attività da 5 a 30 giorni e l'inasprimento dell'importo per chi reiteri le violazioni o le commetta utilizzando un veicolo.

5. Segue: … problemi insorti

L'art. 4, comma 8, d.l. n. 19/2020, introduce un regime transitorio per non lasciare impuniti gli autori delle violazioni commesse durante la vigenza del precedente decreto-legge. Infatti, stabilisce che «le sanzioni amministrative si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore del presente decreto, ma in tali casi le sanzioni amministrative sono applicate nella misura minima ridotta alla metà». La "sostituzione" delle sanzioni penali con quelle amministrative determinerà, perciò, l'archiviazione dei (numerosi) procedimenti avviati – data l'intervenuta *abolitio criminis* – e la conseguente trasmissione degli atti all'autorità competente[45].

Tuttavia, vi sono delle perplessità sul fatto che la sanzione amministrativa, anche alla luce della recente giurisprudenza costituzionale, sia effettivamente il regime punitivo più favorevole: dunque, quello della pena è un nodo da dover sciogliere[46].

La Corte costituzionale ha avuto modo di precisare che l'applicazione retroattiva del trattamento sanzionatorio risultante da un intervento di depenalizzazione non contrasta con l'art. 25, comma 2, Cost. se risulta concretamente più favorevole rispetto a quello previsto dalla disciplina penale vigente al tempo della commissione del fatto. Al contrario, una norma transitoria che imponga di applicare retroattivamente le nuove sanzioni amministrative punitive, quando comportino un trattamento più sfavorevole, contrasta con la

[41] Cfr. G.L. GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza*, cit.

[42] A.R. CASTALDO, F. COPPOLA, *Profili penali del Decreto-legge n. 19/2020*, cit., p. 1 ss. (spec. p. 3).

[43] Cfr. C. CUPELLI, *Emergenza Covid-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, in *SP*, 30 marzo 2020.

[44] Il massimo edittale della sanzione amministrativa pecuniaria è stato abbassato a 1.000 euro dalla l. n. 35/2020 di conversione del d.l. n. 19/2020 (*infra*, § 6).

[45] Cfr. D. PIVA, *Il diritto penale ai tempi del coronavirus*, op. cit., p. 10.

[46] Diffusamente, A.R. CASTALDO, F. COPPOLA, *Profili penali del Decreto-legge n. 19/2020*, cit., p. 6 ss.

richiamata previsione costituzionale[47]. In altri termini, non si deve dare per scontato il carattere più favorevole della legge di depenalizzazione[48].

Questo è il senso anche di una recentissima pronuncia della Corte costituzionale[49], con la quale è stato ribadito che, in caso di successione di una norma sanatoria amministrativa a una norma penale, la previsione dell'applicazione retroattiva delle nuove sanzioni è di solito compatibile con la Costituzione perché normalmente implica l'applicazione di un trattamento più mite rispetto a quello previsto al momento del compimento del fatto. Inoltre, la sanzione penale, a differenza di quella amministrativa, si caratterizza per la sua incidenza, attuale o potenziale, sul bene della libertà personale anche in caso di pena pecuniaria, poiché quest'ultima può essere convertita, in caso di mancata esecuzione, in sanzioni limitative della medesima libertà. A ciò si aggiunga che la pena possiede un connotato speciale di stigmatizzazione, sul piano etico-sociale, del comportamento illecito, che invece difetta alla sanzione amministrativa.

La Corte ha però ribadito che questa presunzione è soltanto relativa, rimanendo aperta la possibilità di dimostrare che il nuovo trattamento sanzionatorio amministrativo previsto dalla legge di depenalizzazione è in concreto più gravoso di quello previgente perché, altrimenti, la disposizione transitoria che ne prevedesse l'indefettibile applicazione ai fatti pregressi si porrebbe in contrasto con gli artt. 25, comma 2, e 117, comma 1 (in rapporto all'art. 7 CEDU), della Costituzione.

In questa occasione, la Corte costituzionale si è pronunciata per l'inammissibilità della questione perché il giudice rimettente – al quale spettava argomentare il carattere più gravoso della sanzione amministrativa introdotta[50] – si era limitato ad affermare che la vecchia pena dell'ammenda, diversamente dalla nuova sanzione amministrativa pecuniaria, poteva essere "neutralizzata" per mezzo di una serie di istituti, atti a produrre l'estinzione del reato o della pena o la non punibilità dell'agente, omettendo però di fornire un'adeguata motivazione con riferimento alla concreta applicabilità dei singoli istituti invocati per il caso di specie[51].

Perciò, nel nostro caso, il problema è stabilire quale sia il regime punitivo più favorevole fra la sanzione dell'art. 650 c.p. e quella amministrativa di 200 euro. Secondo la prevalente dottrina, la disciplina introdotta sarebbe

[47] Cfr. Corte cost., sentt. nn. 68/2017 e 223/2018.

[48] Cfr. G.L. GATTA, *Non sempre 'depenalizzazione' equivale a 'mitigazione'. La Corte costituzionale sull'irretroattività delle sanzioni amministrative 'punitive' più sfavorevoli di quelle penali (a proposito della confisca per equivalente per l'insider trading secondario)*, in *DPC*, 13 dicembre 2018.

[49] Cfr. Corte cost., sent. n. 96/2020.

[50] Cfr. cons. dir. p.to 5.5.

[51] Cfr. cons. dir. p.to 5.6.

comunque più favorevole, in astratto, anche perché l'estinzione per oblazione (con la residua ammenda di 103 euro) non è automatica[52] bensì discrezionale e sottoposta a limitazioni di natura soggettiva e oggettiva.

In realtà, la recente pronuncia della Corte costituzionale lascia intendere che proprio l'esistenza di istituti in grado di determinare l'estinzione del reato – come l'oblazione – possa portare a ritenere una sanzione amministrativa meno favorevole di quella penale e, dunque, il problema non può essere ritenuto inesistente (si tratterà di vedere se si presenteranno dei casi pratici).

Altri dubbi riguardano la previsione di una sanzione fissa di 200 euro: si pongono, cioè, dei problemi di conformità ai principi di uguaglianza e di proporzione poiché la medesima sanzione è comminata per violazioni di differente gravità[53].

Invece, il problema della retroattività della nuova sanzione amministrativa accessoria della chiusura dell'esercizio o dell'attività – che sembrerebbe ricompresa dal generico riferimento alle sanzioni amministrative, contenuto nella disposizione transitoria – pare agevolmente superabile operando un'interpretazione conforme a Costituzione che, andando oltre la lettera dell'art. 4, comma 8, d.l. n. 19/2020, ne escluda l'applicazione[54].

6. Il d.l. n. 33/2020: ulteriori problemi di coordinamento tra fonti

L'ingresso nella cosiddetta "fase 2" è stato segnato, anzitutto, dall'emanazione del d.l. n. 33/2020 che, oltre ad adeguare le misure di contenimento del *virus* e le correlate limitazioni dei diritti e delle libertà fondamentali in ragione del progressivo miglioramento della situazione epidemiologica, introduce una disciplina sanzionatoria, in caso di inosservanza, autonoma rispetto a quella del d.l. n. 19/2020[55]. Quest'ultimo non è, comunque, venuto meno e, anzi, costituisce una base di riferimento del nuovo provvedimento d'urgenza sotto molteplici aspetti.

Il nuovo decreto-legge ha così delineato il quadro normativo all'interno del quale, con appositi decreti od ordinanze, statali, regionali o comunali, potranno essere disciplinati gli spostamenti delle persone fisiche, nonché le modalità di svolgimento delle attività economiche, produttive e sociali. Dal 18 maggio 2020 hanno cessato di avere effetto tutte le misure limitative della circolazione all'interno del territorio regionale, introdotte in base agli artt. 2 e 3 del d.l. n. 19/2020. Tuttavia, è prevista la possibilità che vengano nuovamente

[52] Cfr. D. PIVA, *Il diritto penale ai tempi del coronavirus*, op. cit., p. 10, e A.R. CASTALDO, F. COPPOLA, *Profili penali del Decreto-legge n. 19/2020*, cit., p. 6 ss.

[53] In tal senso è G.L. GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza*, cit.

[54] Cfr. G.L. GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza*, cit.

[55] V. G.L. GATTA, *Emergenza COVID-19 e "fase 2": misure limitative e sanzioni nel d.l. 16.5.2020, n. 33 (nuova disciplina della quarantena)*, in *SP*, 18 maggio 2020.

adottate o reiterate (*ex* artt. 2 e 3, d.l. n. 19/2020), limitatamente a specifiche aree del territorio interessate dal particolare aggravamento della situazione epidemiologica (art. 1, comma 1).

Trova conferma il ruolo sussidiario delle Regioni: difatti, l'art. 1, comma 16, d.l. n. 33/2020, affida loro il compito – per garantire lo svolgimento in condizioni di sicurezza delle attività economiche produttive e sociali – di monitorare giornalmente l'andamento della situazione epidemiologica e delle condizioni di adeguatezza del sistema sanitario regionale. Di conseguenza, viene consentito loro, nelle more dell'adozione dei dPCM e informando il Ministro della salute, di introdurre misure derogatorie, ampliative o restrittive, rispetto a quelle contemplate nell'art. 2, d.l. n. 19/2020.

La possibilità di introdurre, adesso, anche misure ampliative è giustificata sia da un progressivo miglioramento della situazione epidemiologica sia dall'intento di arginare il rischio di un'inevitabile crescente contenzioso fra Stato e Regioni: problema che iniziava a prospettarsi[56] rischiando, così, di inasprire i loro rapporti in un periodo di ancora grande difficoltà[57].

Sotto il profilo sanzionatorio, l'art. 2, d.l. n. 33/2020 ribadisce la scelta di fondo del precedente decreto-legge: le sanzioni amministrative valgono per la generalità delle violazioni delle misure adottate in base alla nuova disciplina, mentre la sanzione penale è riferita all'inosservanza della sola misura della quarantena del soggetto positivo al *virus*. La sanzione amministrativa, in caso di violazione della disposizione del d.l. n. 33/2020, delle disposizioni dei dPCM, delle ordinanze del Ministero della salute e delle ordinanze regionali (attuative del d.l. n. 33/2020), è quella contemplata nell'art. 4, comma 1, d.l. n. 19/2020. Si aggiunge, nel caso in cui la violazione sia commessa nell'esercizio di un'attività di impresa, la sanzione amministrativa accessoria della chiusura dell'esercizio da cinque a trenta giorni.

Pochi giorni dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 33/2020, il d.l. n. 19/2020 è stato convertito, con modificazioni, nella l. 22 maggio 2020, n. 35.

Relativamente all'illecito amministrativo, il massimo edittale della sanzione amministrativa pecuniaria è stato ridotto a 1.000 euro. La nuova sanzione amministrativa si riferisce anche all'illecito amministrativo contemplato nel d.l. n. 33/2020, poiché è da ritenere che quello contenuto nell'art. 2, comma 1, sia un rinvio mobile all'art. 4, comma 1, d.l. n. 19/2020.

[56] Il riferimento è all'ordinanza del Presidente della Regione Calabria n. 37, del 29 aprile 2020 (*Ulteriori misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. Ordinanza ai sensi dell'art. 32, comma 3, della legge 23 dicembre 1978, n. 833 in materia di igiene e sanità pubblica: Disposizioni relative alle attività di ristorazione e somministrazione di alimenti e bevande, attività sportive e amatoriali individuali e agli spostamenti delle persone fisiche nel territorio regionale*).

[57] Cfr. A. ROMANO, *I rapporti tra ordinanze sanitarie regionali e atti statali normativi e regolamentari al tempo del Covid-19*, in *federalismi.it*, 20 maggio 2020.

Si pone il problema se il nuovo limite edittale più favorevole sia applicabile – tanto nel caso dell'illecito amministrativo contemplato nel d.l. n. 19/2020 quanto nel caso di quello del d.l. n. 33/2020 – anche ai fatti commessi antecedentemente all'entrata in vigore di quest'ultimo. Tuttavia, tenuto conto dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di sanzioni amministrative punitive e dell'avvenuto riconoscimento del principio di retroattività della *lex mitior*, sembrerebbe che la risposta debba essere in senso positivo[58].

7. La produzione regionale di ordinanze contingibili ed urgenti: una prima considerazione

Il numero impressionante di ordinanze contingibili e urgenti che i Presidenti delle Regioni hanno emanato[59], in seguito all'adozione dei decreti-legge nn. 6 e 19 del 2020 (e sembrerebbe anche dopo il d.l. n. 33/2020), suscita alcune riflessioni.

Le Regioni hanno saputo svolgere il loro ruolo – talvolta, con grande prudenza[60] – nel senso che hanno dimostrato di saper intervenire tempestivamente a fronte dell'evolversi della situazione epidemiologica e delle conseguenti necessità[61] sperimentando soluzioni ritenute, poi, valide per l'intero territorio nazionale[62], tanto da essere recepite nei dPCM.

Tuttavia, vi sono numerosi altri casi in cui le ordinanze si sono sovrapposte ai dPCM, creando conseguenti problemi di legittimità e di disorientamento per i destinatari, oppure hanno introdotto misure che non appaiono funzionali al

[58] Cfr. G.L. GATTA, *Emergenza COVID-19 e "fase 2"*, cit.

[59] Le ordinanze regionali sono consultabili sul sito *http://www.regioni.it/protezione-civile/2020/03/31/coronavirus-ordinanze-regionali-al-31032020-608461/*.

[60] Il riferimento è all'ordinanza del Presidente della Regione Marche n. 1 del 25 febbraio 2020 (*Misure in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*), mediante la quale venivano disposte delle misure di contenimento quando ancora non vi erano dei contagiati, ponendosi così in contrasto con il d.l. n. 6/2020. In realtà, la vicenda si è sviluppata in maniera ben più articolata: per una compiuta ricostruzione si rinvia a G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *La gestione dell'emergenza coronavirus tra Stato e Regioni: il caso Marche*, in *BioDiritto*, 16 marzo 2020. In ogni caso, il TAR Marche ha accolto l'istanza cautelare ritenendo che la Regione non potesse derogare in senso restrittivo rispetto ai criteri enunciati nel decreto-legge.

[61] Basti pensare alla già ricordata ordinanza della Lombardia n. 514 del 21 marzo 2020 e a quella di pari data, n. 34 del Presidente della Regione Piemonte (*Ulteriori misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. Ordinanza ai sensi dell'art. 32, comma 3, della legge 23 dicembre 1978, n. 833 in materia di igiene e sanità pubblica*) che hanno introdotto misure più restrittive rispetto a quanto previsto nel dPCM 22 marzo 2020, in ragione proprio dell'estesa diffusione del contagio in queste Regioni.

[62] Molte delle misure contemplate nell'ordinanza n. 514 della Lombardia, ad esempio la chiusura delle aree verdi, sono poi state recepite dal d.l. n. 19/2020 ed estese all'intero territorio dal dPCM 10 aprile 2020, che ha tenuto conto anche dei contenuti dell'ordinanza n. 521 del 4 aprile 2020 (*Ulteriori misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. Ordinanza ai sensi dell'art. 32, comma 3, della legge 23 dicembre 1978, n. 833 in materia di igiene e sanità pubblica e dell'art. 3 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19*).

contenimento del rischio sanitario: il riferimento è alla nota vicenda dell'ordinanza del Presidente della Regione Campania n. 15, del 13 marzo 2020 (*Ulteriori misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. Ordinanza ai sensi dell'art. 32, comma 3, della legge 23 dicembre1978, n. 833 e dell'art. 50 TUEL*)[63].

La produzione regionale di ordinanze contingibili ed urgenti non si è placata neppure dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 19/2020: i Presidenti delle Regioni hanno emanato nuove ordinanze, spesso riproducendo i contenuti di alcuni loro precedenti interventi o dei dPCM. Non solo, talvolta, hanno introdotto anche nuove misure più restrittive rispetto ai dPCM vigenti in quel momento[64], che non sempre appaiono riconducibili nell'elenco dell'art. 1, comma

[63] In particolare, l'ordinanza poneva misure più restrittive per il diritto di circolazione rispetto a quelle previste a livello nazionale dai dPCM e stabiliva che la «trasgressione degli obblighi di cui alla presente ordinanza comporta, altresì, per l'esposizione al rischio contagio del trasgressore, l'obbligo di segnalazione al competente Dipartimento di prevenzione dell'ASL e l'obbligo immediato per il trasgressore medesimo di osservare la permanenza domiciliare con isolamento fiduciario, mantenendo lo stato di isolamento per 14 giorni, con divieto di contatti sociali e di rimanere raggiungibile per ogni eventuale attività di sorveglianza» (punto 5). La particolarità del caso sta nel fatto che – a differenza di quanto previsto in altre ordinanze regionali (ad esempio, del Presidente della Regione Lazio nn. 2 del 26 febbraio 2020, *Misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica COVID-19. Ordinanza ai sensi dell'art. 32, comma 3, della legge 23 dicembre 1978, n. 833 in materia di igiene e sanità pubblica*, e 4 dell'8 marzo 2020, *Ordinanza ai sensi dell'art. 32, comma 3, della legge 23 dicembre 1978, n. 833 in materia di igiene e sanità pubblica indirizzate alle persone provenienti dalle zone indicate dal dPCM 8 marzo 2020 e rientranti nella Regione Lazio e ulteriori misure di prevenzione*) o nello stesso dPCM 8 marzo 2020, art. 1, comma 1, lett. c) – la misura della quarantena non sembrava finalizzata alla prevenzione del contagio e a tutelare la salute di terzi. Aveva piuttosto una finalità afflittiva giacché il trasgressore non necessariamente rientrava fra i malati o i contagiati asintomatici ed era sottoposto a queste limitazioni solo per aver violato il divieto di "passeggiata". Nondimeno, il TAR Campania ha rigettato l'istanza di misure cautelari ritenendo giustificato il potere di ordinanza regionale perché la n. «15/2020 richiama plurime disposizioni legislative che fondano la base legale del potere di adozione di misure correlate a situazioni regionalmente localizzate, il che esclude ogni possibile contrasto di dette misure con quelle predisposte per l'intero territorio nazionale», tenuto conto dell'estrema gravità ed urgenza dovuta all'intensificarsi dei contagi nella Regione nonostante le precauzioni adottate in precedenza: TAR Campania (Napoli), sez. V, decreto 24 marzo 2020, n. 471. Al riguardo, si vedano le critiche di V. BALDINI, *Emergenza sanitaria nazionale e potere di ordinanza regionale. Tra problema di riconoscibilità dell'atto di giudizio e differenziazione territoriale delle tutele costituzionali*, in *dirittifondamentali.it*, 1/2020, p. 877 ss.

[64] Basti pensare all'ordinanza del Presidenza della Sardegna n. 19 del 13 aprile 2020 (*Ulteriori misure straordinarie urgenti di contrasto e prevenzione della diffusione epidemiologica da COVID-19 nel territorio regionale della Sardegna. Ordinanza ai sensi dell'art. 32, comma 3, della legge 23 dicembre 1978, n. 833 in materia di igiene e sanità pubblica*) e a quella del Presidente della Lombardia n. 528 dell'11 aprile 2020 (*Ulteriori misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. Ordinanza ai sensi dell'art. 32, comma 3, della legge 23 dicembre 1978, n. 833 in materia di igiene e sanità pubblica e dell'art. 3 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19*) che hanno impedito la riapertura di librerie e negozi di abbigliamento per bambini, nonostante quanto previsto nel dPCM 10 aprile 2020. Un altro esempio può essere riferito al dPCM del 26 aprile 2020 che ha consentito l'attività motoria o sportiva individuale purché nel rispetto della distanza di sicurezza interpersonale di almeno due metri per l'attività sportiva e di almeno un metro per ogni altra attività, al quale ha fatto

2, del d.l. n. 19/2020[65].

Questo significa che le previsioni introdotte con i decreti-legge esaminati hanno cercato di contemperare le esigenze di uniformità con quelle legate alle specificità e criticità territoriali ma non sono riuscite a contenere l'interventismo regionale (e neppure quello sindacale).

Questo fenomeno è il risultato di molteplici cause: le incognite e i timori legati a una situazione di emergenza a carattere globale, il protagonismo di alcuni esponenti politici, lo stesso meccanismo di elezione dei Presidenti delle Regioni e dei Sindaci. La ricerca di legittimarsi agli occhi dell'opinione pubblica attraverso l'esercizio del potere punitivo[66] – sfruttando le pieghe delle disposizioni, soprattutto quando sono carenti anche sotto il profilo della qualità normativa – non è un fenomeno nuovo.

Il potere punitivo (penale e amministrativo) è quello che ha maggiore "risonanza" fra i destinatari. Appare come lo strumento per acquisire consensi fra gli elettori: l'aver fatto uso anche del potere punitivo – l'*extrema ratio* – sembra

seguito la precisazione della circolare del Ministero dell'Interno n. 15350 del 2 maggio 2020, secondo la quale sarebbe stato rimosso il limite della prossimità alla propria abitazione tanto per l'attività sportiva che per quella motoria. Hanno fatto seguito una serie di ordinanze della Regione Campania che hanno posto delle misure restrittive (circoscritte temporalmente). Anzitutto, l'attività motoria è stata consentita all'aperto solo in determinate fasce orarie della giornata e con l'uso del dispositivo di protezione individuale, vietando però l'attività sportiva (ordinanza n. 41, del 1° maggio 2020, *Obbligo di utilizzo delle mascherine – Attività motoria – Disposizioni in tema di rientri nel territorio regionale – Disposizioni in tema di asporto e consegna a domicilio. Ulteriori disposizioni*). Successivamente, l'attività sportiva è stata consentita sempre in determinate fasce orarie e con l'obbligo di indossare la mascherina in presenza di altre persone (ordinanza n. 42 del 2 maggio 2020, *Disposizioni in tema di attività motoria – Disposizioni in tema di ristorazione con asporto – Parziale modifica dell'Ordinanza n. 41 del 1° maggio 2020. Conferma di ulteriori disposizioni*). Una successiva ordinanza (n. 45 dell'8 maggio 2020, *Disposizioni in tema di attività mercatali e attività sportiva individuale*) ha permesso l'attività sportiva nelle aree verdi, sempre in determinate fasce orarie, e liberamente nelle altre aree pubbliche o aperte al pubblico, con obbligo di interruzione in caso di assembramento.

[65] A questo proposito, si può fare riferimento all'ordinanza del Presidente della Regione Lombardia n. 521 del 4 aprile 2020, già ricordata, che ha introdotto l'obbligo della mascherina recandosi fuori dall'abitazione. Vi è poi l'ordinanza del Presidente della Regione Veneto n. 37 del 3 aprile 2020 (*Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da virus COVID-19. Ulteriori disposizioni per il contrasto dell'assembramento delle persone*), la quale – dopo aver precisato di avere proposto al Presidente del Consiglio una serie di misure più restrittive che non sono state accolte – ha contemplato, fra le misure ulteriormente restrittive, l'obbligo per tutti gli esercizi commerciali, anche all'aperto, di ammettere e fare circolare solo soggetti con mascherine e guanti, verificando la copertura di naso e bocca, di perimetrazione dell'area, di mantenimento di un unico accesso e di ogni strumento per evitare gli assembramenti (punto 3, c). Inoltre, vi è anche l'ordinanza del Presidente della Regione Campania n. 27 del 3 aprile 2020 (*Ulteriori misure di prevenzione e gestione dell'emergenza*) che, peraltro, ha confermato la misura della quarantena "punitiva" negli stessi termini contemplati nell'ordinanza n. 15 (e nella n. 23 del 25 marzo 2020, *Proroga delle misure urgenti di prevenzione del rischio di contagi di cui all'ordinanza n. 15/2020 e relativo chiarimento*).

[66] Cfr. C. RUGA RIVA, *Regioni vs Governo: fino a che punto possono spingersi le ordinanze regionali più restrittive? A proposito di mascherine e altre misure di contenimento del rischio epidemiologico*, in *SP*, 6 aprile 2020.

voler dimostrare di aver utilizzato (talvolta anche per eccesso) tutti i poteri a disposizione.

Il problema è che l'esercizio di tale potere finisce col limitare lo spazio delle libertà individuali (seppure nella prospettiva di tutelare la salute pubblica).

8. Ulteriori riflessioni per concludere

Gli illeciti e le sanzioni introdotte nel nostro ordinamento durante questo periodo di emergenza inducono a riflettere sulla riserva esclusiva allo Stato della materia penale quando incida sugli ambiti di competenza regionale.

Appare adesso ancor più evidente che nel bilanciamento degli interessi da tutelare – tenuto conto anche del fatto che la misura penale deve pur sempre costituire l'*extrema ratio* – è essenziale il contributo delle Regioni per non pregiudicare la stessa effettività della sanzione penale, come si è potuto riscontrare nella primissima fase di questa situazione d'emergenza.

Per avere una compiuta percezione della rilevanza a livello regionale degli interessi da tutelare, occorrerebbe prevedere il coinvolgimento delle Regioni nella discussione sulle scelte di incriminazione, ad esempio per il tramite della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome, e sarebbe auspicabile che la stessa Corte costituzionale si orientasse in tal senso.

Non solo, nel dibattito dottrinale, sia tra gli studiosi del diritto amministrativo sia tra i penalisti, sono ricorrenti le riflessioni sul superamento della distinzione tra sistema sanzionatorio amministrativo e quello penale[67], anche alla luce delle sollecitazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo[68] che tende ad

[67] Alle sanzioni amministrative non sono dedicate espresse garanzie all'interno della nostra Costituzione e, come ricorda P. PROVENZANO, *Note minime in tema di sanzioni amministrative e "materia penale"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6/2018, p. 1073 ss., alla contrapposizione fra sanzioni amministrative e sanzioni penali hanno contribuito sia alcune pronunce della Corte costituzionale, che per lungo tempo ha negato la possibilità di ricondurre le prime nell'ambito dei principi espressi dall'art. 25 Cost., sia la l. n. 689/1981. Quest'ultima è nata con la finalità di alleviare la giustizia penale attraverso la depenalizzazione di tutta una serie di reati minori, ma al tempo stesso ha posto la disciplina applicabile a tutti gli illeciti amministrativi: questa scelta avrebbe perciò favorito la contrapposizione dei due sistemi sanzionatori.

[68] In particolare, il superamento della netta distinzione tra sistema sanzionatorio penale e sistema sanzionatorio amministrativo viene ricondotto alla sentenza della Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi* e, in maniera più evidente, nella sentenza 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*: cfr. C.E. PALIERO, *"Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione "classica" a una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. pro. pen.*, 3/1985, p. 894 ss., F. GOISIS, *La* full jurisdiction *sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria* v. *separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 1/2018, p. 1 ss., G. MARTINI, *Potere sanzionatorio della P.A. e diritto dell'uomo. I vincoli CEDU all'amministrazione repressiva*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018. A partire da queste pronunce, la Corte EDU ha esteso anche agli illeciti di carattere extrapenale le garanzie contemplate nella CEDU per la materia penale: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha cioè determinato un «superamento della logica binaria penale/extrapenale e di qualsiasi distinzione "interna"

assumere interpretazioni estensive delle garanzie di matrice penalistica contenute nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, gradualmente recepite dalla giurisprudenza della Corte costituzionale per sopperire all'inerzia del legislatore.

Ecco che, allora, lo stesso uso che è stato fatto della sanzione amministrativa in questo periodo di emergenza è l'occasione per richiamare l'attenzione sul fatto che la disciplina in materia di illeciti amministrativi e relative sanzioni andrebbe opportunamente riformata per definire un quadro normativo chiaro e di maggiore garanzia.

nell'ambito dell'esercizio della potestà punitiva» (V. MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2017, p. 988 ss.) ritenendo che l'illecito amministrativo si differenzi da quello penale per grado e per struttura, ma non per funzioni (cfr. S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p. 167). La giurisprudenza pretoria della Corte EDU è stata mossa da un preciso fine: evitare che, nei singoli ordinamenti, possano essere contemplati illeciti che, da un punto di vista nominalistico, non sono penali pur avendo, però, un contenuto punitivo (o "sostanzialmente penale"), allo scopo di aggirare le garanzie convenzionali previste nella materia penale (cfr. F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 4). A fronte di queste spinte provenienti dalla Corte di Strasburgo, la Corte costituzionale ha assunto un atteggiamento non lineare forse anche per scoraggiare le continue rimessioni di questioni in materia di sanzioni amministrative ed evitare di doversi sostituire ancora una volta all'inerzia del legislatore. Il principio di irretroattività è stato esteso all'illecito amministrativo punitivo, *ex* artt. 25, comma 2, e 117, comma 1 (in rapporto all'art. 7 CEDU), della Costituzione, dalle sentenze della Corte costituzionale nn. 196/2010 e 223/2018 e quello della retroattività della *lex mitior* (cfr. V. PAMPANIN, *Retroattività delle sanzioni amministrative, successione di leggi nel tempo e tutela del destinatario*, in *Riv. amm.*, 1/2018, p. 141 ss.) dalla stessa sent. n. 233/2018, alla quale hanno fatto seguito la n. 63/2019 e la n. 96/2020. Proprio il fatto che la Corte costituzionale ritenga, in caso di sostituzione delle sanzioni amministrative rispetto a quelle penali per effetto della depenalizzazione, che il carattere più favorevole delle prime non possa essere dato per scontato significa che, nella giurisprudenza costituzionale, si è oramai fatta strada l'idea della natura sostanzialmente penale di determinate sanzioni amministrative, vista la loro elevatissima carica afflittiva. In particolare, la *ratio* sostanziale viene individuata nel diritto dell'autore dell'illecito a essere giudicato e punito in base all'apprezzamento attuale del disvalore del fatto, anziché all'apprezzamento sotteso alla legge vigente al momento della sua commissione: cfr. M. SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte costituzionale*, in *DPC*, 2 aprile 2019.

APPUNTI SULL'ABROGAZIONE DI DECRETI-LEGGE IN SEDE DI CONVERSIONE AD OPERA DI SUCCESSIVI DECRETI-LEGGE (NELL'EMERGENZA CORONAVIRUS)*

EMANUELE ROSSI**

Sommario

1. I d.l. emanati per il Covid. – 2. Abrogazione di disposizioni di d.l. in sede di conversione ad opera di successivi d.l. – 3. Sugli effetti temporali di tali abrogazioni: abrogazione formale = non conversione sostanziale? – 4. Il momento in cui si determina la mancata conversione in legge del d.l. – 5. La "soppressione", in sede di conversione, delle disposizioni del d.l. che abroga disposizioni di altro d.l. – 6. La regolazione dei rapporti giuridici sorti sulla base dei d.l. abrogati. – 7. Quattro ipotesi astratte (per ora). – 8. Conclusione (con la speranza che tutto ciò non succeda più).

Abstract

This essay analyses a practice that has emerged in law-making during the Covid-19 crisis. More particularly, it deals with provisions of a decree-law repealing provisions of a previous decree-law that is still pending before Parliament for conversion into law. These events allow highlighting a number of questionable aspects, which the Committee for Law-Making of the Chamber of Deputies has signalled too: more particularly, they have to do with the effects of the repealed provisions of the decree-law and their subsequent validation on the part of the law that converts the repealing decree-law. The paper analyses the relevant theoretical profiles and assesses them in the light of institutional practice.

Suggerimento di citazione

E. ROSSI, *Appunti sull'abrogazione di decreti-legge in sede di conversione ad opera di successivi decreti-legge (nell'emergenza Coronavirus)*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il contributo costituisce la rielaborazione dell'intervento tenuto al *webinar* "Le fonti normative dell'emergenza", organizzato dalla *Rivista* e svoltosi il 30 aprile 2020.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale, Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa.
Contatto: emanuele.rossi@santannapisa.it

© 2007-2020 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIII – Fascicolo speciale/2020
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. I d.l. emanati per il Covid

Che per affrontare i numerosi problemi emersi a seguito della dichiarazione dello stato di emergenza deliberata dal Consiglio dei ministri il 31 gennaio 2020[1] il decreto-legge (da ora in poi, d.l.) fosse lo strumento normativo da utilizzare può ritenersi scontato: forse, anzi, si tratta di uno dei non frequenti casi in cui tale fonte è stata correttamente utilizzata, stando almeno alle intenzioni dei padri costituenti. Come si è osservato, "sarebbe difficile negare che in una contingenza come quella odierna l'intervento dei 'provvedimenti provvisori con forza di legge' previsti dall'art. 77 Cost. sia legittimo, perché ci troviamo nell'ancor più radicale condizione dell'emergenza"[2]. In tali circostanze, il ricorso al d.l. non risponde soltanto ad un'esigenza di carattere formale bensì anche al rispetto dei valori costituzionali di cui è espressione il principio di legalità[3].

Se dunque non è in discussione l'utilizzo della fonte, si può discutere invece delle *modalità* con cui detta fonte è stata utilizzata: in particolare, vorrei qui dedicare alcune rapide considerazioni alle abrogazioni di decreti-legge ancora non convertiti operate da successivi d.l.

Prima di analizzare tali aspetti, tuttavia, è opportuno dar conto del quadro complessivo degli atti con forza di legge emanati dal Capo dello Stato successivamente alla richiamata deliberazione di emergenza.

I d.l. emanati in relazione all'emergenza Coronavirus sono, ad oggi (24 maggio 2020), quattordici. In particolare, si tratta dei seguenti:

1) d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 (*Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*);

2) d.l. 2 marzo 2020, n. 9 (*Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*);

3) d.l. 8 marzo 2020, n. 11 (*Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da covid-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria*);

[1] Con la quale, come noto, è stato dichiarato "lo stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili".

[2] M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Consultaonline*, 11 aprile 2020, p. 9.

[3] M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi*, 18 marzo 2020, p. 9. In tema v. anche B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana, Editoriale*, in *Federalismi*, 6/2020; A. CANDIDO, *Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione ai tempi del COVID-19*, in *Forum Quad. cost.*, 1/2020; V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, in *Dir. fond.*, 1/2020, p. 590 ss.; G. STEGHER, *In considerazione dell'emergenza sanitaria: Governo e Parlamento al banco di prova del Covid-19*, in *Nomos*, n. 1, 2020, 1 ss. Sul punto se i d.l. emanati nel periodo emergenziale, ed in particolare il primo tra essi (d.l. n. 6 del 2020) siano coerenti con il principio di legalità sostanziale come affermato dalla sentenza n. 115/2011 della Corte costituzionale v. G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *Federalismi*, 18 marzo 2020.

4) d.l. 9 marzo 2020, n. 14 (*Disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale in relazione all'emergenza COVID-19*);

5) d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19) (AC 2463);*

6) d.l. 25 marzo 2020 n. 19 (*Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*);

7) d.l. 8 aprile 2020 n. 22 (*Misure urgenti sulla regolare conclusione e l'ordinato avvio dell'anno scolastico e sullo svolgimento degli esami di Stato*);

8) d.l. 8 aprile 2020 n. 23 (*Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali*);

9) d.l. 20 aprile 2020, n. 26 (*Disposizioni urgenti in materia di consultazioni elettorali per l'anno 2020*);

10) d.l. 30 aprile 2020, n. 28 (*Misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta Covid-19*);

11) d.l. 10 maggio 2020, n. 29 (*Misure urgenti in materia di detenzione domiciliare o differimento dell'esecuzione della pena, nonché in materia di sostituzione della custodia cautelare in carcere con la misura degli arresti domiciliari, per motivi connessi all'emergenza sanitaria da COVID-19, di persone detenute o internate per delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso, terroristico e mafioso, o per delitti di associazione a delinquere legati al traffico di sostanze stupefacenti o per delitti commessi avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione mafiosa, nonché di detenuti e internati sottoposti al regime previsto dall'articolo 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, nonché, infine, in materia di colloqui con i congiunti o con altre persone cui hanno diritto i condannati, gli internati e gli imputati*);

12) d.l. 10 maggio 2020, n. 30 (*Misure urgenti in materia di studi epidemiologici e statistiche sul SARS-COV-2*);

13) d.l. 16 maggio 2020, n. 33 (*Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*);

14) d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (*Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*).

L'arco temporale in cui tali d.l. sono stati emanati va dunque dal 23 febbraio al 19 maggio: 86 giorni complessivi, con una media approssimativa, dunque, di

un d.l. ogni sei giorni[4].

Diversa è la sorte parlamentare di tali decreti.

Al momento, tre sono stati convertiti in legge (il d.l. n. 6 del 2020, convertito in legge 5 marzo 2020 n. 13; il d.l. n. 18 del 2020, *convertito in legge 24 aprile 2020 n. 27; il d.l. n. 19 del 2020, convertito in legge 22 maggio 2020, n. 35). Tre sono decaduti senza conversione in legge* (d.l. n. 9 del 2020; d.l. n. 11 del 2020, d.l. n. 14 del 2020). Le proposte di legge di conversione degli altri otto, alla data in cui si scrive, sono all'esame del Parlamento.

È da considerare la particolare celerità (certamente giustificata dalla situazione cui la disciplina è riferita) del procedimento parlamentare che ha portato all'approvazione della legge di conversione: il primo decreto-legge (n. 6 del 2020) è stato infatti convertito in legge in meno di dieci giorni; il secondo (n. 18 del 2020) in circa quaranta giorni. Soltanto l'ultimo sin qui convertito ha dovuto attendere quasi per intero il termine stabilito dall'art. 77 Cost. (il d.l. n. 19 del 2020 è stato emanato il 25 marzo ed è stato convertito in legge il 21 maggio).

2. Abrogazione di disposizioni di d.l. in sede di conversione ad opera di successivi d.l.

Come si accennava, alcune disposizioni contenute nei d.l. emanati, e non ancora convertiti, sono state oggetto di abrogazione ad opera di successivi d.l. Prima di tale circostanza, vi era stato (a quanto consta) un unico precedente in epoca recente: il d.l. su Alitalia del dicembre 2019 (2 dicembre 2019, n. 137) aveva abrogato un articolo (il n. 54) del d.l. 26 ottobre 2019.

Nell'emergenza Coronavirus, invece, tale situazione si è ripetuta più volte. In particolare, il decreto-legge n. 18 del 2020 ha abrogato l'art. 29 del d.l. n. 9 del 2020 e gli art. 1, 2, 3 e 4 del d.l. n. 11 del 2020 (mantenendone in vita, dunque soltanto due articoli: quello contenente la clausola di invarianza finanziaria e quello relativo all'entrata in vigore[5]).

Il decreto-legge n. 19 del 2020 ha abrogato (oltre a disposizioni del d.l. n. 6 del 2020 già convertito), l'art. 35 del d.l. n. 9 del 2020.

[4] Giustamente si è sottolineato (da F. PETRINI, *Emergenza epidemiologica Covid19, decretazione d'urgenza e Costituzione in senso materiale*, in *Nomos*, 1/2020, p. 3-4), che nella vicenda attuale "l'abuso della decretazione d'urgenza si normalizza".

[5] Che sono stati abrogati, insieme a tutto il decreto-legge, ad opera della legge di conversione (n. 27 del 2020) del d.l. n. 18 del 2020. Ci si potrebbe chiedere, al riguardo, perché i due articoli non siano stati abrogati direttamente dal d.l., insieme alle altre disposizioni: il motivo non è chiaro. Un'ipotesi potrebbe consistere nel voler lasciare in vita il d.l. abrogato, così da consentirne la conversione (eventualmente al fine di salvarne gli effetti prodotti). Oppure nella previsione di una non conversione del d.l. abrogante, con conseguente possibile reviviscenza delle disposizioni abrogate: in tal caso sarebbe rimasta ferma la clausola di invarianza finanziaria. Ma si tratta, in quest'ultimo caso, di un'ipotesi che non credo sia balenata nella mente di chi ha approvato il secondo d.l.

Il d.l. n. 23 del 2020 ha abrogato gli art. 17, 49, 53, 62 comma 7, 70, del d.l. n. 18 del 2020.

Infine, il d.l. n. 34 del 2020 ha abrogato gli art. 30, 32 e 34 del d.l. n. 23 del 2020.

Queste sono le abrogazioni di cui intendo qui occuparmi. Come può osservarsi, un d.l. (il n. 18 del 2020) è insieme abrogante e abrogato: ovviamente con riferimento a diverse disposizioni (la fantasia del legislatore non è arrivata ad abrogare disposizioni abroganti, come si dirà in conclusione).

Su un diverso piano (che non considererò, perché non offre particolari aspetti problematici) si pongono le ipotesi di abrogazione di disposizioni di un d.l. *già convertito in legge*. Ipotesi che hanno riguardato il d.l. n. 6 del 2020, convertito come si è detto nella legge n. 13 del 2020, abrogato in numerose disposizioni dal d.l. n. 19 del 2020[6]; ed anche il d.l. n. 18 del 2020, convertito nella legge n. 27 del 2020, del quale ben 23 disposizioni sono state abrogate dal d.l. n. 34 del 2020 (emanato meno di un mese dopo l'entrata in vigore della legge di conversione)[7].

Ancora diversamente devono essere considerate le abrogazioni prodotte non dal d.l. bensì dalla legge di conversione: la legge n. 27 del 2020 (di conversione del d.l. n. 18 del 2020) ha infatti disposto l'abrogazione di ben tre d.l. (il n. 9, il n. 11 e il n. 14 del 2020).

Va infine segnalato come le misure contenute nel decreto n. 9 del 2020 (che, come detto, è stato fatto decadere) sono in buona parte confluite (in alcuni casi con modifiche) nei decreti n. 18 e 23 del 2020. Si tratta di una prassi non nuova, ma già segnalata (e criticata) in dottrina, come esempio di precarizzazione della normazione[8] ed anche di sostanziale elusione del divieto di reiterazione[9].

Il Comitato per la legislazione, già alla fine del 2019 (e quindi prima dell'emergenza Covid, ed in relazione al d.l. Alitalia di cui si è detto) aveva

[6] Tale abrogazione è conseguenza della sostituzione della disciplina di carattere ordinamentale dettata dal primo d.l. ad opera del secondo.

[7] Rileva a questo riguardo il Comitato per la legislazione (Parere del 27 maggio 2020) che così facendo "si realizza una complessa stratificazione normativa, pur dovendosi considerare le oggettive difficoltà connesse all'epidemia".

[8] Ed in effetti, come si è rilevato, "è sempre più frequente che il contenuto di un consistente numero di decreti-legge emanati e successivamente decaduti senza l'approvazione del relativo disegno di legge di conversione venga trasfuso, prima o anche successivamente alla decorrenza del termine costituzionale per la loro decadenza, in altri disegni di legge in corso di discussione" (E. LONGO, *La legge precaria*, Giappichelli, Torino, 2017, 232). Come noto, nel caso di decreti-legge che riproducono, inglobandole, disposizioni di precedenti d.l. lasciati decadere, si è parlato di decreti "Minotauro" (cfr. R. ZACCARIA, E. ALBANESI, *Il decreto-legge tra teoria e prassi*, in *Forum Quad. cost.*, 22 giugno 2009).

[9] Al riguardo, si dovrebbe valutare se il nuovo decreto, pur di contenuto identico, è fondato su diversi nuovi, autonomi e sopravvenuti motivi di straordinaria necessità e urgenza: condizione che la Corte ritiene sufficiente a giustificare la riproduzione del contenuto di un decreto-legge in uno successivo.

raccomandato al Governo di "evitare in futuro la modifica esplicita – e, in particolare l'abrogazione – di disposizioni contenute in decreti-legge ancora in corso di conversione ad opera di successivi decreti-legge*, al fine di evitare forme di sovrapposizione degli strumenti normativi in itinere e ingenerare un'alterazione del lineare svolgimento della procedura parlamentare di esame dei disegni di legge di conversione dei decreti-legge*; come definita a livello costituzionale e specificata negli stessi regolamenti parlamentari"[10]. Una raccomandazione, dunque, che si ritiene fondata su basi costituzionali, esplicitate in un parere più recente (come si dirà in conclusione).

La raccomandazione del dicembre 2019 è stata ripresa nei pareri resi dal Comitato in relazione alla conversione in legge del d.l. n. 19 del 2020[11]; del d.l. n. 18 del 2020[12]; del d.l. n. 23 del 2020[13]; del d.l. n. 34 del 2020[14].

Nel primo di essi, tuttavia, si precisa che tale raccomandazione, il cui contenuto è comunque ripreso e confermato, non viene ribadita (in una sorta quindi di auto-limitazione del Comitato) "in considerazione della situazione di effettiva eccezionale emergenza (…); rimane fermo che un simile modo di procedere dovrà essere evitato non appena superata l'emergenza in corso"; ed anche il parere del 29 aprile raccomanda di evitare la prassi in esame "non appena superata la grave emergenza sanitaria in corso"[15]. L'ultimo parere reso (quello del 27 maggio 2020) ritorna alla raccomandazione iniziale, non più giustificando la prassi alla luce dell'emergenza.

Diremo in conclusione di alcuni profili di potenziale contrasto con la Costituzione della prassi indicata: fin da ora, tuttavia, dobbiamo rilevare la grave compromissione del principio della certezza del diritto che con questo modo di procedere si realizza, come risulterà evidente dalla difficoltà di seguire il tormentato iter normativo che si produce, con la conseguente difficoltà di individuare la normativa vigente.

3. Sugli effetti temporali di tali abrogazioni: abrogazione formale = non conversione sostanziale?

Alla luce di questi dati, indichiamo alcuni aspetti problematici da considerare, partendo dagli effetti temporali delle abrogazioni prodotte.

[10] Cfr. Parere reso nella seduta dell'11 dicembre 2019 sul disegno di legge C. 2284 di conversione del decreto-legge n. 137 del 2019.

[11] Parere del 31 marzo 2020.

[12] Parere del 15 aprile 2020.

[13] Parere del 29 aprile 2020.

[14] Parere del 27 maggio 2020.

[15] Può forse richiamarsi, a tale riguardo, quanto si legge nella recente ordinanza n. 60 del 2020 della Corte costituzionale: "le procedure legislative, finalizzate originariamente alla valorizzazione del contraddittorio, col passare degli anni hanno dovuto altresì farsi carico dell'efficienza e tempestività delle decisioni parlamentari".

In termini generali, si deve ritenere che la disposizione abrogante ha effetto dal momento dell'entrata in vigore della stessa[16]: e su questo mi pare *nulla quaestio*. Se è così, risulta del tutto superflua la previsione, contenuta nell'art. 40, comma 8, del d.l. n. 23/2020 che precisa che l'art. 17 del d.l. n. 18 del 2020 è abrogato "a decorrere dall'entrata in vigore del presente decreto" (mentre per le altre abrogazioni nulla si precisa). Si tratta di una puntualizzazione che nulla aggiunge e nulla toglie. Si deve ritenere infatti che l'abrogazione, anche di una disposizione di un d.l. non ancora convertito, è istituto diverso dalla mancata conversione in legge (cui invece sono attribuiti effetti *ex tunc*, come noto, dall'art. 77 Cost.).

Una diversa prospettiva, rispetto a quella appena indicata, è formulata da un parere del Comitato per la legislazione (parere del 15 aprile 2020). In esso si sostiene questa tesi: l'abrogazione comporta l'impossibilità di convertire in legge le disposizioni abrogate, e quindi la loro decadenza sin dall'inizio, trattandosi di una loro mancata conversione (si argomenta poi sulla necessità di disciplinare con legge gli effetti delle disposizioni non convertite, di cui si dirà). Seguendo il ragionamento del Comitato per la legislazione, dunque, l'effetto dell'abrogazione dovrebbe retroagire al momento dell'entrata in vigore del d.l. abrogato, trattandosi – nella sostanza - di una *abrogazione formale* cui corrisponde una *non conversione sostanziale*.

Il ragionamento è sottile, e tuttavia non mi pare convincente, per la decisiva ragione che l'abrogazione di disposizioni di un d.l. non esclude la possibilità di una conversione in legge dello stesso: sia (soprattutto) nell'ipotesi in cui sopravvivano all'abrogazione alcune disposizioni di quel decreto, e sia anche nell'estrema ipotesi in cui tutto il d.l. sia stato abrogato. Cosa infatti impedirebbe al Parlamento di convertire quel d.l., magari per salvare gli effetti da esso prodotto prima dell'abrogazione?

Il tema merita tuttavia di essere approfondito.

Si è discusso, specie in tempi passati, della possibilità per il Governo di ritirare il disegno di legge di conversione, nel più generale contesto del ritiro dell'iniziativa legislativa, in sé ammessa in quanto "esercizio del generale potere di revoca degli atti giuridici"[17] e successivamente prevista e disciplinata dall'art.

[16] Come ben noto, infatti, l'abrogazione consiste nell'adozione di una disciplina diversa o contraria ad una precedente e che produce l'effetto della "delimitazione dell'efficacia della norma abrogata ai fatti verificatisi nel periodo anteriore all'abrogazione o per meglio dire, nella definitiva inapplicabilità della norma abrogata ai fatti futuri che si verificheranno a partire dal momento in cui è possibile fissare l'effetto stesso": così F. MODUGNO, *Abrogazione*, in *Enc Giur.*, I, Roma, 1988, p. 4. Tanto che si ritiene che nel caso di abrogazione non sia corretto parlare di estinzione della norma abrogata, quanto piuttosto di una delimitazione cronologica della sua applicabilità (F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 2004, p. 55).

[17] A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, Zanichelli – Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1977, p. 185. Occorre ricordare che la procedura del ritiro deve essere la stessa dell'iniziativa, con la conseguente

2, comma 3, lett. *b)*, della legge n. 400 del 1988. Peraltro, come si è dimostrato, tale potere non può ammettersi nelle ipotesi in cui l'iniziativa governativa ha carattere obbligatorio[18]: e non vi è dubbio al riguardo che l'iniziativa legislativa del disegno di legge di conversione in legge di un d.l. ha carattere vincolato o dovuto *ex* art. 77, comma 2, Cost.[19]. Ad ogni buon conto, nel caso in esame non vi è stato alcun atto di ritiro della proposta di legge di conversione: né, per quanto detto, l'abrogazione di un d.l. in sede di conversione può essere in alcun modo assimilata al ritiro del disegno di legge di conversione.

In conclusione, dunque, una volta approvato ed emanato, il d.l. non può essere più "richiamato" dal Governo, ma è nella disponibilità del Parlamento che può o meno convertirlo in legge. Se si ammettesse ciò che afferma il Comitato per la legislazione, si dovrebbe ritenere sussistente il potere del Governo di sottrarre al Parlamento – mediante l'abrogazione - la conversione in legge di un d.l. emanato ed entrato in vigore: ipotesi non ammessa e, questa sì, in potenziale contrasto con l'art. 77 Cost.

4. Il momento in cui si determina la mancata conversione in legge del decreto-legge

Quanto detto pone tuttavia un secondo problema: da quale momento si produce la mancata conversione in legge di un d.l. (e, quindi, la sua *decadenza*)?

Tralasciando l'ipotesi della decorrenza del termine di 60 giorni senza che sia stata approvata la legge di conversione, la dottrina ha costantemente ritenuto che (anche) "la (anticipata) certezza della mancata conversione nei 60 giorni produce l'effetto della decadenza del decreto-legge"[20]: ma tale certezza può esser determinata soltanto da una votazione – in un ramo del Parlamento - contraria al disegno di legge di conversione (la cui notizia, in base alla legge n. 400 del 1988, deve essere immediatamente pubblicata nella Gazzetta

necessaria autorizzazione del Presidente della Repubblica: cfr. T. MARTINES, C. DE CARO, V. LIPPOLIS, R. MORETTI, *Diritto parlamentare*, Maggioli, Rimini, 1992, p. 325. In passato si è posto un caso di ritiro di un decreto-legge, ma soltanto al fine di farlo esaminare prima nell'altra Camera (si trattava del d.l. n. 235 del 2006, il cui ritiro è stato annunciato nella seduta del Senato del 1° settembre 2006).

[18] S. M. CICCONETTI, *Il potere di ritiro nel procedimento di formazione delle leggi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, 392.

[19] S. M. CICCONETTI, *Le fonti del diritto italiano* III ed., Giappichelli, Torino, 2017, p. 169. Si tratta, altresì, di uno dei casi di iniziativa legislativa in via riservata del Governo stabiliti direttamente dalla Costituzione: v., ad esempio, A. MANZELLA, *Il Parlamento*, il Mulino, Bologna, III ed., 2003, p. 315; L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, il Mulino, Bologna, 2008, 190; R. DICKMANN, *Il Parlamento italiano*, Jovene, Napoli, 2018, III ed., p. 127. Nel senso dell'inammissibilità del ritiro di un disegno di legge di conversione di un d.l. in quanto ciò produrrebbe la conseguenza di non consentire al potere legislativo di pronunciarsi su esso S. ZORZI, *Ritiro degli atti di iniziativa legislativa*, in *Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari*, n. 1-3/1993, 170.

[20] C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, p. 858, nota 87.

Ufficiale)[21]. L'abrogazione del d.l., infatti, per quanto si è detto, non determina tale certezza, in quanto non può escludersi la volontà del Parlamento di convertire in legge il primo d.l., ed eventualmente anche di non convertire il secondo (quello abrogante).

Alla luce di ciò, si ricava che l'effetto della decadenza *ex tunc*, cui si riferisce il Comitato per la legislazione, si produrrebbe nel momento in cui il "primo" d.l. non venisse convertito in legge: ma ciò potrebbe avvenire o nel caso di una votazione contraria del Parlamento oppure alla scadenza dei sessanta giorni dalla sua entrata in vigore. Prima di tale termine, il decreto-legge produce effetti (che poi verranno eventualmente travolti dalla mancata conversione), fino al momento della sua (sempre eventuale) abrogazione.

In sostanza, si realizza in tali circostanze una prospettiva di questo tipo: le disposizioni abrogate restano in vigore (e producono eventuali effetti) dal momento della loro entrata in vigore fino all'entrata in vigore del d.l. che le abroga[22]; da quest'ultima data esse cessano di avere vigenza; dal momento in cui si produce la non conversione in legge anche gli effetti (eventualmente) prodotti *medio tempore*[23] vengono travolti (in quanto prodotti sulla base di una disposizione non convertita): salva ovviamente la possibilità della legge di conversione (del "primo" o del "secondo" d.l., come si dirà) di regolare i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti[24]. Questa conclusione è stata, da ultimo, confermata dalla Presidente del Comitato per la legislazione in un commento al seguito dei pareri dati sul d.l. n. 18 del 2020 e sul d.l. n. 23 del 2020 in apertura della seduta del Comitato del 27 maggio 2020[25].

Verifichiamo, alla luce di ciò, la situazione prodottasi nel caso specifico.

Il primo d.l. parzialmente abrogato (n. 9 del 2020) è entrato in vigore il 3 marzo 2020; quello abrogante (n. 18 del 2020) il 18 marzo; la legge di conversione di quest'ultimo (n. 27 del 2020) è entrata in vigore il 25 aprile. Sul primo d.l., tuttavia, la certezza sulla non conversione in legge si è prodotta soltanto a seguito dello scadere dei 60 giorni dall'entrata in vigore, in quanto non vi è stata nessuna votazione in Parlamento contraria alla sua conversione (né, per quanto detto, l'abrogazione sancita con la legge di conversione del secondo d.l.

[21] Art. 16, comma 6, legge n. 400 del 1988.

[22] Come sottolinea F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Padova, 2009, p. 71: "le disposizioni abrogate continuano a disciplinare le situazioni e i rapporti sorti prima del suo (dell'abrogazione, *ndr*) verificarsi".

[23] Cioè dall'entrata in vigore del d.l. che le contiene fino all'entrata in vigore del d.l. che le abroga.

[24] Si deve precisare che questa ricostruzione viene operata in astratto, perché può accadere – e nei casi in questione è accaduto – che le disposizioni abrogate siano "inglobate" in quelle abroganti - come si dirà - con conseguente (semplice) "prolungamento" degli effetti prodotti.

[25] In cui espressamente si afferma "l'abrogazione di una norma di un d.l. in corso di conversione ad opera di un successivo d.l. opera *ex nunc* per il periodo di vigenza del "primo" d.l. ma l'effetto diventa comunque *ex tunc* al momento della scadenza del primo d.l.".

può considerarsi equivalente a rifiuto di conversione del primo): *ergo*, fino al 2 maggio non si è prodotta la decadenza del primo. Pertanto, le disposizioni di questo, abrogate dal secondo, sono rimaste vigenti dal 3 al 18 marzo; da quest'ultima data hanno cessato di avere efficacia; e dal 2 maggio sono stati travolti gli effetti prodotti dal 3 al 18 marzo.

Idem per le disposizioni del d.l. n. 11 del 2020 (entrate in vigore il 9 marzo) abrogate anch'esse dal d.l. n. 18 del 2020: anche in questo caso la certezza sulla non conversione in legge si è prodotta il 7 maggio: *ergo*, fino a quest'ultima data non si è prodotta la sua decadenza. Esso, pertanto, è rimasto interamente vigente dal 9 al 18 marzo; da quest'ultima data ha cessato di essere in vigore; e dal 7 maggio sono stati travolti gli effetti prodotti dal 9 al 18 marzo.

Infine, il d.l. n. 19 del 2020 ha abrogato l'art. 35 del d.l. n. 9 del 2020: disposizione che pertanto è rimasta in vigore dal 3 marzo 2020 al 26 marzo 2020 e dal 2 maggio è decaduta, insieme a tutto il d.l.

Con riguardo invece all'abrogazione delle disposizioni del d.l. n. 18 del 2020 ad opera del d.l. n. 23 del 2020, si osserva che il primo d.l. è entrato in vigore il 18 marzo e il secondo il 9 aprile. Quindi le disposizioni abrogate sono rimaste in vigore dal 19 marzo al 9 aprile. Tuttavia, in questo caso, il d.l. (parzialmente) abrogato non è decaduto, ma è stato convertito nella legge n. 27 del 2020, la quale così stabilisce all'art. 1, comma 1: "Il decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 (…) è convertito in legge con le modificazioni riportate in allegato alla presente legge". Nelle modificazioni riportate, non vi è alcun riferimento alle disposizioni abrogate. Nel silenzio di una statuizione espressa, si dovrebbe dedurre che la volontà del Parlamento sia stata di non convertire in legge le disposizioni già abrogate: pertanto, esse devono ritenersi decadute con l'entrata in vigore della legge di conversione. Se così è, la mancata conversione delle disposizioni del d.l. n. 18 del 2020 si è prodotta il 30 aprile 2020, data di entrata in vigore della legge di conversione. E pertanto gli effetti prodotti tra il 19 marzo e il 9 aprile sono venuti meno a far data dal 30 aprile.

5. La "soppressione", in sede di conversione, delle disposizioni del d.l. che abroga disposizioni di altro d.l.

Occorre poi considerare un diverso profilo.

La legge di conversione di un d.l. abrogante (legge n. 27 del 2020) ha dapprima abrogato (di nuovo) il d.l. già abrogato dal d.l. che ha convertito, e successivamente ha "soppresso", nel medesimo decreto-legge convertito, le disposizioni con cui erano state abrogate precedenti disposizioni[26]: dovendosi

[26] In particolare sono stati soppressi gli art. 83, comma 22; 84, comma 11; 85, comma 11 (in quali abrogavano, gli art. 1, 2, 3 e 4 del d.l. n. 11 del 2020). Le disposizioni abrogate sono confluite nel nuovo d.l. Secondo il Dossier dei Servizi Studi di Camera e Senato (*Misure per fronteggiare l'emergenza*

intendere con l'espressione "soppressione" l'equivalente di "non conversione", l'operazione risulta corretta in quanto le disposizioni soppresse avevano esaurito i propri effetti. La mancata conversione in legge delle disposizioni abrogate, infatti, produce per esse gli effetti di cui all'art. 77 Cost. (in altri termini: le disposizioni "abrogate" non sono convertite in legge, quindi non ha senso prevedere la conferma esplicita della loro abrogazione). Tuttavia la mancata "soppressione" non avrebbe probabilmente alterato il risultato finale: ed infatti risulta che una delle disposizioni abrogatrici non sia stata "soppressa" (l'art. 102, comma 6, del d.l. n. 18 del 2020, che ha abrogato l'art. 29 del d.l. n. 9 del 2020[27]): senza che ciò sia in grado di determinare un diverso regime giuridico rispetto alle altre previsioni (in quanto, comunque, la disposizione abrogata non è stata convertita in legge).

Analogamente deve dirsi con riguardo ad una disposizione abrogante (l'art. 5, comma 2 lett *b)*) del d.l. n. 19 del 2020, con cui è stata disposta l'abrogazione dell'art. 35 del d.l. n. 9 del 2020: la legge di conversione (n. 35 del 2020) non fa alcun riferimento ad essa: quindi convertendola senza sopprimerla.

Delle altre disposizioni abrogatrici contenute in diversi d.l. non è possibile – al momento - sapere, in quanto i disegni di legge di conversione dei d.l. n. 23 e 34 sono ancora all'esame del Parlamento.

Un'ultima considerazione al riguardo.

Come si è detto all'inizio, diverso è il regime giuridico delle abrogazioni prodotte non mediante un successivo d.l. bensì mediante *disposizioni introdotte in sede di conversione* di un d.l. (e relative a disposizioni contenute in precedenti d.l., come ad esempio avvenuto in sede di conversione del d.l. n. 18 del 2020), eventualmente con la riproduzione nel nuovo testo delle disposizioni abrogate: tali abrogazioni – ovviamente – si producono al momento dell'entrata in vigore con la legge di conversione. Al contrario, la Nota del Servizio Studi del Senato[28], pare sostenere la tesi per cui anche l'abrogazione dei d.l. abrogati da successivi d.l. si produce dal momento dell'entrata in vigore della legge di conversione. Così non dovrebbe essere: come si è detto, infatti, l'abrogazione, se operata dal d.l. successivo, si produce dal momento dell'entrata in vigore di tale d.l., e non della legge di conversione.

epidemiologica da Covid-19 cd. "Cura Italia", Volume II – *Articoli 71-127 D.L. 18/2020 – A.C. 2463*, 105) tale soppressione è conseguenza dell'abrogazione dei precedenti decreti-legge, con la salvaguardia degli atti compiuti e degli effetti prodottisi durante la vigenza di quei decreti.

[27] Peraltro, come si è detto, *tutto* il d.l. n. 9 del 2020 è stato abrogato dall'art. 1, comma 2, della legge n. 27 del 2020.

[28] Servizio Studi del Senato, *L'emergenza da COVID-19 in Italia: le misure per la cultura, la scuola, la formazione superiore e la ricerca*, *Nota breve n. 185*, aprile 2020.

6. La regolazione dei rapporti giuridici sorti sulla base dei d.l. abrogati

Analizziamo a questo punto il tema della regolazione dei rapporti giuridici sorti sulla base delle disposizioni del d.l. abrogate prima della sua conversione in legge (ammesso che dei rapporti siano sorti, e nel caso specifico certamente sono sorti). La Costituzione, come noto, si limita a stabilire che tale regolazione può essere definita mediante una legge. Il che esclude *a priori*, come anche ribadisce l'art. 15, comma 2 lett. *d)*, che tali rapporti possano essere regolati mediante il d.l. abrogante.

Nel caso qui in esame si pone il problema di come (meglio: "dove") regolare i rapporti giuridici sorti sulla base del ("primo") d.l. non convertito[29]: che ciò possa avvenire mediante una specifica ed autonoma legge, oppure anche mediante la legge di conversione del secondo d.l. non dovrebbe essere in dubbio[30]. Più difficile immaginare che questo possa avvenire con la conversione in legge del primo, che nel frattempo è stato abrogato. Se si accetta la tesi sopra sostenuta, non è peraltro impossibile che ciò avvenga, ed anzi ciò dovrà sicuramente avvenire nell'ipotesi in cui non tutto il d.l. sia stato abrogato (a meno che non si intenda far decadere le disposizioni non abrogate, ovviamente). Più difficile immaginare che sia possibile convertire in legge un d.l. (nel frattempo) completamente abrogato: si potrebbe infatti sostenere che il disegno di legge di conversione sia, in tale ipotesi, privo di oggetto, non essendoci più il d.l. da convertire. E tuttavia si potrebbe anche ritenere – come detto - che quel d.l. ha comunque prodotto effetti, e che quindi sia possibile (e necessario) convertirlo: in tal caso la legge di conversione avrebbe l'unico scopo di salvare gli effetti che sulla base di esso si siano prodotti (e che non siano stati salvati o ripresi da altro d.l.).

Al di là di tali ipotesi astratte, nei casi che si sono sin qui verificati si è scelta la via della legge di conversione del d.l. abrogante[31]. I d.l. abrogati, infatti, sono stati fatti decadere senza conversione in legge (così è avvenuto, al momento, per i d.l. n. 9, 11, 14 del 2020), ed i rapporti sorti sulla base di essi sono stati

[29] Che tale esigenza sussista è confermato dal Comitato per la legislazione nel parere del 29 aprile 2020, dove si legge l'invito rivolto a Parlamento e Governo a chiarire se l'avvenuta abrogazione di disposizioni di un d.l. in sede di conversione ad opera di un successivo d.l. "comporti la necessità di regolare con legge gli effetti giuridici della loro mancata conversione, in particolare specificando se sia necessario fare salvi gli effetti nel periodo di vigenza".

[30] In questo secondo caso potrebbe porsi un problema di tempi, in quanto la legge di conversione del d.l. abrogante interverrà quasi sicuramente dopo la decadenza di quello abrogato: ma la Costituzione non impone che il salvataggio degli effetti intervenga in un tempo certo dalla decadenza del d.l.

[31] Questa tecnica è in qualche modo simile ad un'altra, talvolta utilizzata ed anche criticata in dottrina (da G. PICCIRILLI, *Non è incostituzionale l'"accorpamento" tra decreti-legge, se si mantiene l'omogeneità materiale*, in *Giur. cost.*, 6/2014, p. 4464 ss.) tra accorpamento di talune disposizioni di un decreto-legge ad un diverso disegno di legge di conversione. Nel caso presente non si tratta di accorpamento tra disposizioni bensì di "salvataggio" degli effetti di un primo decreto-legge ad opera della legge di conversione di un secondo.

salvati dalla legge di conversione n. 27 del 2020, che ha convertito in legge il d.l. n. 18 del 2020[32] ("restano validi gli atti ed i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base dei medesimi decreti-legge 2 marzo 2020, n. 9, 8 marzo 2020, n. 11, e 9 marzo 2020, n. 14"). In tal senso si era anche espresso il Comitato per la legislazione, sebbene questi avesse invocato "un chiarimento in occasione della discussione in Assemblea, ad esempio attraverso l'approvazione di uno specifico atto di indirizzo al Governo"[33] (che non risulta esserci stato).

Per comprendere meglio il significato di tale operazione, è opportuno fare un esempio, prendendo una disposizione iniziale e provando a ricostruirne il percorso normativo sino ad oggi.

L'art. 1 del d.l. n. 11 del 2020 (uno di quelli abrogati dal d.l. n. 18 del 2020) stabiliva che "A decorrere dal giorno successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto (quindi dal 9 marzo, *ndr*) e sino al 22 marzo 2020 le udienze dei procedimenti civili e penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari (…) sono rinviate d'ufficio a data successiva al 22 marzo 2020".

Tale disposizione è stata abrogata dal d.l. n. 18 del 2020, in cui è contenuta la seguente: "Dal 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020 le udienze dei procedimenti civili e penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari sono rinviate d'ufficio a data successiva al 15 aprile 2020".

Quindi, in sostanza, gli effetti prodotti con il primo d.l. non avevano alcun bisogno di essere salvati, perché la successiva disposizione si sovrapponeva, semplicemente prolungando il periodo di sospensione[34].

Ciò è avvenuto, probabilmente, per altre disposizioni, che hanno prolungato i termini inizialmente previsti o hanno sostituito (perlopiù precisando meglio) i contenuti dei precedenti provvedimenti. In ogni caso, la formula generale introdotta nella legge n. 27 "copre" ogni possibile effetto che possa risultare "scoperto" dalle successive disposizioni.

L'esempio indicato spiega anche come mai, al di là della astratta ammissibilità, non si sia seguita la via della conversione in legge dei d.l. abrogati: essendo le disposizioni in essi contenuti interamente "inglobate" nei successivi decreti, la loro conversione non avrebbe avuto alcun senso. In più, se non

[32] Il d.l. n. 18 del 2020 è quello, lo si ricorda, che ha abrogato quattro articoli (su sei) del d.l. n. 11 del 2020.

[33] Parere del Comitato per la legislazione di mercoledì 15 aprile 2020, cit.

[34] Va poi segnalato che il d.l. n. 23 del 2020 ha disposto (con l'art. 36, comma 1) l'ulteriore allungamento del termine: dal 15 aprile 2020 all'11 maggio 2020. Come anche rileva G. MOBILIO, *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19*, *paper* presentato al Webinar organizzato dalla Rivista *Osservatorio sulle fonti* – 30 aprile 2020, "capita però anche che i d.l. adottati successivamente all'entrata in vigore di queste ultime fonti provvedano a fornire loro una copertura *ex post*, ricomprendendole nel perimetro delle misure legittimamente previste, nel tentativo di operare una sorta di impropria sanatoria".

bastasse, questa via avrebbe aumentato i lavori parlamentari (in una fase, tra l'altro, in cui la stessa attività parlamentare ha dovuto subire non semplici problemi di rallentamento e di difficoltà di funzionamento), oltre ad aumentare – tutto sommato inutilmente – la produzione legislativa. Quindi la scelta di lasciar decadere i d.l, abrogati, con salvataggio degli effetti nella legge di conversione dei d.l. abrogante, è stata sicuramente opportuna[35].

Un caso ancora diverso è costituito dal d.l. n. 18 del 2020 che, come si è detto, ha natura bifronte: in parte abroga e in parte è abrogato. Nel disegno di legge di conversione del d.l. che ne abroga alcune disposizioni (d.l. n. 23 del 2020), durante l'esame in sede referente alla Camera è stato aggiunto un comma (1 *bis* all'art. 1) che mantiene validi gli atti e i provvedimenti adottati e sono fatti salvi i rapporti giuridici sorti sulla base delle disposizioni del d.l. (n. 18) abrogati dal d.l. in sede di conversione. Quindi, anche in questo caso, la salvezza dei rapporti giuridici sorti sulla base delle disposizioni abrogate (malgrado, come si è detto, il d.l. nel suo insieme sia stato convertito in legge) è avvenuta con la legge di conversione in legge del d.l. abrogante. In questo caso, tuttavia, il Servizio Studi di Camera e Senato[36] richiama "l'opportunità di approfondire se sia necessario disporre la salvezza degli effetti dell'art. 17 (del d.l. n. 18, *ndr*) dato che l'articolo 40 del d.l. (n. 23 del 2020, *ndr*) già specifica – a differenza di quanto disposto per le altre abrogazioni – che l'abrogazione dell'art. 17 vale a decorrere dall'entrata in vigore del d.l. n. 23". Tale esigenza di approfondimento sembra doversi riconnettere all'impostazione seguita dal richiamato parere del Comitato per la legislazione: in sostanza, sembra si voglia intendere che non ha senso salvare gli effetti prodotti dall'art. 17 perché essi – a differenza degli altri – sarebbero stati salvati dalla legge di conversione per il periodo di vigenza, mentre le altre disposizioni sarebbero decadute *ex tunc* in forza dell'abrogazione. Ciò non convince per quanto sopra si è detto: in verità la precisazione contenuta nella disposizione di abrogazione dell'art. 17 non può avere alcun valore effettivo, in quanto tutte le abrogazioni devono ritenersi prodotte dall'entrata in vigore del d.l. abrogante (senza quindi alcun effetto di decadenza *ex tunc*)[37]. Anche perché, seguendo l'impostazione del Servizio

[35] Sebbene, anche in ordine a ciò, si debba sottolineare una qualche anomalia rispetto alla prassi precedente, in base alla quale si era affermato che "la c.d. legge di sanatoria è ben diversa dalla legge di conversione, in quanto essa ha per presupposto proprio la mancata conversione": così R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 149. Di un modello di legge "mista" di "conversione-sanatoria" si era parlato a seguito della sentenza n. 360 del 1996 della Corte costituzionale: cfr. A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 54 ss.

[36] SERVIZI STUDI CAMERA E SENATO, *Dossier del 23 maggio 2020, Misure per le imprese e in materia di settori strategici, salute, lavoro, termini amministrativi e processuali, D.L. 23/2020 – A.C. 2461-A*. Deve peraltro segnalarsi che nel secondo Dossier prodotto sullo stesso provvedimento la frase riportata nel testo non compare più.

[37] Si deve segnalare, al riguardo, quello che sembra essere un mero errore dei redattori di

Studi, si dovrebbe ritenere che la legge di conversione del d.l. n. 18 del 2020 abbia convertito in legge l'art. 17, sebbene limitatamente al periodo di vigenza precedente l'entrata in vigore del d.l. abrogante. Ma ciò non corrisponde al testo della legge di conversione, come pubblicato nella Gazzetta ufficiale[38], dove si riporta che detto articolo è stato "abrogato dall'articolo 40, comma 8, del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23": esso, dunque, deve ritenersi non convertito in legge.

7. Quattro ipotesi astratte (per ora)

A conclusione di questa breve rassegna di problemi posti dalla singolare prassi normativa cui si è dedicata attenzione, vorrei indicare alcune ipotesi che – per fortuna – non si sono verificate nella presente circostanza, ma che non è escluso potrebbero porsi in futuro, qualora si continuasse a seguire questa strada. Si tratta di situazioni che potrebbero confluire in un ipotetico "bestiario costituzionale", insieme ad alcune che abbiamo sin qui esaminate. Ne indico quattro, senza analizzare *funditus* i possibili problemi che esse aprirebbero, ma semplicemente prospettandole come possibile *memento* per il futuro.

Prima. L'ipotesi di "doppia abrogazione": ovvero un d.l. che abroga un altro d.l. prima della conversione e che, sempre prima della sua conversione in legge, sia a sua volta abrogato. Come si è detto, a questo punto non siamo ancora giunti, sebbene un d.l. fosse insieme di abrogazione e a sua volta abrogato (ma in diverse disposizioni). In tal caso, quale sarebbe la sorte delle disposizioni abrogate mediante un d.l. a sua volta abrogato?

Seconda. L'ipotesi di mancata conversione in legge del d.l. abrogante: si produrrebbe un effetto di reviviscenza delle disposizioni abrogate (nel primo)? Il caso sarebbe infatti diverso da quello precedente: nel primo, si tratterebbe di abrogazione, mentre nel caso di mancata conversione si tratterebbe di decadenza *ex tunc*, con possibile reviviscenza delle disposizioni abrogate. Anche qui non analizzo il tema, limitandomi a sperare che il problema non debba mai porsi e che, qualora si ponesse, fosse una legge a dipanare la matassa[39].

Terza. L'abrogazione di parti di un d.l. ad opera di un successivo d.l. emanato nel momento in cui la legge di conversione del primo si trova in seconda lettura parlamentare. In tale ipotesi, infatti, la prima Camera avrà già approvato

Normattiva, dove nel testo del d.l. n. 18 del 2020 sono correttamente indicati come abrogati gli art. 17, 49, 53 e 70, ma non l'art. 62, comma 7.

[38] *Gazzetta ufficiale*, Serie generale n. 124, Supplemento ordinario al n. 19 del 15 maggio 2020, p. 24.

[39] Più che mai, in questo caso, valgono in tal caso le parole di V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Cedam, Padova, 1984, p. 87, per il quale l'ultima parte dell'art. 77 Cost deve intendersi "come una sorta di 'invito' al legislatore a darsi carico degli inconvenienti e delle gravi difficoltà pratiche cui la retroattiva caducazione del provvedimento può dar luogo".

il testo comprensivo della disposizione abrogata, mentre la seconda Camera dovrà espungere quest'ultima in quanto nel frattempo abrogata; a quel punto, per rispettare il principio della doppia conforme, il disegno di legge dovrà ritornare alla prima Camera: ma perlopiù i tempi non ci sono, come noto. E si rischierebbe dunque la mancata conversione.

Quarta. L'abrogazione disposta da un d.l. di un altro d.l. con efficacia *ex tunc*. Quindi con immediata cessazione di vigenza di tutte le disposizioni del precedente d.l. non ancora convertito, come se non fosse mai esistito: con i conseguenti problemi di conversione in legge del primo, di quali conseguenze si produrrebbero nel caso di mancata conversione del secondo, e così via.

8. Conclusione (con la speranza che tutto ciò non succeda più)

Mi pare che per le finalità del presente, iniziale e limitato, contributo, quanto detto possa bastare. È evidente che i profili evidenziati debbano indurre ad evitare il più possibile, per il futuro, di ricorrere all'abrogazione di d.l. in sede di conversione ad opera di altri d.l. Tralasciando ogni valutazione sulla qualità della legislazione (complessivamente intesa), la messe di problemi che ciò pone è tale da sconsigliare l'utilizzo di detta prassi normativa.

Ma oltre a ragioni di inopportunità (evidenti), emergono anche aspetti di possibile incostituzionalità? Qualche dubbio, al riguardo, può porsi, con riferimento ad almeno due profili.

Il primo, prospettato anche dal Comitato per la legislazione, ha riguardo ai principi di razionalità normativa e di coerenza e certezza dell'ordinamento giuridico. Si ricorda, al riguardo, che – da ultimo - la sentenza n. 107 del 2017 ha affermato che il primo tra essi deve essere considerato qualora la formulazione delle disposizioni "sia tale da potere dare luogo ad applicazioni distorte (…) o ambigue (..), che contrastino, a causa dei diversi esiti che essa renda plausibili, il buon andamento della pubblica amministrazione, da intendersi quale ordinato, uniforme e prevedibile svolgimento dell'azione amministrativa, secondo principi di legalità e di buona amministrazione". Ed in altra decisione (n. 160 del 2016) la Corte ha espressamente affermato che "in linea di principio, possono risultare costituzionalmente illegittime – per irragionevolezza ridondante sulle attribuzioni regionali – norme statali dal significato ambiguo, tali da porre le Regioni in una condizione di obiettiva incertezza, allorché a norme siffatte esse debbano attenersi nell'esercizio delle proprie prerogative di autonomia": e nelle vicende emergenziali da Coronavirus si è visto quanto l'incertezza del quadro normativo nazionale abbia inciso sulle competenza regionali.

Il secondo profilo di incostituzionalità potrebbe ravvisarsi nella circostanza che le disposizioni del d.l. abrogante producono effetti irreversibili, in potenziale violazione, quindi, del potere, attribuito dall'art. 77 Cost. alle Camere, di eliminare ogni effetto prodotto dal decreto nell'ipotesi in cui il Parlamento

decida di non convertirlo in legge[40].

Per i limiti del presente intervento, basti segnalare il tema, con l'auspicio di un intervento chiarificatore da parte della Corte costituzionale.

È evidente che la vicenda emergenziale ha messo alla prova numerosi aspetti del sistema istituzionale ed anche di quello costituzionale: tutto sommato, questo è forse uno dei meno rilevanti. E tuttavia come sarebbe opportuno che la vicenda che (forse) abbiamo alle spalle ci insegnasse a ripensare per il futuro a molti aspetti della vita, così una riflessione sul sistema delle fonti del diritto in situazioni emergenziali potrebbe risultare senz'altro utile.

[40] L'ipotesi è prospettata, in termini generali, da S. M. CICCONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 301 ss.

© Osservatoriosullefonti.it, fasc. speciale/2020

LA REGIONE SICILIANA E LA DEFINIZIONE DELLE MISURE PER LIMITARE IL DIFFONDERSI DELLA PANDEMIA DA CORONAVIRUS COVID-19*

GIUSEPPE VERDE**

Sommario

1. Considerazioni introduttive: l'emergenza sanitaria e le regioni. – 2. La Sicilia di fronte al Coronavirus. – 3. Il potere di ordinanza del Presidente della regione. – 4. Le ordinanze del Presidente della regione: alcune indicazioni generali che emergono dalla prassi. – 5. Il "recepimento" e la consentita "applicazione" dei d.P.C.M. in Sicilia. – 6. L'emergenza sanitaria e l'art. 31 dello Statuto speciale. – 7. Segue. – 8. Le ordinanze del Presidente della regione: gli aspetti più significativi. – 9. Le misure aggiuntive disposte in Sicilia. – 10. Alcune considerazioni sulle misure aggiuntive disposte con le ordinanze del Presidente della regione Siciliana.

Abstract

The contribution describes the legal framework outlined by Law Decrees No 6/2020 and 19/2020 to connect State and Regions decisional process during Covid-19 pandemic emergency. It then critically examines form and content of Orders issued by the President of the Sicilian Region during the emergency.

Suggerimento di citazione

G. VERDE, *La Regione Siciliana e la definizione delle misure per limitare il diffondersi della pandemia da Coronavirus Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale/2020. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il contributo costituisce la rielaborazione dell'intervento tenuto al *webinar* "Le fonti normative dell'emergenza", organizzato dalla *Rivista* e svoltosi il 30 aprile 2020.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Palermo.
Contatto: giuseppe.verde@unipa.it

© 2007-2020 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIII - Fascicolo speciale/2020
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Considerazioni introduttive: l'emergenza sanitaria e le regioni

La pandemia da Coronavirus Covid-19 ha imposto alle istituzioni dei paesi colpiti di adottare scelte urgenti per fronteggiare una emergenza imprevista che ha messo a dura prova le strutture sanitarie chiamate a fronteggiare una situazione che subito è apparsa molto delicata. Come è noto la pandemia non ha risparmiato il nostro Paese che ha dovuto elaborare una strategia per provare ad arginare il diffondersi del virus[1].

Dalla fine del mese di gennaio la diffusione dell'epidemia in Italia ha prevalentemente coinvolto il nord del Paese e non è avvenuta in modo omogeneo, così che le regioni meridionali hanno avuto più tempo per adottare misure di contenimento del contagio.

Questa differenziazione "per aree geografiche" dell'impatto del Covid-19 sulla popolazione presente sul territorio italiano avrebbe potuto giustificare misure di contrasto alla diffusione del virus ragionevolmente ancorate a dati precisi e a proiezioni statistiche scientificamente probabili in ragione, appunto, delle dinamiche di diffusione del virus "per aree geografiche", ossia su base territoriale. Da un'altra parte la pandemia ha richiesto che alcune scelte – le più significative per la tutela della salute e il rispetto delle libertà costituzionali – venissero assunte a livello centrale coinvolgendo le strutture della Protezione civile nazionale e quindi il Presidente del Consiglio dei Ministri (d.lgs. 1 del 2018). Le Regioni, indipendentemente dall'efficienza del proprio sistema sanitario, non avrebbero potuto elaborare stime e previsioni la cui attendibilità è legata alla diffusione del virus su ambiti territoriali nazionali e sovranazionali. Una pandemia ha certamente caratteristiche diverse dalla malaugurata catastrofe che si concretizza in una emergenza definita nei contorni e nei rischi (terremoto, inondazione, crollo di una struttura essenziale per la viabilità, ecc.): un virus come il Covid-19 non si ferma alle frontiere né ha riguardo per i confini regionali.

Da un punto di vista ordinamentale non va sottaciuto che l'emergenza fin qui vissuta chiama in causa le competenze in tema di protezione civile, impegna le strutture sanitarie regionali, attende risposte dalle amministrazioni pubbliche più vicine ai bisogni della popolazione. Bastano questi richiami per comprendere che le Regioni risultano pienamente coinvolte nella lotta alla diffusione alla pandemia dovendo però tener conto delle scelte che sono andate maturando a livello statale.

L'articolata disciplina posta in essere dalla sequenza dei decreti-legge adottati dal Governo di fronte all'emergenza sembra infatti caratterizzata da interferenze e sovrapposizioni di materie riconducibili a titoli di competenza

[1] Per una esposizione dei problemi generali v. V. ONIDA, *Costituzione e coronavirus*, Milano (Mondadori – Piemme), 2020.

esclusiva statale ("profilassi internazionale" *ex* art. 117, primo comma, lett. *q)*, Cost.), a titoli di competenza esclusiva di alcune regioni speciali (artigianato; turismo e industria alberghiera; agricoltura; l'assistenza scolastica) e a titoli di competenza concorrente. Nondimeno, la tutela della salute di fronte alla situazione di straordinaria ed eccezionale emergenza è la materia prevalente[2].

Chi intende analizzare le risposte date dalle istituzioni italiane dovrebbe considerare l'eccezionalità della situazione che ha imposto decisioni non facili e discutibili sotto svariati punti di vista. Non c' è dubbio che il regionalismo italiano ha in generale dimostrato un'attitudine dei Presidenti delle Regioni ad occupare la scena politica attraverso la contestazione delle scelte governative statali o immaginando iniziative differenziate su base regionale (perché più restrittive e o meno restrittive rispetto a quelle governative). Ogni regione ha così contribuito al dibattito su ogni scelta con una presenza politica significativa. Sul piano operativo le singole realtà regionali hanno reagito in modo diverso lasciando intravedere altrettanti modi di intendere l'autonomia. Anche la risposta delle strutture sanitarie regionali è stata diversa in ragione del livello di efficienza raggiunto nelle singole regioni e della capacità di riconvertire la originaria programmazione indirizzandola verso terapie in grado di dare risposte al diffondersi del virus.

2. La Sicilia di fronte al Coronavirus

Le considerazioni fin qui svolte non costituiscono il preludio ad un contributo che intenda riflettere sui meccanismi di raccordo fra il "centro" e la "periferia" per come attivati nell'emergenza da Covid-19. Infatti, le considerazioni che seguiranno intendono richiamare l'attenzione del lettore su come l'ordinamento siciliano si è attivato rispetto alla pandemia in corso.

Più precisamente si cercherà di ripercorrere i tratti più significativi del concorso della Regione Siciliana alle scelte che hanno cercato di arginare il diffondersi della pandemia. Quello che più interessa non è soffermarsi sulla singola misura adottata o contestata, dal momento che il dibattito sulle misure (che in sé possono essere giuste o sbagliate) perde interesse con l'evolversi della pandemia e non pare capace di approdare ad una risposta univoca. Resta il fatto che nella gestione dell'emergenza è emerso un certo modo di intendere

[2] Condivisibile la considerazione esposta dal Consiglio di Stato, sez. III, dec., 30 marzo 2020, n. 1553 secondo cui "per la prima volta dal dopoguerra, si sono definite ed applicate disposizioni fortemente compressive di diritti anche fondamentali della persona - dal libero movimento, al lavoro, alla privacy - in nome di un valore di ancor più primario e generale rango costituzionale, la salute pubblica, e cioè la salute della generalità dei cittadini, messa in pericolo dalla permanenza di comportamenti individuali (pur pienamente riconosciuti in via ordinaria dall'Ordinamento, ma) potenzialmente tali da diffondere il contagio, secondo le evidenze scientifiche e le tragiche statistiche del periodo".

l'autonomia speciale che, a mio avviso, rappresenta un dato sul quale è bene confrontarsi.

Per essere chiari dico subito che la gestione dell'emergenza da Coronavirus in Sicilia ha fatto emergere a tratti un modo di intendere l'autonomia speciale che mi è parso poco convincente.

Pervengo alle conclusioni che ho appena anticipato provando a ragionare su questioni che trasversalmente emergono dai provvedimenti regionali di contrasto al Coronavirus.

Il primo di questi investe il fondamento dei poteri esercitati dal Presidente della Regione e la legittimazione del Presidente del Consiglio dei Ministri ad adottare decreti efficaci anche nell'ordinamento siciliano. Tutte le volte in cui entrano in gioco i rapporti tra lo Stato e la Regione si torna a discutere del valore dell'autonomia regionale siciliana. In vero, dovrebbe ammettersi che si tratta di un'autonomia più predicata che praticata. L'origine dello Statuto speciale, il contenuto di alcune sue disposizioni, la diffidenza storica nei confronti dello Stato da cui si rivendica sempre qualcosa ma di cui non si riesce a fare a meno, costituiscono alcuni tratti di quella che può definirsi come vera e propria *retorica dell'autonomia speciale siciliana* che, come si avrà modo di evidenziare nel prosieguo, è emersa anche in questo periodo. Tale retorica assorbe buona parte delle energie delle istituzioni e sostanzialmente impedisce di affrontare i problemi concreti che riguardano la Sicilia.

Passando poi al contenuto specifico dei provvedimenti regionali spesso si è assistito ad un inasprimento delle misure adottate in Sicilia rispetto a quelle vigenti nelle altre Regioni anche se più esposte ai pericoli legati alla diffusione del virus. Infatti, la pandemia nell'Isola non si è manifestata con la sua nota violenza ma in modo assai più circoscritto e limitato rispetto a ciò che è avvenuto per esempio in Lombardia e Veneto. Vero è che, probabilmente, le strutture sanitarie dell'Isola non sarebbero state in grado di approntare la risposta che i sistemi sanitari delle Regioni del nord hanno dato e, dunque, alcune scelte che la politica regionale ha fornito hanno evitato che le strutture sanitarie fossero travolte, ma ci si dovrà interrogare su come meglio organizzare nel futuro il sistema regionale sanitario. Resta poi da appurare se alcune scelte concrete che hanno ulteriormente compresso le già incise libertà dei Siciliani siano favorevolmente apprezzabili in termini di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità. Sembra che l'opinione pubblica apprezzi la scelta politica che limita le libertà per salvaguardare il bene futuro dei concittadini. È come se avessimo bisogno di sentirci tutelati senza però riflettere che ciò dovrebbe avvenire

soprattutto attraverso strutture capaci di curare e non solo attraverso provvedimenti capaci di limitare la libertà[3].

Tutto ciò coinvolge la responsabilità delle istituzioni che sono apparse disorientate nel cercare di governare un fenomeno ignoto e difficile da arginare. Di fronte ad una crisi economica la politica ricorre al "taglio della spesa pubblica" spesso lineare con conseguenze drammatiche per il sistema del welfare e, conseguentemente, per le frange della popolazione più indigenti. Se quindi sappiamo che per i nostri governanti "crisi" e "taglio" sono due parole che non possono mancare, nel caso della lotta alla pandemia la politica ha dovuto operare scelte complesse per le quali non era preparata. Di fronte a ciò si è avuta la sensazione che comunicare (qualcosa) equivalesse a governare (qualcosa). Da qui appuntamenti giornalieri con conferenze stampa, con comunicati governativi che annunziano decreti (che verranno adottati solo in seguito) a cui subito si sono accodati i "governatori" regionali con i loro provvedimenti anch'essi subito comunicati. Tutto ciò ha determinato per i cittadini un obiettivo stato di incertezza e confusione.

Limitando l'attenzione a quanto avvenuto in Sicilia tra il 25 febbraio e il 17 maggio 2020 si contano 21 ordinanze del Presidente della Regione e 15 Circolari della protezione civile a cui andrebbero sommati i provvedimenti governativi (d.P.C.M. e d.M.). Ma è da chiedersi se di fronte a questo procedere le ordinanze regionali abbiano sostanzialmente aggiunto qualcosa a quanto già disposto a livello nazionale. In definitiva, quali effetti concreti hanno prodotto le ordinanze del Presidente della Regione?

3. Il potere di ordinanza del Presidente della regione

Preliminarmente è opportuno precisare che l'adozione delle ordinanze appena sopra ricordate si giustifica in ragione delle discipline dettate da due decreti-legge che si sono succeduti in un arco temporale molto ristretto, con disposizioni che hanno avuto efficacia per un circoscritto numero di giorni in quanto poi abrogate dal un successivo decreto-legge.

Il primo decreto-legge è il n. 6 del 2020 convertito in legge con modificazioni dalla legge n. 13 del 2020. La conversione in legge del decreto–legge n. 6 si segnala per due profili. Le modificazioni approvate in sede di conversione

[3] Cfr., G. SILVESTRI, *Covid e Costituzione*, in *Unità per la Costituzione* (www.unicost.eu). Numerosi sono i contributi apparsi sui forum o sulle sezioni di approfondimento delle riviste online, *dirittifondamentali.it*; *federalismi.it*; *osservatorioaic.it*. Sui provvedimenti che si sono susseguiti e sul loro fondamento v., A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta Online*, I/2020; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in Rivista AIC, 2/2020.

hanno riguardato profili marginali del decreto. Dal punto di vista politico non è privo di significato il dato che emerge dalla votazione definitiva avvenuta in Senato con cui è stata approvata la legge di conversione (seduta n. 198 del 4 marzo 2020). Si tratta di un'approvazione avvenuta quasi all'unanimità (presenti 240, votanti 239, favorevoli 234, astenuti 5) legittimandosi così l'iniziativa politica del governo. Il convergere di quasi tutte le forze politiche sulla bontà delle scelte contenute nel decreto-legge n. 6 esprime una forte condivisione dell'operato dell'Esecutivo che si estende anche ai decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri contenenti le misure concrete per il contenimento dell'epidemia.

Quanto al contenuto del decreto richiamato, si rammenti che le misure di contenimento alla diffusione del virus indicate nell'art. 1 (elenco non esaustivo in ragione di quanto previsto dal successivo art. 2) potevano essere adottate nel rispetto di quanto indicato dal comma 1 dell'art. 3. Per quel che attiene al coinvolgimento delle Regioni e degli Enti locali un richiamo merita (l'ormai abrogato) comma 2 dell'art. 3 a mente del quale *nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 1, nei casi di estrema necessità ed urgenza le misure di cui agli articoli 1 e 2 possono essere adottate ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, dell'articolo 117 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, e dell'articolo 50 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267. Le misure adottate ai sensi del presente comma perdono efficacia se non sono comunicate al Ministro della salute entro ventiquattro ore dalla loro adozione*[4].

L'art. 3 comma 1 del successivo decreto-legge n. 19 del 2020 ha previsto la possibilità per le Regioni di introdurre *misure ulteriormente restrittive* giustificate perché riferite a *specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio*. Le misure regionali eventualmente adottate hanno comunque efficacia fino all'adozione dei d.P.C.M. adottati per contenere la diffusione del virus.

Si rammenti poi che ai sensi dell'art. 5, co. 2, del decreto-legge n. 19, le disposizioni del decreto "si applicano alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome di Trento e di Bolzano compatibilmente con i rispettivi statuti e le relative norme di attuazione".

Dal quadro normativo appena richiamato emerge che accanto alle misure adottabili dal Presidente del Consiglio dei Ministri, troviamo la previsione

[4] Per una diversa lettura dell'efficacia di questa clausola si vedano M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC,* 2/2020, pag. 20 ss. e G. BOGGERO, *Le "more" dell'adozione dei dpcm sono "ghiotte" per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covide-19*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, 1/2020.

anche di misure regionali per la cui adozione i decreti-legge sopra citati richiamano l'art. 32 della legge n. 833 del 1978 (in particolare il comma 3) e l'art. 117 del d.lgs. n. 112 del 1998 il quale prevede che possa farsi ricorso all'adozione ordinanze regionali contingibili e urgenti in casi di emergenze sanitarie o di igiene pubblica la cui dimensione coinvolge il territorio regionale.

Rispetto ai poteri del Presidente della Regione ex art. 32 della legge n. 833 del 1978 la Corte costituzionale con la sentenza n. 51 del 1991 ha chiarito, da un lato, la natura di detto potere (*deroga eccezionale all'ordinario regime degli atti normativi e amministrativi*) rispetto poi a quanto previsto dall'art. 120 Cost., e, dall'altro, la legittimità dell'ordinanza presidenziale, che consegue all'esistenza di specifici e particolari presupposti (*situazione fattuale di necessità e urgenza*) e si giustifica in ragione al suo contenuto in quanto deve contenere *misure strettamente necessarie rispetto al fine di prevenire la diffusione del contagio*.

La disciplina introdotta grazie ai decreti-legge n. 6 e n. 19 del 2020, più che fondare i poteri regionali in questione, mira a circoscriverne l'ambito di operatività attraverso un contenimento delle ordinanze regionali per le quali è espressamente definito il perimetro di intervento e la cessazione dell'efficacia in ragione del nuovo esercizio del potere governativo di adozione di misure di contenimento. Infatti, l'art. 3, comma 1 del decreto-legge n. 19 del 2020 definisce i limiti nel rispetto dei quali la Regione ha potestà di intervenire. I suddetti limiti operano ai sensi del successivo terzo comma dell'art. 3, per tutti gli *"atti posti in essere per ragioni di sanità in forza di poteri attribuiti da ogni disposizione di legge previgente"*. In questo senso il citato art. 3 non lascia margini per un potere presidenziale di ordinanza esercitato sulla base dell'art. 32 della legge n. 833 del 1978 prescindendo da quanto previsto dal citato art. 3[5].

4. Le ordinanze del Presidente della regione: alcune indicazioni generali che emergono dalla prassi

I meccanismi normativi appena descritti aiutano a comprendere perché in un arco temporale ridotto il Presidente della Regione Siciliana abbia adottato ben 21 ordinanze[6]. Tale numero non deve impressionare perché i decreti-legge n. 6 e n. 19, nella prospettiva di contenere i poteri regionali, hanno spinto a una

[5] Sul punto v. Tar Calabria, sez. I, sentenza n. 841 del 2020; secondo il Consiglio di Stato sez. I, adunanza di sezione del 07.04.2020 "*la ratio sottesa all'emanazione del D.L. e all' art 3 citato … di assicurare una «gestione unitaria» delle misure da adottare, con particolare riferimento alle prescrizioni che incidono su diritti di rango costituzionale, accentrandosi il potere di intervento in ambito statale in una prospettiva di emergenza di carattere nazionale «per evitare che interventi regionali o locali possano vanificare la strategia complessiva di gestione dell'emergenza, soprattutto in casi in cui si limitano le libertà costituzionali*".

[6] Tutte consultabili sul sito della Regione al seguente indirizzo web: http://pti.regione.sicilia.it/portal/page/portal/PIR_PORTALE/PIR_Covid19OrdinanzePresidenzadellaRegione

riedizione delle ordinanze già adottate magari al solo fine di prorogarne gli effetti o di richiamarne i contenuti[7]. Altre hanno riguardato la situazione peculiare di piccoli comuni nei quali si è ritenuto sussistere un focolaio[8]. Altre ancora si limitano a replicare in ambito regionale quanto già disposto dal Governo in ambito nazionale[9]. Fatta questa scrematura l'impatto dispositivo delle ordinanze siciliane è circoscritto a solo alcuni aspetti che verranno più avanti ripresi quando si cercherà di comprendere se le misure regionali possono giustificarsi in ragione dei presupposti da cui muovono e, quindi, in quanto recano misure adeguate e proporzionate.

Uno sguardo alle prassi seguite in altre Regioni conferma un ricorso stabile alle ordinanze presidenziali[10]. Una comparazione limitata ai dati appena esposti collocherebbe il Presidente della Regione Siciliana tra i governatori che hanno fatto un uso accorto del potere qui in discussione.

Altro profilo degno di nota attiene alle modalità di esercizio del potere presidenziale di ordinanza. Dalle disposizioni sopra richiamate (decreti-legge n. 6 e n. 19 del 2020; art. 32 legge n. 833 del 1978; art. 117 del d.lgs. 112 del 1998) il potere in questione risulta rimesso alla competenza esclusiva del Presidente della Regione e ciò consente di sottolineare la dimensione monocratica del potere in questione, che sembrerebbe trovare un parallelo nell'ampio utilizzo, a livello statale, dei d.P.C.M.. Tuttavia, le modalità attraverso le quali sono definite le misure governative di contrasto alla pandemia prevedono che l'adozione di un d.P.C.M. avvenga attraverso un articolato procedimento determinato dal concorso di più soggetti così che il conseguente decreto presidenziale non può essere nella sostanza definito come provvedimento esclusivo del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Il dato che emerge dallo studio delle ordinanze del Presidente della Regione Siciliana conferma l'interpretazione del ruolo presidenziale in senso assolutamente monocratico: non si registra mai alcun coinvolgimento della Giunta di Governo; non si ha notizia di alcun coinvolgimento dell'Assemblea regionale siciliana anche in termini di mere comunicazioni o informazioni; non risultano attivati strumenti di consultazione istituzionale dei comuni, eccezion fatta per un richiamo contenuto nell'ordinanza n. 2 del 26 febbraio 2020 in cui si legge che, al fine di costituire un'apposita struttura regionale di coordinamento, è stato "sentito il sindaco di Palermo, anche quale sindaco della Città

[7] Così, ordinanze n. 14 del 3 aprile 2020; n. 16 di giorno 11 aprile 2020; n. 17 del 18 aprile 2020.

[8] Ordinanze nn. 8 e 9 del 23 marzo 2020; n. 11 del 25 marzo 2020; n. 12 del 29 marzo 2020.

[9] In questi termini v, ordinanza n. 1 del 25 febbraio 2020 e n. 5 del 13 marzo 2020 ed anche n. 6 del 19 marzo 2020.

[10] Si tenga conto che dall'inizio dell'emergenza fino al 21 maggio 2020, il presidente della Regione Friuli Venezia – Giulia ha adottato 15 ordinanze. In Toscana si contano ben 58 ordinanze di cui però 19 sono state esplicitamente revocate o abrogate. Il Presidente della Regione Lazio ha adottato 42 ordinanze mentre quello della Regione Campania 49. In Puglia si contano 24 ordinanze.

Metropolitana e presidente dell'Anci – Sicilia". Nelle ordinanze relative ai focolai presenti in alcuni comuni il Presidente "ordina" … "sentiti" i Sindaci o "considerato che i Sindaci …. hanno invitato il Presidente della Regione ad intervenire".

Per quel che poi attiene ai profili che riguardano l'annosa questione della qualità della legislazione, la stesura delle ordinanze regionali viene "perfezionata" sul versante qualitativo molto lentamente e, sotto alcuni profili, appare del tutto ignorare delicate questioni relative al rapporto fra fonti statali e fonti regionali[11].

Per comprendere gli effetti in concreto prodotti dalle ordinanze in questione bisognerebbe avere piena contezza delle misure in esse contenute. I meccanismi indotti dai decreti-legge n. 6 e n. 19 del 2020 indirizzano l'attenzione verso le ordinanze di ogni regione e così facendo la prima impressione che si produce nel lettore è quella di un'attività autonoma di ogni regione che attraverso l'attivazione delle specifiche competenze del proprio Presidente ha dettato disposizioni valevoli per il territorio regionale. Quasi che si trattasse di piccoli "stati" che adottano disposizioni destinate ad arginare la diffusione della pandemia sul proprio territorio. Ma se dallo studio delle singole ordinanze si fuoriesce dall'ambito della singola regione e si prova ad osservarle nel loro insieme, ci si accorge che gli elementi di differenziazione si riducono molto[12]. Si dovrebbe quindi concludere che, indipendentemente dalle forme che hanno caratterizzato l'esercizio dei poteri dei presidenti regionali, le discipline operative hanno riprodotto in sede regionale una matrice originaria che ha reso le misure sostanzialmente sovrapponibili. La definizione poi dei contenuti sostanzialmente omogenei è probabilmente frutto di una opportuna collaborazione istituzionale che ha coinvolto il Governo, il Parlamento e le singole Regioni.

[11] Ad esempio, bisogna attendere l'adozione dell'ordinanza n. 14 del 3 aprile 2020 perché nei richiami normativi si corregga l'art. 107 con l'art. 117 del d.lgs. n. 112 del 1998. In vero, sarebbe poi da domandarsi se le disposizioni del d.lgs. 112 siano applicabili alla Sicilia atteso che il decreto in questione ha promosso il trasferimento di funzioni amministrative dallo Stato alle Regioni precisandosi (art. 10) che per le Regioni speciali si provvederà con le modalità previste dai rispettivi statuti, cioè attraverso l'approvazione di decreti legislativi contenenti le conseguenti disposizioni di attuazione dello Statuto speciale (su cui v., Corte costituzionale sentenza n. 270 del 2016).

[12] A questa conclusione si perviene perché si è avuto modo di accertare, per esempio, che il contenuto dell'ordinanza n. 1 del 25 febbraio 2020 del Presidente della Regione Siciliana è sovrapponibile al contenuto dell'ordinanze n. 1/PC del Presidente della Regione Friuli Venezia – Giulia, n. 5 del Presidente della Regione Toscana e, ancora, alle ordinanze n. 2 della Regione Lazio, della Regione Campania e della Regione Puglia. Se il dato fosse confermato anche in riferimento ad altre ordinanze se ne dovrebbe dedurre che a fronte di una visibile presenza dei Governatori sulla scena politica regionale e nazionale, gli elementi di differenziazione sarebbero veramente pochi.

5. Il "recepimento" e la consentita "applicazione" dei d.P.C.M. in Sicilia

Come in parte anticipato, le ordinanze del Presidente della Regione Siciliana contengono alcune indicazioni circa il modo di intendere i rapporti con lo Stato. Quindi le ordinanze, al di là delle misure in esse contenute, offrono l'occasione per prendere posizione su come l'autonomia regionale siciliana viene intesa.

Un punto nodale importante attiene alla titolarità e al fondamento del potere (condiviso fra Governo nazionale e Governo regionale) di adottare ordinanze contenenti misure per contenere la diffusione del virus.

Alcune delle ordinanze del Presidente della Regione si esprimono in termini di "recepimento" dei provvedimenti nazionali nel territorio regionale (ordinanze n. 5 e n. 14) o consentono alle misure nazionali di essere applicate anche in Sicilia (ordinanze n. 3, n. 16, n. 17, n. 18 e n. 21).

L'intenzione di promuovere un "recepimento" delle fonti nazionali è ben rappresentata dall'art. 1 dell'ordinanza n. 14 a detta del quale "*in ottemperanza delle disposizioni di cui al D.L. 19/2020 ed al successivo decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri dell'1 aprile 2020, devono intendersi integralmente recepiti, con effetto per il territorio della Regione Siciliana, i Dpcm 8, 9, 11 e 22 marzo 2020, nonché le disposizioni di cui all'ordinanza del Ministro della Salute del 20 marzo e all'ordinanza del 28 marzo adottata dal Ministro della salute di concerto con il Ministro delle Infrastrutture e dei trasporti*".

L'intenzione di consentire l'"applicazione" delle misure nazionali nel territorio regionale si coglie nell'ordinanza n. 3: "*allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus Covid-19, sull'intero territorio regionale si applicano le misure previste dal Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri dell'8 marzo 2020*".

"Recepimento" e "applicazione" sono solitamente le tecniche legislative con cui la Regione dà corso nell'ordinamento regionale siciliano a leggi statali che recano norme di grandi riforme economico-sociale su materie oggetto di competenza legislativa esclusiva e già in precedenza occupate da leggi regionali. Il fatto che tale tecnica sia presente anche nelle ordinanze sopra richiamate, probabilmente si spiega con la previsione contenuta nell'art. 5, co. 2, del decreto-legge n. 19, a norma della quale le disposizioni del decreto *si applicano alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome di Trento e di Bolzano compatibilmente con i rispettivi statuti e le relative norme di attuazione*, formula questa sostanzialmente riprodotto nell'art. 5, comma 5 del d.P.C.M. adottato giorno 8 marzo.

6. L'emergenza sanitaria e l'art. 31 dello Statuto speciale

Per quel che attiene poi alla potestà di adottare le misure di contenimento della pandemia, i decreti–legge n. 6 e n. 19 hanno previsto un meccanismo di raccordo fra "centro" e "periferia" che indirizza l'esercizio dei poteri di cui all'art. 32 della legge n. 833 del 1978 al rispetto dei limiti indicati dall'art.3, comma 3, del decreto-legge n. 19 del 2020. Malgrado ciò, dalla prassi emerge non solo che le misure nazionali attenderebbero di essere "recepite" in quanto non sarebbero immediatamente "applicabili", ma è presente nelle ordinanze n. 3 e n. 4 un richiamo ad una particolare disposizione dello Statuto speciale.

Si tratta dell'art. 31, il cui secondo comma risulta espressamente richiamato solo nelle ordinanze n. 3 e n. 4. In dette ordinanze le determinazioni assunte dal Presidente della Regione muovono dall'art. 32 della Costituzione e sono adottate "*visto lo Statuto della Regione Siciliana e in particolare l'art. 31 comma 2*".

La disposizione richiamata, un *unicum* nel panorama del regionalismo italiano, afferma (al primo comma) in modo perentorio che "*al mantenimento dell'ordine pubblico provvede il Presidente della Regione a mezzo della polizia dello Stato … il presidente può chiedere l'impiego delle forze armate dello Stato*". Il secondo comma dell'art. 31 prosegue affermando che "*tuttavia il Governo dello Stato potrà assumere la direzione dei servizi di pubblica sicurezza, a richiesta del Governo regionale congiuntamente al Presidente dell'Assemblea e, in casi eccezionali, di propria iniziativa, quando siano compromessi l'interesse generale dello Stato e la sua sicurezza*".

Il richiamo contenuto nelle ordinanze n. 3 e 4 al secondo comma dell'art. 31 dello Statuto lascia intendere che il Governo regionale abbia intenso ricondurre - almeno fino ad un certo momento – l'adozione delle misure di contrasto all'emergenza da Coronavirus alla richiamata disposizione statutaria, lasciando intendere che le misure adottate dal Governo nazionale siano riconducibili ai servizi di pubblica sicurezza e che la loro adozione sarebbe stata "richiesta" dal Governo regionale.

È noto che l'art. 31 è annoverato fra le disposizioni dello Statuto di più difficile coordinamento con le previsioni della Costituzione anche perché il rapporto fra Statuto (artt. 31, 14 e 16) e Costituzione (art. 117) è regolato dall'art. 10 della l.c. n. 3 del 2001.

Se ci si concentra sugli artt. 31, 14 e 16 si deve rammentare che la Corte costituzionale con la sentenza n. 55 del 2001 ha ritenuto fondata la questione di legittimità dell'art. 22 della legge regionale siciliana n. 20 del 1999 (*Nuove norme in materia di interventi contro la mafia e di misure di solidarietà in favore delle vittime della mafia e dei loro familiari*) in quanto "evidente è, quindi, il contrasto con gli artt. 14 e 17 dello statuto siciliano, che non contemplano tali materie tra quelle attribuite alla competenza legislativa esclusiva o concorrente

della Regione, nonché con il principio - assolutamente pacifico in giurisprudenza e in dottrina, e non contestato dalla stessa Regione resistente - secondo cui la materia dell'ordine e della sicurezza pubblica è riservata in via esclusiva alla legislazione nazionale". D'altronde sempre la Corte (sentenza n. 131 del 1963) ha avuto modo di precisare che "dall'art. 31 dello Statuto siciliano discende che solo una legge costituzionale potrebbe stabilire, in sede di revisione, che il Presidente regionale possa servirsi di organi non appartenenti alla polizia statale; e, d'altra parte, solo una legge della Repubblica può stabilire l'ordinamento degli organi di polizia, di cui il Presidente e il Governo della Regione possono disporre".

Con la deliberazione n. 123 del 26 marzo 2020 la Giunta regionale ha approvato uno *Schema di norma di attuazione dell'art. 31 dello Statuto della Regione Siciliana*, in questo modo esprimendo l'intenzione di promuovere l'attuazione dell'art. 31 e di offrire alla future determinazioni che la Commissione paritetica vorrà assumere un articolato che costituisce la base di partenza di un lavoro che dovrà compiersi nel rispetto di quanto previsto dall'art. 43 dello stesso Statuto[13].

Rispetto allo schema proposto dal Governo regionale vi è stato chi ha colto un elemento di positività nella possibilità che si pervenga alla definizione di poteri di emergenza sanitaria meglio strutturati rispetto ai meccanismi di cui ora agli articoli 3 e 5 del decreto – legge n. 19 del 2020[14].

Altra parte della dottrina, dopo aver richiamato alcuni contenuti dell'ordinanza del Presidente della Regione n. 14, sottolinea che il Governatore siciliano avrebbe potuto "chiedere l'impiego delle forze di polizia dello Stato, con un'azione di contenimento del numero complessivo dei contagi in tutto il territorio regionale, che nelle ultime settimane ha fatto registrare un considerevole aumento, con il rischio di mettere in crisi gli ospedali dell'Isola"[15].

[13] Il deliberato di giunta e lo schema è consultabile all'indirizzo web: http://www.regione.sicilia.it/deliberegiunta/file/giunta/allegati/N.123_26.03.2020.pdf

[14] Si ha modo di precisare che la proposta valorizza solo una parte delle potenzialità dell'art. 31 dello Statuto dando così corso ad un "diritto regionale dell'emergenza", precisandosi che "ogni previsione statutaria merita, pertanto, una considerazione a sé, occorrendo verificare di volta in volta se sia possibile una lettura della stessa coerente con il quadro dei principi costituzionali", così A. MORELLI, *Quel che resta della specialità nello stato di emergenza (e non solo). La proposta di attuazione dell'art. 31 dello Statuto siciliano*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, n. 1/2020, pag. 543 ss. su www.dirittiregionali.it

[15] Precisandosi, ancora, che l'art. 31 "attribuisce, infatti, al Presidente della Regione la competenza a chiedere l'impiego delle forze di polizia. L'attuazione di tale disposizione consentirebbe lo svolgimento di controlli immediati e capillari nelle strade, all'ingresso di porti, aeroporti e stazioni nell'intero territorio siciliano, ai fini di assicurare il rispetto delle norme anti-contagio. In questa direzione sembra andare lo schema, approvato dalla Giunta regionale, di norma attuativa dell'art. 31 dello Statuto speciale della Regione Siciliana" così, I. A. NICOTRA, *L'emergenza sanitaria e lo Statuto dei siciliani ai tempi del Covid-19*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, n. 1/2020, pag. 543 ss. su www.dirittiregionali.it

7. Segue

Lo schema delle disposizioni d'attuazione dell'art. 31 dello Statuto prevede un articolo composto da quattro commi.

Il c.d. diritto regionale dell'emergenza prevede che nel caso sia dichiarato lo stato di emergenza "il Presidente della Regione Siciliana, quale organo dello Stato, adotta le tutte misure necessarie con proprie ordinanze contingibili e urgenti, nel rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico e dell'Unione Europea e con efficacia estesa all'intero territorio regionale o parte di esso".

Se invece l'emergenza ha un carattere regionale "per affrontare l'emergenza regionale e ristabilire le normali condizioni di vita, il Presidente della Regione Siciliana, sentito il Governo nazionale, adotta le ordinanze contingibili e urgenti di cui al comma I".

Le disposizioni appena richiamate sono ispirate da un'orgogliosa indipendenza delle istituzioni regionali così che il Presidente dovrebbe sempre provvedere o come organo dello Stato o come organo della Regione.

La disciplina in questione si muove in una logica di separazione che non convince. Quello che è in gioco, in casi come quelli richiamati nei primi due commi, è la tutela della salute, la salvaguardia dell'ambiente, la tutela delle persone. Siamo sicuri che la separazione sia lo strumento che consente di meglio perseguire gli interessi delle comunità toccate dall'emergenza? I criticati meccanismi di cui al decreto-legge n. 19 del 2020 hanno consentito ai governatori di introdurre misure specifiche nel rispetto di un quadro istituzionale di leale collaborazione fra Governo e Regioni nel quale è fondamentale che la regia sia collocata al "centro" del Paese perché solo così è possibile adottare le misure idonee al contenimento dell'emergenza. Non credo che avrebbe molto senso immaginare un potere regionale dell'emergenza separato e avulso dagli accertamenti scientifici e dalle considerazioni generali che influiscono molto nella definizione delle misure di contrasto.

Poi, l'esperienza vissuta lascia intendere come sia decisivo avvalersi di un quadro normativo che, muovendo da alcuni principi, detti disposizioni in grado di arginare nello specifico l'emergenza in atto. La previsione in termini generali di un diritto regionale siciliano dell'emergenza potrebbe non essere adeguata alla situazione emergenziale che in concreto si deve arginare, ed avrebbe il solo effetto di riconoscere formalmente un ruolo presidenziale che potrebbe risultare non funzionale al contrasto della calamità. Dall'esperienza che il Paese ha vissuto, emerge che il quadro normativo generale (rappresentato dalla disciplina generale in tema di protezione civile e dalla legge n. 833 del 1978) vada integrato da disposizioni specifiche pensate in riferimento alla risposta da dare non a una ipotetica emergenza ma ad una specifica emergenza. Si ha bisogno di normative agili e adeguate a situazioni mutevoli, mentre

l'approvazione di disposizioni di attuazione dello Statuto speciale, proprio per la natura che detta fonte ha nell'ordinamento, renderebbe molto difficile modificare il già definito diritto regionale dell'emergenza sottraendo la funzione attribuita alla Regione alla disponibilità della fonte primaria. Infatti, la giurisprudenza costituzionale (sentenza n. 51 del 2020) ha ribadito che "trattasi di norme espressive di un potere attribuito dalla norma costituzionale in via permanente e stabile e, quindi, nell'ambito della loro competenza, capaci di derogare alle leggi ordinarie, nel rispetto dei suddetti limiti (*ex plurimis*, sentenze n. 341 del 2001, n. 213 del 1998, n. 160 del 1985, n. 212 del 1984 e n. 151 del 1972)".

Poco valgono poi i richiami alla solidarietà politica, alla sussidiarietà e alla leale collaborazione contenuti nel terzo comma della proposta disposizione di attuazione se il potere che si attribuisce al Presidente non è accompagnato da modalità di esercizio che presuppongono il coinvolgimento degli enti locali, l'apporto della comunità scientifica, l'attivazione delle competenze dell'Assemblea regionale, il coinvolgimento della Giunta regionale.

Maggiori perplessità poi sollecita il quarto comma della disposizione di attuazione: in termini del tutto generali ("ai sensi dell'art. 31 dello Statuto speciale, per l'attuazione delle sue ordinanze o provvedimenti, comunque denominati") si ritiene che "il Presidente della Regione, di concerto con il Ministro dell'Interno, può sempre avvalersi della Polizia di Stato e, ove occorra, delle Forze Armate di stanza nella Regione, di concerto con il Ministro della Difesa". La disposizione per la parte che cita le "forze armate" si pone al di fuori del perimetro dell'art. 31 che prevede che il Presidente "può chiedere l'impiego" ma non può avvalersi delle forze armate: nel chiedere l'impiego è escluso il comando delle forze armate. "Avvalersi" è un'espressione ambigua che forse è meglio non utilizzare. Per quel che attiene al rapporto con la Polizia, la Corte ha chiarito che in questo caso il Presidente agisce come organo dello Stato e ciò è già previsto dal primo comma.

Sia consentito richiamare l'attenzione anche sull'opportunità della disciplina di cui al quarto comma. Mi domando, infatti, se non sia auspicabile che le forze di polizia restino nella disponibilità del Ministro degli interni, dei Prefetti[16] e dei Questori dal momento che dette Autorità - che nel corso dell'emergenza da Coronavirus hanno dato prova di grande attenzione agli interessi del paese offrendo un contributo decisivo per la lotta alla pandemia - hanno una competenza specifica nella tutela dell'ordine pubblico che il Presidente della

[16] In merito poi alla responsabilità affidata ai Prefetti, l'art. 4, comma 1 del d.P.C.M. di giorno 8 marzo 2020 ha previsto che l'autorità prefettizia nell'avvalersi delle forze di polizia (con il concorso del corpo nazionale dei vigili del fuoco) ed eventualmente delle forze armate, ne dà comunicazione "al Presidente della regione e della provincia autonoma interessata".

Regione non ha e certamente non acquisirebbe in virtù dell'avvenuta attuazione dell'art. 31 dello Statuto[17].

In sostanza non è sufficiente che una disposizione dello Statuto sia formalmente vigente perché se ne invochi a distanza di 74 anni l'attuazione, in una forma che, volgendo lo sguardo alla giurisprudenza costituzionale, sembrerebbe non compatibile, peraltro, alla sua portata precettiva. Meglio prendere consapevolezza che rispetto a molte disposizioni dello Statuto si registra una sorta di *pietrificazione* della loro potenzialità normativa, per effetto sia delle dinamiche politiche e istituzionali fra Stato e Regioni, sia della giurisprudenza della Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulle prime, com'è già avvenuto con riferimento proprio all'art. 31. Certo si tratta di disposizioni alle quali può sempre farsi appello per promuoverne l'attuazione, ma stupisce che la politica quando si interroga sul valore della specialità siciliana ometta di confrontarsi con la realtà del presente e avverta il bisogno di guardare indietro anziché rivolgere lo sguardo al futuro. Trascorsi quasi vent'anni dall'entra in vigore della legge costituzionale n. 3 del 2001 l'adeguamento dello Statuto speciale non risulta presente nell'agenda politica siciliana, il che significa che mancano le idee perché la Sicilia possa attribuire un senso alla propria specialità. Sarebbe forse opportuno domandarsi se piuttosto che invocare la titolarità di nuove funzioni, non sarebbe più urgente impegnarsi nell'esercizio di quelle già affidate alle cure dell'amministrazione regionale.

Tornando all'art. 31 dello Statuto è chiaro che, le disposizioni che volessero dare attuazione a detta disposizione statutaria, dovrebbero muovere dagli ambiti materiale definiti dall'art. 31.

Il primo di questi è "il mantenimento dell'ordine pubblico" a cui il Presidente dovrebbe provvedere "a mezzo della polizia dello Stato" (art. 31, comma 1).

Il Secondo ambito materiale si deduce dal secondo comma dell'art. 31 ed attiene alle modalità attraverso le quali il "Governo regionale [...] congiuntamente al Presidente dell'Assemblea" attiva "il Governo dello Stato" per "la direzione dei servizi di pubblica sicurezza [...] quando siano compromessi l'interesse generale dello Stato e la sua sicurezza".

In buona sostanza l'art. 31 – piaccia o non piaccia – si riferisce all'ordine pubblico e alla pubblica sicurezza. Ne consegue, quindi, che la prospettiva

[17] Secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale la portata del citato art. 31 esclude che "il Presidente della Regione, che qui interviene nella sua qualità di organo dello Stato, possa svolgere le funzioni di provvedere al mantenimento dell'ordine pubblico mediante organi o uffici regionali, in quanto la disposizione stabilisce espressamente che tali funzioni debbono essere svolte "a mezzo della polizia dello Stato" (v. in tale senso sentenza n. 131 del 1963)" così, Corte costituzionale sentenza n. 55 del 2001, par. 3 II cpv. considerato in diritto.

dell'attuazione statutaria non consente di approvare disposizioni di attuazione estranee all'oggetto di cui all'art. 31.

Su questi presupposti non credo che l'art. 31 possa legittimare una qualsiasi disciplina relative alle "emergenze". Quest'ultima è destinata a realizzarsi grazie al consueto concorso fra legislazione statale e regionale che, nella vicenda qui tratteggiata, è stato definito dagli articoli 1, 2 e 3 del d.l n. 6 del 2020 (e poi dall'art. 1 el successivo d.l. n. 19 del 2020). Il citato art. 1 ha posto i principi fondamentali in materia di organizzazione del servizio sanitario di fronte all'emergenza, mentre gli artt. 2 e 3 hanno realizzato una sorta di chiamata in sussidiarietà di funzioni regionali in materie diverse (sanità, agricoltura, commercio…) introducendo il coinvolgimento delle Regioni qui solo "sentite" in quanto l'emergenza non avrebbe consentito la realizzazione dell'intesa.

Le proposte esaminate dalla Giunta regionale dovrebbero essere rapportate al perimetro normativo definito dall'art. 31 che non riguarda né le potestà attivabili in sede di protezione civile né quelle poste dalle emergenze sanitarie ma, come detto, ordine pubblico e pubblica sicurezza.

8. Le ordinanze del Presidente della regione: gli aspetti più significativi

Passando alle misure adottate dal Presidente della Regione con le sue ordinanze è bene muovere da alcuni aspetti generali presenti nei provvedimenti regionali che hanno accentuato, inasprendole, le misure contenute nei d.P.C.M. via via approvati.

È bene avvertire che la struttura dell'ordinanza risponde ad una logica che impone il richiamo a leggi e decreti-legge, ai provvedimenti via via adottati dal Presidente del Consiglio dei Ministri o dai singoli Ministri, alle precedenti ordinanze regionali, alla deliberazione del 30 gennaio relativa alla dichiarazione per sei mesi dello stato di emergenza, alla dichiarazione dell'Organizzazione mondiale della sanità sulla rilevanza internazionale dell'emergenza sanitaria. Si tratta di aspetti presenti nelle ordinanze che risultano integrati da altre considerazioni rese dal governatore nella parte motiva dell'ordinanza.

A partire poi dall'ordinanza n. 8 del 23 marzo 2020 si rileva che "un recentissimo studio ("*Substantial undocumented infection facilitates the rapid dissemination of novel coronavirus (SARS-CoV2)*" di Ruiyun Li1*, Sen Pei2*†, Bin Chen3*, Yimeng Song4, Tao Zhang5, Wan Yang6, Jeffrey Shaman2†, pubblicato sulla Rivista scientifica http://science.sciencemag.org/ in data 16 marzo 2020) dimostra che la grande maggioranza dei soggetti destinatari di contagio da Covid-19 (in una misura percentuale tra il 50% e il 75%) è completamente asintomatica e che la misura dell'isolamento dei contagiati (siano essi sintomatici o non sintomatici) non solo risulta capace di proteggere dal contagio altri soggetti, ma appare in grado di proteggere anche dalla evoluzione "grave" della malattia nei soggetti contagiati, come è dimostrato dal dato che il tasso di

guarigione dei pazienti infettati, se isolati, è pari a soli 8 (otto) giorni nel 60% dei casi presi in esame".

Nell'ordinanza n. 15 di giorno 8 aprile 2020 si tiene conto "che il Dipartimento di Scienze economiche, aziendali e statistiche dell'Università di Palermo ritiene efficaci le misure di contenimento adottate dalla Regione Siciliana per contrastare il diffondersi del contagio, evidenziando come la Sicilia, alla luce dei dati raccolti sull'andamento dell'epidemia sin dalla fine di febbraio, potrebbe essere la prima Regione italiana a raggiungere l'obiettivo di "zero contagi solo se continua a mantenere le restrizioni in vigore".

I richiami sopra evidenziati consentirebbero al Presidente di "accentuare tutte le limitazioni, soprattutto per quanto attiene ai comportamenti che possono generare condizioni idonee alla diffusione del contagio".

È chiaro che si fa riferimento a presupposti scientifici per i quali è stato giustamente osservato che "il decisore politico non potrà tuttavia scegliere a caso tra l'una o l'altra teoria scientifica, ma potrà e dovrà distinguere tra *scienza e pseudo-scienza* individuando la *tesi scientifica più affidabile* avvalendosi dei parametri elaborati dalla giurisprudenza statunitense (*Daubert trilogy*) e nazionale (sentenza *Cozzini*, Cass. pen., IV, 17.9.2010 n. 43786)". Tutto ciò consente di valutare in concreto l'attendibilità di una misura in quanto "ogni restrizione deve essere limitata allo *stretto necessario sotto il profilo spazio-temporale* ed essere proporzionata e adeguata all'obiettivo. Non solo le misure devono essere limitate nel tempo e circoscritte nello spazio, ma la proporzionalità va valutata in modo diverso nei singoli territori colpiti dalla pandemia. Ciò che è proporzionato in zona rossa potrebbe non esserlo in altre zone del Paese"[18] e "l'indifferenziata applicazione su tutto il territorio nazionale delle stesse identiche misure di contenimento, peraltro attraverso provvedimenti in rapida successione, non sembra, invece, tenere adeguatamente conto del dato epidemiologico dal quale (...) emerge una significativa differenza tra il Nord e il Sud del Paese"[19].

La formulazione dei richiami contenuti nelle ordinanze in precedenza evidenziate non consente di accertare il grado di affidabilità scientifica delle tesi ivi richiamate e ciò induce a valutare la bontà delle misure adottate in riferimento ai principi di proporzionalità, pertinenza e appropriatezza.

[18] Così, R. DE NICTOLIS, *Il processo amministrativo ai tempi della pandemia*, in *Federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid – 19 – Paper – 15 aprile 2020*.

[19] In questi termini v., M. BETZU E P. CIARLO, *Epidemia e differenziazione territoriale*, in https://www.biodiritto.org/Online-First-BLJ/Online-First-BLJ-2-20-Instant-Forum-Diritto-diritti-ed-emergenza-ai-tempi-del-Coronavirus.

9. Le misure aggiuntive disposte in Sicilia

Si è già detto che le misure aggiuntive disposte dal Presidente della Regione hanno inteso accentuare le restrizioni già decise nei vari d.P.C.M. che si sono susseguiti.

Il d.P.C.M. adottato l'8 marzo 2020 ha previsto misure articolate per arginare il diffondersi dell'epidemia da applicarsi in un arco temporale compreso fra la data di adozione de decreto e il 3 aprile 2020. In particolare l'art. 5 ha precisato che "resta salvo" il potere di ordinanza delle regioni ai sensi dell'art. 3 comma 2 del decreto-legge n. 6 del 2020 aggiungendo che le disposizioni del d.P.C.M. si applicano alle Regioni speciali e alla Province autonome di Trento e Bolzano compatibilmente con i rispettivi statuti e le relative norme di attuazione.

Ciò ha consentito alle Regioni interessate dal rientro dei residenti di adottare delle proprie ordinanze con misure per fronteggiare il rischio di diffusione del virus.

Tali ordinanze risultano adottate dal Presidente della Regione Campania (ordinanza n. 8 di giorno 8 marzo 2020), dal Presidente della Regione Puglia (ordinanza n. 175 di giorno 8 marzo 2020) e anche dal Presidente della Regione Siciliana (ordinanza n. 3 di giorno 8 marzo 2020).

Le misure in concreto adottate dai Presidenti delle Regioni di Campania, Puglia e Sicilia risultano rispondenti ad un'unica matrice e mirano ad arginare la diffusione del virus in ragione del "rientro nei territori di residenza da parte di cittadini che hanno transitato, sostato o sono domiciliati per motivi di lavoro o di studio nei territori della Regione Lombardia e dalle province di Province di Modena, Parma, Piacenza, Reggio nell'Emilia, Rimini; Pesaro e Urbino; Venezia, Padova, Treviso; Asti e Alessandria".

In questi casi è previsto un obbligo di quarantena e il rispetto di alcune regole (autoisolamento, distanziamento sociale, ecc.) la cui osservanza dovrebbe limitare la diffusione del virus.

Non mancano elementi di differenziazione frutto di scelte mancate o compiute dal Governo nazionale o dai Presidenti (per es. la disciplina applicabile ai centri sportivi), ma in buona sostanza la linea di risposta delle Regioni è caratterizzata da misure condivise.

Il Presidente della Regione ha poi previsto (con l'ordinanza n. 7 del 20 marzo 2020) la sottoposizione al tampone rinofaringeo "a ridosso della conclusione del termini di quarantena" (art. 1, comma 3) già prevista per i residenti rientrati ai sensi di quanto contenuto nella ordinanza n. 3 di giorno 8 marzo.

L'applicazione di quest'ultima misura ha dovuto fari i conti con alcune difficoltà organizzative, dovute ai nuovi compiti assegnati alle strutture sanitarie regionale chiamate a raggiungere i residenti sparsi sul tutto il territorio regionali per sottoporli al prescritto tampone.

L'aspetto più delicato ha riguardato i soggetti che, terminata la quarantena, privi di sintomi tipici della malattia da Covid-19, dovevano essere sottoposti – "a ridosso della conclusione del termini di quarantena" – al prescritto tampone. Nei fatti la situazione di forte preoccupazione legata al diffondersi dell'epidemia ha determinato un ulteriore isolamento sociale anche in assenza di sintomi in attesa del tampone. Questa peculiare situazione, giustificata in ragione dell'emergenza, sollecita un richiamo alla potenziale compressione della libertà di circolazione avvenuta senza che la misura specifica trovasse la sua base di legittimazione nella previa legge regionale che – come in precedenza rammentato – è fonte abilitata a definire limiti alla liberta costituzionale in questione, in ragione di particolari emergenze avvertite sul territorio regionale[20]. A questo riguardo l'azione dei Governatori – chiamati ad adottare misure specifiche nel giro di poche ore – rinviene il suo fondamento nei più volte richiamati meccanismi delineati dall'art. 3 del decreto-legge n. 6 (poi convertito con una legge approvata quasi all'unanimità).

10. Alcune considerazioni sulle misure aggiuntive disposte con le ordinanze del Presidente della regione Siciliana

Perplessità maggiori suscitano le ordinanze regionali tutte le volte che recano misure ulteriormente restrittive delle libertà dei cittadini. In linea di principio esse rinviano sempre alla disciplina del citato art. 3 dei decreti-legge n. 6 e n. 19, il che non esclude che tali misure siano vagliate in ragione del rispetto dovuto ai principi di proporzionalità, pertinenza e appropriatezza.

Il Presidente della Regione Siciliana ha, infatti, disposto, per periodi di tempo circoscritti, alcune misure aggiuntive rispetto al nutrito elenco di divieti già contenuto nei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Un certo risalto ha avuto "il divieto per tutte le attività motorie all'aperto di minori accompagnati da un genitore" contenuto nello stesso articolo 1 dell'ordinanza n. 13 del I° aprile 2020 che consente lo spostamento "in prossimità della propria abitazione …. con l'animale di affezione, per le sue esigenze fisiologiche". Perché vietare una piccola passeggiata con il proprio figlio minore visto che è consentito spostarsi con l'animale d'affezione? [21]

[20] Cfr., V. BALDINI, *Lo stato costituzionale di diritto al tempo del coronavirus*, in *Dirittifondamentali.it* fasc.1/2020.

[21] Rispetto alla quale si v. il Decreto decisorio del Presidente del Tar Sicilia – Palermo n. 458 del 2020 che giustifica il divieto per i minori dal momento che "*gli aspetti di massima prudenza sanitaria e prevenzione epidemiologica che sono sottesi alle ordinanze impugnate (entro cui si inscrivono i divieti e i limiti di libera circolazione cui fa riferimento parte ricorrente), appaiono prevalenti rispetto agli interessi ed alla posizione giuridica dei ricorrenti, essendo, i predetti aspetti, correlati sia alla ormai conclamata e progressiva situazione di emergenza epidemiologica, sia all'esigenza di scoraggiare a priori, specificamente nella realtà siciliana, possibili espedienti e comportamenti elusivi della quarantena generalizzata imposta direttamente dal Decreto Legge prima citato*".

Grande impatto sociale ha avuto "la chiusura domenicale e nei giorni festivi di tutti gli esercizi commerciali attualmente autorizzati, fatta eccezione per le farmacie di turno e le edicole", disposta con l'art. 5 dell'ordinanza n. 14 del 3 aprile 2020. Mantenere più giorni di apertura non eviterebbe gli assembramenti a ridosso della domenica?

Nell'avvio poi della fase di ripresa delle attività, l'art. 23 dell'ordinanza n. 21 del 17 maggio 2020, intitolato "uso obbligatorio della mascherina" dispone al comma 1 che "ferme le specifiche disposizioni sull'uso di dispositivi di protezione individuale e del distanziamento, è obbligatorio nei luoghi pubblici e aperti al pubblico l'utilizzo di mascherina o altro strumento di copertura di naso e bocca. Il dispositivo protettivo deve, comunque, essere sempre nella disponibilità del cittadino nella eventualità in cui ne sia necessario l'utilizzo". La mascherina deve quindi essere obbligatoriamente usata (cioè indossata) o è sufficiente portarla in tasca (per eventualmente utilizzarla)?

Si è già detto che nelle ordinanze del Presidente della Regione è citato un "recentissimo studio" ("*Substantial undocumented infection facilitates the rapid dissemination of novel coronavirus (SARS-CoV2)*" di Ruiyun Li1*, Sen Pei2*†, Bin Chen3*, Yimeng Song4, Tao Zhang5, Wan Yang6, Jeffrey Shaman2†, pubblicato sulla Rivista scientifica http://science.sciencemag.org/ in data 16 marzo 2020), che quindi dovrebbe sostenere le misure in concreto determinate in ragione di presupposti scientifici acclarati.

Proprio in riferimento a quest'ultimo profilo, deve essere rammentato che secondo la *Daubert-Joiner-Kumbo trilogy* una tesi scientifica è affidabile quando rispetta le seguenti condizioni: la verificabilità o falsificabilità del principio scientifico da applicare (*whether the theory […] has been tested*); la *peer review* cioè la sua sottoposizione al controllo della comunità scientifica; la pubblicazione degli esiti della ricerca (tesi) su riviste specializzate; la considerazione dell'*error rate* cioè del tasso di errore noto o potenziale della tesi (*its know or potential error of rate*); che le operazioni di si siano svolte nel rispetto di parametri o standard predefiniti; in termini residuali la generale accettazione della tesi da parte della comunità scientifica di riferimento. Sulla base di tali criteri si giunge ad una *good science* che esclude la possibilità di far riferimento alla c.d. "scienza – spazzatura" (*bad science*).

Secondo la Corte di Cassazione[22] l'affidabilità della tesi scientifica va valutata con i seguenti parametri: identità, autorità indiscussa, indipendenza del soggetto che gestisce la ricerca; finalità per cui il soggetto fa la ricerca; ampiezza, rigorosità, oggettività della ricerca; grado di sostegno che i fatti accordano alla tesi; intensità della discussione critica che ha accompagnato l'elaborazione

[22] C.d. sentenza Cozzini – Cass. pen., IV, 17.9.2010 n. 43786.

dello studio; attitudine esplicativa dell'elaborazione teorica; consenso che la tesi raccoglie nella comunità scientifica.

Considerato il richiamo contenuto nelle ordinanze del Presidente della Regione al "recentissimo studio", la condivisione alle misure adottate dipenderà dal livello di affidabilità della tesi scientifica richiamata, ove tale affidabilità dovesse mancare si dovrebbe concludere che le suddette misure, giustificabili in ragione di un generale principio di precauzione, non lo sarebbero in termini di adeguatezza e proporzionalità, determinando una ingiustificata compressione delle libertà dei cittadini.

Il meccanismo di raccordo fra decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri e ordinanze regionali esclude l'ammissibilità di ordinanze regionali che riducono l'impatto delle misure contenute nei d.P.C.M., mentre consente l'adozione di misure regionali aggiuntive.

Nelle fattispecie da ultimo rappresentate si è proprio realizzata questa seconda eventualità con decreti meno invasivi delle ordinanze del Presidente della Regione. Per il cittadino si determina una specie di fattispecie a formazione progressiva data dal concorso di d.P.C.M. e ordinanza presidenziale. Rispetto a questo complessivo disporre della P.A. (fra Stato e Regione) si pone un problema di razionalità intrinseca, perché potrebbe ingenerarsi il dubbio che le misure regionali "ulteriormente restrittive" non sarebbero state adottate "in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso" (art. 3 del decreto-legge n. 19). In effetti la parte motiva delle ordinanze regionali non solo appare poco convincente per le tesi scientifiche in esse citate, ma sarebbe stato auspicabile una migliore esplicitazione della *specifica situazione sopravvenuta di aggravamento del rischio sanitario verificatasi in Sicilia* che avrebbe giustificato l'adozione delle misure "ulteriormente restrittive".