

SISTEMA DELLE FONTI E RUOLO DEL PARLAMENTO DOPO (I PRIMI) DIECI MESI DI EMERGENZA SANITARIA*

GIUDITTA BRUNELLI**

Sommario

1.Premessa. – 2. L’attuale emergenza sanitaria: caratteri e conseguenze. – 3. Emergenza e alterazione del sistema delle fonti. – 4. La via maestra indicata dalla Costituzione: il decreto-legge in funzione limitativa, temporanea e proporzionata, dei diritti. – 5. L’irrisolto problema del “giusto procedimento legislativo” e l’importanza dei poteri parlamentari di indirizzo e controllo.

Abstract

The essay analyzes the alterations produced in the system of sources of law due to pandemic health emergency. In particular, the anomalous use of the Prime Minister’s decrees (DPCM) to limit fundamental rights is criticized. The use of the decree-laws, in strict compliance with Article 77 of the Constitution, the respect of the legislative procedure and the use of parliamentary direction and control function are proposed.

** Professoressa ordinaria di Istituzione di diritto pubblico nell’ Università degli Studi di Ferrara.
Contatto: giuditta.brunelli@unife.it

1. Premessa

La gravissima emergenza sanitaria, di dimensioni mondiali, con la quale ci confrontiamo ormai da molti mesi, determina, sul piano giuridico-costituzionale, la conferma dello svuotamento dei poteri normativi delle Camere a tutto vantaggio dell'esecutivo, nonché una situazione confusa nei rapporti tra lo Stato e le Regioni, che ha aggravato il caos del sistema delle fonti¹. Il Rapporto 2019-2020 dell'Osservatorio sulla legislazione della Camera dei deputati² - in larga misura dedicato proprio alla legislazione nell'emergenza - sottolinea come «inevitabilmente il sistema normativo (...) abbia reagito confermando le tendenze già in atto», con una «accelerazione di dinamiche preoccupanti, in particolare con riferimento agli equilibri del sistema delle fonti»³. È noto a tutti il panorama complesso, spesso poco comprensibile, talora contrastante con i principi costituzionali di legalità sostanziale e con l'istituto della riserva di legge assoluta, dei provvedimenti utilizzati per fare fronte alla pandemia: decreti legge, decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, ordinanze ministeriali e conseguenti circolari applicative, ordinanze di protezione civile, ordinanze regionali e comunali.

In questo scritto intendo occuparmi specificamente del tema della decretazione d'urgenza e dell'uso assai esteso di una fonte anomala come il DPCM, con ciò che ne consegue in termini di alterazioni subite dalla forma di governo (che non riguardano solo il rapporto tra esecutivo e Parlamento, ma anche le dinamiche interne al primo e il ruolo del Capo dello Stato). Prima, tuttavia, di entrare nello specifico di questi argomenti, vorrei proporre alcune sintetiche osservazioni di ordine generale, di contesto, che a mio avviso non possono essere trascurate.

¹ Sono noti i conflitti e le sovrapposizioni causati dalla produzione normativa emergenziale dello Stato e delle Regioni, che hanno provocato scarsa efficienza, tensioni politiche talora assai aspre e un senso di smarrimento nell'opinione pubblica, frastornata anche da un certo caos comunicativo. Si è così confermata, in un momento drammatico, l'esistenza di un problema generale di dislocazione dei poteri tra centro e periferia. Sul punto le posizioni in dottrina e nel dibattito politico sono assai differenziate. Mi limito a ricordare la proposta di legge costituzionale n. 2422 (Ceccanti), presentata alla Camera il 4 marzo 2020, che inserisce nel Titolo V della Costituzione una clausola di supremazia a favore dello Stato, bilanciandola con la costituzionalizzazione del sistema delle conferenze. Opposta la posizione di Valerio Onida, secondo il quale la distribuzione delle competenze costituzionali, anche in materia di tutela della salute, è già chiara, e non è dunque necessaria alcuna clausola di supremazia. Casomai, è la legislazione ordinaria ad essere spesso in difetto per non aver disciplinato con adeguate leggi-quadro l'esercizio delle competenze nelle diverse materie (*Perché le clausole di supremazia non servono*, *Il Sole24ore*, 27 marzo 2020).

² XVIII Legislatura, Camera dei deputati, Osservatorio sulla legislazione, *La legislazione tra Stato, Regioni e Unione europea. Rapporto 2019-2020, Nota di sintesi*, in www.camera.it.

³ *La legislazione tra Stato, Regioni e Unione europea*, cit., 7.

2. L'attuale emergenza sanitaria: caratteri e conseguenze

La particolare contingenza che stiamo affrontando, nella quale siamo nostro malgrado gettati, amplifica ogni fragilità della nostra vita: la precarietà, l'allentamento forzato dei legami sociali, le diseguaglianze economiche, la paura⁴. Tutto questo *emerge* in maniera veloce e drammatica. E si riaffacciano domande che interrogano in modo diretto il mondo del diritto e in particolare del diritto costituzionale, come tecnica di organizzazione delle libertà e dei limiti al potere. Su tutte, la domanda sul rapporto tra *stato d'emergenza* e *stato d'eccezione*⁵. A questo proposito osservo soltanto che, pur concordando con chi afferma che non ci troviamo nello schmittiano stato di eccezione⁶, ritengo tuttavia innegabile che anche l'emergenza, e in particolare questa emergenza, sia una *situazione* che perdura nel tempo, che induce le pubbliche autorità all'uso di poteri *derogatori*⁷ (anche rispetto a norme di rango costituzionale), i quali non possono essere specificati tassativamente e

⁴ Per D. DI CESARE, *Virus sovrano? L'asfissia capitalistica*, Torino, Bollati Boringhieri, 2020, 45, il terrore «è diventato un'atmosfera» funzionale alla democrazia post-totalitaria di origine novecentesca, che «richiede la paura e sulla paura si fonda», alimentando il circolo perverso della *fobocrazia*. Sulla *paura* quale fonte degli interventi normativi F. RESCIGNO, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. 3/2020, 19 maggio 2020, 258 ss., secondo la quale l'emergenza, ma soprattutto *la paura dell'emergenza*, ha indotto i nostri governanti a limitare fortemente alcuni dei nostri diritti fondamentali, *in primis* la libertà personale ex art. 13 Cost., ma anche la libertà di circolazione e soggiorno ex art. 16 Cost. (p. 261). Sul legame tra protezione e obbedienza come unica spiegazione del potere vedi C. SCHMITT, *Dialogo sul potere*, Milano, Adelphi, 2012, 17.

⁵ Sulla distinzione tra *emergenza* ed *eccezione*, con riferimento all'attuale crisi sanitaria, vedi G. ZAGREBELSKY, *Non è l'emergenza che mina la democrazia. Il pericolo è l'eccezione*, *La Repubblica*, 29 luglio 2020, secondo il quale «[a]ll'emergenza si ricorre per rientrare quanto più presto è possibile nella normalità», mentre all'eccezione si ricorre «per infrangere la regola e imporre un nuovo ordine. Si impone anch'essa in momenti perturbati ma, a differenza dell'emergenza, non mira alla stabilità del vecchio ordine». La prima è conservativa, la seconda è rinnovativa: ed è nella prima ipotesi che oggi ci troviamo. Aspramente critico nei riguardi di questa posizione è G. AGAMBEN, *Stato di eccezione e stato di emergenza*, in *www.quodlibet.it*, 30 luglio 2020, secondo il quale la distinzione proposta da Zagrebelsky è politica e sociologica, e rimanda a valutazioni di tipo soggettivo che non trovano riscontri della realtà giuridica: «Quali che siano i suoi scopi, che nessuno può pretendere di valutare con certezza, lo stato di eccezione è uno solo e, una volta dichiarato, non si prevede alcuna istanza che abbia il potere di verificare la realtà o la gravità delle condizioni che lo hanno determinato» (corsivo non testuale).

⁶ Così M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 10 aprile 2020, 139: «Non siamo nello schmittiano stato d'eccezione, perché (ammesso che si tratti di una categoria giuridica e non meramente politica) esso presuppone che "un" soggetto politico o istituzionale se ne faccia carico e lo gestisca, laddove qui, per un verso, alla catena delle fonti corrisponde, come sempre, una catena delle plurime istituzioni competenti e, per l'altro, nessuno degli atti della catena normativa sfugge al sindacato giurisdizionale, nemmeno (...) la deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale» (adottata il 31 gennaio 2020, per sei mesi, sulla base di quanto previsto dal d. lgs. n. 1 del 2018, e in seguito prorogata).

⁷ T. GROPPI, *Le sfide del coronavirus alla democrazia costituzionale*, in *Consultaonline*, fasc. I/2020, 30 marzo 2020, 192.

preventivamente⁸, con tutto ciò che ne consegue in termini di effettiva protezione dei diritti oggetto di restrizione. Nel caso di specie, ci troviamo ormai di fronte ad un *tempo* estremamente dilatato, e, per quanto si tratti senza alcun dubbio di un'emergenza peculiare, di un «processo in continua e imprevedibile evoluzione»⁹, non ci si può non chiedere per quale motivo non si sia ancora tornati ad una *ordinaria* risposta delle istituzioni, tanto più che ci sentiamo ripetere di continuo che la situazione è destinata a protrarsi ancora a lungo.

Altra questione di non poco momento – specialmente in una società in cui la biopolitica e il biodiritto hanno uno spazio sempre più vasto - è quella che riguarda la trasformazione *in peius*, direi la vera e propria regressione della nozione stessa di diritto alla salute, ormai ridotto al suo nucleo primigenio (e primitivo) di assenza di malattia. Fagocitando ogni altra posizione soggettiva, la salute tende ormai a riguardare la «nuda vita» e la paura di perderla, la mera sopravvivenza, la «nuda esistenza biologica che occorre a qualunque costo salvare»¹⁰. Di fronte a questo scenario, evidente è l'arretramento rispetto alla definizione di salute dell'OMS quale «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale», tanto da coinvolgere - secondo l'insegnamento della Corte di cassazione - «anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza»¹¹. Ma se tutto è

⁸ G. ZAGREBELSKY, *Non è l'emergenza*, cit., secondo il quale anche la durata di tali poteri «dovrà essere calibrata sulla durata della situazione che occorre riportare nella norma».

⁹ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti*, cit., 125. Per A. RUGGERI, *La forma di governo nel tempo dell'emergenza*, in *Consultaonline*, fasc. II, 2 maggio 2020, 256, si tratta di un'emergenza «che dura a lungo nel tempo con un moto non lineare e dagli svolgimenti almeno in parte imprevedibili» e che «richiede una normativa essa pure ininterrotta e bisognosa di essere messa di continuo a punto alla luce degli esiti del monitoraggio man mano effettuato sullo stato di fatto».

¹⁰ G. AGAMBEN, *A che punto siamo? L'epidemia come politica*, Macerata, Quodlibet, 2020, 26-27.

¹¹ Corte di cassazione, sentenza n. 21748/2007, pronunciata nell'ambito del «caso Englaro». L. MANCONI – V. FIORILLO, *I nostri diritti nell'emergenza*, *La Repubblica*, 20 maggio 2020, segnalano «la sottilissima e insidiosa tendenza a sacralizzare la vita in quanto tale: la vita nella sua *dimensione biologica*, intesa come *salute fisica*. Il bene in nome del quale sacrifichiamo altre libertà è, infatti, quello della salute intesa come assenza di patologie e malattie *del corpo*, cioè buona esistenza fisica. Ma si deve notare che nel concetto di diritto alla salute, così come interpretato dalla dottrina giuridica, rientra anche la salute mentale. Nel caso specifico, l'equilibrio psichico dell'individuo costretto in una dimensione (la quarantena) che gli era del tutto estranea, determinata dallo sfilacciarsi dei rapporti sociali» (corsivo non testuale). Di estremo interesse, a questo riguardo, il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica *Covid-19: salute pubblica, libertà individuale, solidarietà sociale* (28 maggio 2020, in www.bioetica.governo.it), 13-14, nel quale si legge che «[n]eppure l'emergenza può farci dimenticare *le tante dimensioni della salute* e come la salute sia dipendente dalla possibilità di usufruire di una molteplicità di risorse dirette e indirette: tra le quali, oltre a quelle di natura economica, senz'altro importanti (...), va annoverata anche la presenza di una rete di affetti e di relazioni sociali, la cui assenza può influire negativamente sullo stato delle persone mediante gli stati psicologici che attiva (depressione, ansia...). Le misure di contenimento hanno provocato nuove povertà e stati di profonda solitudine: pensiamo agli anziani/e, alle persone

subordinato al bene supremo della vita dei consociati¹², se l'obiettivo «primario ed impellente» è quello della «salvaguardia della vita e della salute di un numero assai elevato di persone»¹³, ne deriva che in questo travagliato momento storico anche il bilanciamento tra i diritti e gli interessi costituzionali viene sospeso. E' piuttosto difficile, infatti, non vedere l'«illimitata espansione» del diritto alla salute (tra l'altro, nell'accezione minimale prima ricordata), ormai «"tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità delle persona (...)»¹⁴. Si è insomma instaurata, nella fase emergenziale, una sorta di *gerarchia sostanziale* tra i diritti, che nega in radice lo stesso concetto di bilanciamento, il quale proprio nell'assenza di una gerarchia *a priori* trova il proprio fondamento e la propria giustificazione¹⁵.

Un'ultima considerazione (anche se molto altro si potrebbe dire). Questa riduzione alla dimensione puramente biologica, con la perdita degli aspetti sociali e politici¹⁶, questa idea che il rispetto del c.d. «distanziamento sociale» rappresenti attualmente la massima forma di partecipazione civica¹⁷,

con disabilità, ai malati, ai tanti e tante che hanno vissuto le ultime fasi della vita separati dagli affetti più cari» (corsivo non testuale).

¹² G. AZZARITI, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal Covid-19*, in *Questione giustizia*, 27 marzo 2020.

¹³ A. RUGGERI, *La forma di governo*, cit., 256.

¹⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 2013 (n. 9 cons. dir.), ove si respinge altresì l'assunto del giudice remittente secondo cui l'aggettivo «fondamentale», contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un «carattere preminente» del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona, e si precisa che la definizione, data dalla stessa Corte, dell'ambiente e della salute come «valori primari» (sentenza n. 365 del 1993), non implica in alcun modo una «rigida» gerarchia tra diritti fondamentali.

¹⁵ Vale la pena, per la stretta attinenza al tema qui trattato, ricordare quanto la Corte costituzionale afferma nella citata sentenza n. 85 del 2013: «La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, *senza pretese di assolutezza per nessuno di essi*. La qualificazione come «primari» dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, *non già che gli stessi siano posti sulla sommità di un ordine gerarchico assoluto*. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale» (n. 9 cons. dir., corsivo non testuale). In argomento vedi M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, 8 ss. (in www.cortecostituzionale.it).

¹⁶ G. AGAMBEN, *A che punto siamo?*, cit., 27, che mette l'accento anche sulla perdita degli aspetti umani e affettivi.

¹⁷ G. AGAMBEN, *A che punto siamo?*, cit., 79.

determina anche una ritrazione dello spazio pubblico¹⁸, lo spazio – cioè – dell’eguaglianza tra i cittadini, della partecipazione, in definitiva della democrazia. Anche di questo è necessario avere piena consapevolezza, e operare affinché resti un’idea confinata in un tempo preciso, da chiudere al più presto fra parentesi. Un’idea, insomma, che non “costituisca precedente”.

Mi fermo qui con le osservazioni di ordine generale e spero di non essere fraintesa: non nego l’estrema e inedita gravità della situazione, non nego - ci mancherebbe altro – la necessità di salvaguardare in primo luogo la vita e la salute delle persone, e nemmeno respingo il merito di buona parte delle misure adottate (anche se non tutte mi sono parse condivisibili). Sento però l’esigenza, come giurista, di avere ben chiaro che cosa tutto questo significhi in termini di regressione culturale. E mi pongo il problema di come tornare al più presto alla normalità istituzionale, per evitare che restino nella nostra vita pubblica scorie pericolose di quanto è accaduto e ancora sta accadendo¹⁹.

3. Emergenza e alterazione del sistema delle fonti

Tornando al tema specifico dell’alterazione del sistema delle fonti nel periodo emergenziale, vorrei soffermarmi in particolare sul fenomeno – non nuovo, ma che assume oggi dimensioni inedite – della «fuga dal regolamento» a favore di fonti governative atipiche quali i tanto discussi DPCM²⁰. Una «fuga dal regolamento» che mette in discussione: a) il principio di legalità sostanziale²¹ e l’istituto della riserva di legge assoluta laddove si tratti di intervenire sui diritti fondamentali; b) il necessario intervento della legge parlamentare (nel caso di specie, in sede di conversione del decreto-legge) per predeterminare e circoscrivere – nei limiti del possibile – le scelte normative del governo; c) il rispetto di quel «giusto procedimento» che presiede alla correttezza del rapporto tra fonti primarie e fonti secondarie, il quale consente la *raffrontabilità* delle norme di origine governativa alla previa legge generale e astratta²², ad evidenti fini di garanzia di una tutela giurisdizionale effettiva.

Ciò a cui ci troviamo di fronte è invece un uso massiccio di atti (i DPCM, appunto) dall’incerta natura giuridica (ma senz’altro riconducibili alla

¹⁸ D. DICESARE, *Virus sovrano?*, cit., 69.

¹⁹ Anche per M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti*, cit., 120, nel caso in cui l’emergenza di protraesse per molti mesi, «ci troveremmo in una condizione trasformatasi *sostanzialmente* in ordinaria (per quanto a tempo definito possa essere), che reclamerebbe una parimenti ordinaria risposta delle istituzioni», in primo luogo attraverso un pieno recupero da parte del Parlamento della propria capacità nomopoietica.

²⁰ *La legislazione tra Stato, Regioni e Unione europea*, cit., 8.

²¹ Corte costituzionale, sentenza n. 115 del 2011.

²² V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in *Giur. cost.*, 1962, 133.

categoria delle ordinanze)²³, peraltro ulteriormente mutata nel corso dell'epidemia: «strumenti normativi ibridi», che uniscono a un carattere normativo un carattere provvedimentale e, in alcuni casi, di “raccomandazione”²⁴. Atti adottati dal solo Presidente del Consiglio, su proposta del Ministro della salute e sentiti altri Ministri e Presidenti di Regione (o il Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, se le misure riguardino l'intero territorio nazionale)²⁵, così eliminandosi la collegialità governativa, qualsiasi intervento del Presidente della Repubblica (che non li emana), del Parlamento (salvo il blando obbligo di comunicazione che si è inserito con il decreto-legge n. 19, di cui dirò tra breve) e della Corte costituzionale (almeno nell'ambito del giudizio sulle leggi). Se a questo si aggiunge che i poteri normativi conferiti al governo sono ampi e scarsamente determinati (a causa della natura stessa dell'emergenza da affrontare, come si è prima ricordato), il quadro che ne esce è davvero preoccupante.

Non può certo considerarsi idoneo fondamento giuridico di queste fonti il decreto-legge n. 6 del 2020, che ne prevede appunto l'adozione per stabilire misure fortemente limitative di numerosi diritti protetti dalla Costituzione: libertà di circolazione, in primo luogo, ma anche libertà personale, di riunione, di culto, diritto all'istruzione, libertà economiche, diritto al lavoro. Si tratta infatti del conferimento di un potere normativo “in bianco” ad un atto sub-primario in materie coperte da riserva di legge, in molti casi assoluta. Né mi pare che il problema possa dirsi risolto con il successivo decreto-legge

²³ M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19, paper*, 18 marzo 2020, 5 (peraltro con accenti critici nei riguardi dell'utilizzazione di tali strumenti). Secondo M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti*, cit., 123, i DPCM «sono ovviamente ordinanze, pur se nella forma tipica – per quell'organo – del decreto del Presidente del Consiglio», e la loro legittimazione deriva dal combinato disposto delle norme generali contenute nel Codice della protezione civile (decreto legislativo n. 1 del 2018), che conferiscono il potere di ordinanza in via principale al Presidente del Consiglio (fermo restando che questi «può» avvalersi del Capo del Dipartimento), e da quelle speciali dei decreti-legge succedutisi nel periodo dell'emergenza, ai quali i DPCM danno attuazione. In senso analogo vedi E. C. RAFFIOTTA, *La legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *Forum di Biolaw Journal*, 18 marzo 2020, 4.

²⁴ *La legislazione tra Stato, Regioni e Unione europea*, cit., 10, ove si osserva che in sede giurisdizionale il Tar Calabria (con sentenza n. 841/2020 del 9 maggio 2020) ha qualificato i DPCM come atti amministrativi, e non normativi, e si sottolinea l'esigenza di una migliore disciplina legislativa di tali strumenti.

²⁵ Tali decreti possono essere altresì adottati su proposta dei Presidenti delle Regioni interessate, nel caso in cui riguardino esclusivamente una Regione o alcune specifiche Regioni, ovvero del Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, nel caso in cui riguardino l'intero territorio nazionale, sentiti il Ministro della salute, il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri Ministri competenti per materia (art. 2, comma 1, del decreto-legge n. 19 del 2020).

n. 19, il quale, secondo quanto affermato dal Presidente del Consiglio nell'informativa svolta al Senato il 27 marzo 2020, ha «trasferito in fonte di rango primario, tipizzandole, le misure di contenimento da adottare per contrastare i rischi derivanti dalla diffusione del virus» e ha introdotto «una più puntuale regolamentazione dell'iter procedimentale di adozione dei DPCM, prevedendo, fra l'altro, l'immediata trasmissione dei provvedimenti emanati ai Presidenti delle Camere» nonché il vincolo, per lo stesso Presidente del Consiglio o per un ministro da lui delegato, di riferire ogni quindici giorni alle Camere sulle misure adottate²⁶. Questa procedura di “parlamentarizzazione” dei DPCM si è poi ulteriormente affinata nella legge di conversione n. 35 del 2020, attraverso la previsione che il governo debba illustrare preventivamente alle Camere il contenuto dei provvedimenti da adottare, al fine di tenere conto degli indirizzi dalle stesse formulati (benché resti la possibilità, ove vi siano ragioni di urgenza connesse alle misure da adottare, che il Presidente del Consiglio o il Ministro da lui delegato riferisca alle Camere attraverso la semplice comunicazione quindicinale sulle misure assunte) (art. 2, comma 1, d. l. n. 19 del 2020, come modificato dalla legge di conversione n. 35 del 2020).

E tuttavia: per quanto il decreto n. 19 abbia descritto in modo più analitico i casi di limitazione dei diritti, abbia eliminato l'eventualità di adozione da parte del governo di misure “innominate”²⁷, abbia previsto il carattere temporaneo degli interventi consentiti²⁸, peraltro necessariamente connotati dai principi di adeguatezza e proporzionalità rispetto al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso²⁹, restano almeno due importanti interrogativi: a) esistono seri dubbi sulla legittimità della sanatoria di misure incostituzionali fortemente limitative di libertà fondamentali e per di più assistite da sanzioni penali³⁰; b) viene reso stabile e “ordinario” l'uso dei DPCM per tutto il

²⁶ Informativa del Presidente del Consiglio Giuseppe Conte al Senato della Repubblica in merito all'emergenza Covid-19, 27 marzo 2020 (in www.governo.it).

²⁷ In base all'art. 2 del decreto-legge n. 6 del 2020, infatti, le autorità competenti potevano 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'art.1, comma 1».

²⁸ Le misure di cui all'art. 1, comma 2, possono infatti essere adottate «per periodi predeterminati, ciascuno di durata non superiore a trenta giorni, reiterabili e modificabili anche più volte fino al 31 luglio 2020, termine dello stato di emergenza dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, e con possibilità di modularne l'applicazione in aumento ovvero in diminuzione secondo l'andamento epidemiologico del predetto virus» (decreto-legge n. 19 del 2020, art. 1, comma 1).

²⁹ Decreto-legge n. 19 del 2020, art. 1, comma 2.

³⁰ In argomento 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 *Osservatorio costituzionale*, fasc. 3/2020, 28 aprile 2020, 191, secondo il quale «l'esecutivo si rende conto, con grave e colpevole

periodo emergenziale, destinato a protrarsi ancora per molti mesi, anziché ripristinare le forme corrette di produzione del diritto; c) il riferimento ai canoni (necessariamente generici e variamente interpretabili) di proporzionalità e adeguatezza non sembra davvero sufficiente ad assicurare un effettivo controllo giurisdizionale dei DPCM.

Quanto al tentativo di coinvolgere le Camere attraverso il procedimento di “parlamentarizzazione” prima descritto, si tratta di una soluzione debole e insufficiente, dal momento che finisce per ridurre il Parlamento al rango di consulente dell’esecutivo³¹, ridimensionando anche per questa via i suoi già compromessi poteri³².

Restano dunque criticità molto forti. Non a caso, una parte della dottrina ritiene che i DPCM siano atti *extra ordinem*³³, benchè in questo caso

ritardo, che tutta l’attività normativa posta in essere fino a quel momento è totalmente priva di base legale, conferendo detta base legale *a posteriori* in sanatoria, conferendo così contestualmente portata retroattiva non solo alla disciplina di sanatoria, ma anche alle discipline sanate, le quali sotto il profilo sostanziale sono fortemente limitative di libertà fondamentali e contengono sanzioni penali per l’ipotesi di violazione». Vedi anche R. ROMBOLI, *L’incidenza della pandemia da coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *ConsultaOnline*, fasc. 3/2020, 5 ottobre 2020, 523: «Molte perplessità ha suscitato (...) la sanatoria operata nei confronti degli effetti prodotti e degli atti adottati sulla base dei d.p.c.m. e delle ordinanze emanati ai sensi del d.l. n. 6/2020, stante la incostituzionalità di quest’ultimo che ha travolto anche i provvedimenti che sullo stesso facevano fondamento. Provvedimenti quindi illegittimi che, come tali, giuridicamente non avrebbero potuto essere sanati, pur se non può sfuggire l’opportunità, dato il momento, della sanatoria».

³¹ L. VIOLANTE, *Il Parlamento depotenziato*, *La Repubblica*, 28 giugno 2020.

³² N. LUPO, *Audizione resa il 5 novembre 2020 presso l’Ufficio di Presidenza della Commissione Affari costituzionali del Senato nella prima seduta dedicata all’affare assegnato n. 588, “Sulle modalità più efficaci per l’esercizio delle prerogative costituzionali del Parlamento nell’ambito di un’emergenza dichiarata”: come evitare l’auto-emarginazione del Parlamento nell’emergenza attuale*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. 6/2020, 1 dicembre 2020, 13, sottolinea che tale procedura «si è rivelata troppo pesante, e al contempo troppo generica, e perciò poco incisiva». Vedi anche la *Relazione approvata dalla Commissione sull’affare assegnato n. 588 (Doc. XVI, n. 4)*, Senato della Repubblica, 1a Commissione permanente, Resoconto sommario n. 204 del 3 dicembre 2020, in *www.senato.it*, par. 1: «Il meccanismo di parlamentarizzazione di cui all’art. 2 del decreto-legge n. 19 del 2020 non ha ricevuto particolare apprezzamento da parte degli studiosi e comunque non è stato considerato sufficiente. Se pure è stato notato come, nelle premesse del DPCM del 3 novembre, siano state citate per la prima volta le risoluzioni parlamentari (un dato, peraltro, non interpretato univocamente), è stato anche rilevato come la procedura prevista non abbia impedito l’adozione di numerosi provvedimenti senza un previo coinvolgimento del Parlamento, e come questo si risolva più che altro in un obbligo informativo». Al di là della vicenda pandemica in atto, è necessario che prenda forma «un vero e proprio *diritto parlamentare dell’emergenza* in grado di superare anche per l’avvenire le difficoltà incontrate nei difficili mesi del 2020 ed elaborare rimedi validi anche per le future contingenze eccezionali» (corsivo non testuale).

³³ Per E. C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti*, cit., 4, i DPCM rientrano tra le ordinanze *extra ordinem*, istituto giuridico di cui presentano tutti i tratti distintivi. G. AZZARITI, *I limiti costituzionali*, cit., ritiene che si sia operato «al di fuori del costituzionalmente previsto», ma non *contra Constitutionem*, trattandosi di atti posti in essere in stato di necessità al fine di tutelare il diritto fondamentale più rilevante che la Costituzione protegge: il bene supremo della vita dei consociati. Per R. ROMBOLI, *L’incidenza della pandemia*, cit., 524, i DPCM «risultano fondati

dovrebbero ritenersi tali anche i decreti-legge su cui essi si fondano, accedendo alla tesi di Paladin secondo cui il provvedimento provvisorio *ex art. 77 Cost.* che derogasse a norme costituzionali avrebbe soltanto le sembianze del decreto-legge, sarebbe nulla più che uno «schema» utilizzato dal governo al di fuori del vigente ordinamento degli atti normativi (pure se le Camere potrebbero, *a posteriori*, liberare l'esecutivo dalle conseguenti responsabilità)³⁴. E non a caso è riemersa la tesi della necessità come fonte autonoma del diritto, che «s'impone per forza propria, *fuori* e indipendentemente da ogni previsione e contiene in sé un limite che può essere valutato: la ragionevolezza, la congruità delle misure rispetto al fine e ovviamente la loro durata temporale, legata strettamente alla necessità urgente»³⁵. Lo scopo perseguito da chi si muove in questa direzione è di tipo garantista: il vantaggio consisterebbe nel fatto che «finita la causa scatenante, tutto si chiude definitivamente, *nessun precedente* si crea, perché *nessuna norma costituzionale è stata usata*»³⁶. Pur apprezzando l'intento, ritengo che si tratti di una tesi rischiosa, che rinvia «ad una concezione della nuda sovranità statale autofondata sulla propria effettività»³⁷, potenzialmente idonea a giustificare qualsiasi condotta³⁸.

Ancora, vi è chi ha proposto l'utilizzazione dell'art. 78 Cost., attraverso una lettura estensiva ed evolutiva della nozione di «guerra»³⁹: ma sembra

esclusivamente sui decreti-legge come fonte atipica da questi individuata per dare attuazione alle misure contenute nei decreti stessi, con ampio margine di scelta discrezionale, un atto amministrativo, da alcuni ritenuto *extra ordinem*, ma come tale controllabile specialmente con riguardo al rispetto dei canoni di proporzionalità ed adeguatezza». L'A. distingue tra i decreti-legge «originari», sui quali si fondano le fonti «derivate» (in particolare, i decreti n. 6, n. 19 e n. 33 del 2020), e i molti altri decreti-legge approvati nei mesi della pandemia, con diversi contenuti specifici, soprattutto di carattere economico (p. 516).

³⁴ L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, il Mulino, 1996, 241. Diversa la prospettiva di M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti*, cit., 115: poiché la Costituzione consente al governo di normare nei casi di necessità e di urgenza adottando decreti-legge, si deve ritenere che sia proprio questa la fonte cui è riservata l'identificazione e la proclamazione di quella situazione di emergenza cui può conseguire l'adozione di atti *extra-ordinem*. Si attiva in tal modo il potere di ordinanza, quale potere atipico che deroga in parte al principio di legalità sostanziale: «E' proprio dell'emergenza, infatti, che non ne siano *a priori* definibili i contorni e le connesse esigenze regolative, sicché la fonte primaria può normare solo fino a un certo punto le risposte ordinamentali. Una qualche forma di disciplina generale è tuttavia necessaria, sebbene anche nelle materie coperte da riserva di legge (foss'anche assoluta) residui sempre un certo margine di discrezionalità amministrativa nell'identificazione dell'opportunità di certe misure». In ogni caso, il sindacato giurisdizionale è assicurato anche sui decreti del Presidente del Consiglio (pp. 124-125).

³⁵ L. CARLASSARE, *Conversazioni sulla Costituzione*, Padova, Wolters Kluwer-Cedam, 2020, 216.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ G. SILVESTRI, *Alcuni profili problematici dell'attuale dibattito sui decreti-legge*, in *Pol. dir.*, n. 3, 1996, 441.

³⁸ L. PALADIN, *Le fonti del diritto*, cit., 241.

³⁹ F. TORRE, *La Costituzione sotto stress ai tempi del coronavirus*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 26 marzo 2020, 6. Vedi anche A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem? Prime*

proprio che si andrebbe ben oltre l'area di significati semanticamente ammissibili, forzando oltre misura la lettera della disposizione costituzionale⁴⁰. Altro discorso è il riferimento all'art. 78 come modello di una possibile revisione costituzionale, per prevedere una compiuta disciplina dell'emergenza e superare un quadro normativo da alcuni ritenuto insufficiente⁴¹. Ma che ci sia davvero una lacuna costituzionale sull'emergenza resta, a mio avviso, tutto da dimostrare.

4. La via maestra indicata dalla Costituzione: il decreto-legge in funzione limitativa, temporanea e proporzionata, dei diritti

Certo, non vi è alcuna previsione generale che consenta una estensione di poteri delle pubbliche autorità con correlativa restrizione delle libertà dei cittadini per far fronte a condizioni di turbativa sociale, e ciò per un consapevole rifiuto di ogni forma giuridica che potesse anche soltanto evocare lo «stato d'assedio»⁴², istituto che può condurre a *sovvertire costituzionalmente la Costituzione*, secondo l'espressione di Guarino⁴³. La scelta dei costituenti – saggia e prudente – è andata piuttosto verso la previsione di puntuali, circoscritti e temporanei poteri emergenziali, fondati

riflessioni sulla gestione costituzionale dell'emergenza coronavirus, Modena, Mucchi editore, 2020, 60 - 61, secondo il quale «per il coronavirus si sarebbe potuto applicare (...) l'art. 78 Cost., attraverso una lettura estensiva ed evolutiva della nozione di “guerra” rispetto all'emergenza sanitaria, con un intervento di indirizzo del Parlamento e con il conseguente conferimento dei poteri necessari».

⁴⁰ T. GROPPI, *Le sfide del coronavirus*, cit., 194; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti*, cit., 137; F. S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *Federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19, paper*, 22 aprile 2020, 3.

⁴¹ Per F. TORRE, *La Costituzione sotto stress*, cit., 6, «la revisione in futuro dell'art. 78 Cost. rimane (...) la strada migliore da percorrere al fine di disciplinare la gestione dello stato di necessità». Dell'«esigenza di varare, guardando al futuro, norme costituzionali per ulteriori emergenze» parla F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. 3/2020, 7 aprile 2020, 46. A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consultaonline*, fasc. 1/2020, 6 aprile 2020, 213, sostiene la tesi «della opportunità (ed anzi della vera e propria necessità) di una disciplina costituzionale dell'emergenza che offra “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». *Contra*, sul presupposto che la Carta costituzionale contenga già gli strumenti per affrontare le situazioni di emergenza, A. Celotto, *Necessitas non habet legem?*, cit., 63; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti*, cit., 116; G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *www.unicost.eu*, 4 ottobre 2020, 2, secondo il quale nella Costituzione «[a]lla contrazione autocratica del potere, si è preferita la previsione di specifici modi di applicazione di principi e regole costituzionali, quando alcuni beni collettivi (salute, sicurezza, pacifica convivenza) fossero gravemente minacciati».

⁴² S. TRAVERSA, *Orientamenti dottrinali e precedenti parlamentari in tema di regimi di emergenza*, in *Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari*, 27 (1976), n. 1, 135 ss.

⁴³ G. GUARINO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, Napoli, Jovene, 1948, 138 ss., citato da L. CARLASSARE, *Una possibile lettura in positivo della sent. n. 15?*, in *Giur. cost.*, 1982, I, 104.

sull'urgenza di provvedere. Mi riferisco non soltanto ai tanto evocati (in questo periodo) artt. 77, 78 e 120, comma 2, ma anche alle previsioni che caratterizzano l'ambito dei diritti fondamentali: i «casi eccezionali di necessità e urgenza» dell'art. 13 e dell'art. 14 e l'«assoluta urgenza» dell'art. 21. Il modello che se ne ricava, nel suo nucleo essenziale, è chiaro: puntualità, temporaneità e delimitazione dei poteri non ordinari⁴⁴. Questo vale anche per i poteri di carattere normativo: secondo la notissima sentenza n. 15/1982, l'emergenza è una «condizione certamente anomala e grave, ma anche *essenzialmente temporanea*», sottoposta alla regolazione di *Parlamento e Governo*, che hanno il diritto-dovere di intervenire «adottando un'apposita legislazione»⁴⁵. Lo schema costituzionale è dunque fondato sul coinvolgimento di entrambi gli organi, quello legislativo e quello esecutivo: le temporanee limitazioni dei diritti, in ipotesi anche assai incisive (ma sempre nel rispetto di «criteri di congruità»), restano comunque sottoposte alle regole della riserva di legge, come si sa soddisfatte, ove ve ne siano i presupposti, dal decreto legge. Anche se ci si deve chiedere, giunti a questo punto, che cosa impedisca l'intervento regolativo della legge parlamentare, senza alcun dubbio l'atto più adeguato «a definire la cornice stabile entro la quale predisporre le misure necessarie per fronteggiare l'emergenza sanitaria che si presume possa durare ancora a lungo»⁴⁶.

In ogni caso, la strada maestra per affrontare – almeno nella fase iniziale - evenienze di questa natura è proprio quella del decreto-legge. Che oggi la circostanza sia discussa deriva dalle deviazioni della prassi in materia di decretazione d'urgenza, dalle incrostazioni che hanno profondamente alterato questo strumento normativo, tanto da farlo apparire inservibile, o almeno residuale, proprio nelle più classiche ipotesi che ne legittimerebbero l'adozione. Come si osserva nel già ricordato Rapporto sulla legislazione, la vicenda dell'emergenza sanitaria «ha fatto emergere un paradosso insito nello strumento del decreto-legge (...), che sembra non aver mostrato la necessaria flessibilità per affrontare quelle emergenze per cui i padri costituenti lo

⁴⁴ M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019 – Sintesi*, 28 aprile 2020, in www.cortecostituzionale.it, 17-18: benché la Carta costituzionale non contenga clausole di sospensione dei diritti fondamentali da attivarsi in tempi eccezionali, né previsioni che in tempi di crisi consentano alterazioni dell'assetto dei poteri, al suo interno è possibile rintracciare «gli strumenti idonei a modulare i principi costituzionali in base alle specifiche contingenze: necessità, proporzionalità, bilanciamento, giustiziabilità e temporaneità sono i criteri con cui, secondo la giurisprudenza costituzionale, in ogni tempo deve attuarsi la tutela “sistemica e non frazionata” dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione, ponderando la tutela di ciascuno di essi con i relativi limiti».

⁴⁵ N. 5 cons. dir.

⁴⁶ A. D'ANDREA, *L'emergenza sanitaria e il ruolo del Governo: qualche preoccupazione costituzionale senza disfattismo*, in *Questione giustizia*, 20/04/2020, par. 2 (disponibile in www.questionegiustizia.it).

avevano disciplinato nell'articolo 77». Così, a prevalere è stato «l'antico potere di ordinanza, nella forma di DPCM e dell'impressionante apparato di ordinanze posto in essere dalle regioni»⁴⁷. Al punto che in dottrina si è ipotizzato che il procedimento di conversione del decreto-legge «potrebbe essere disciplinato in modo speciale quando si svolge in condizioni *davvero* emergenziali ed eccezionali»⁴⁸. Una sorta di distinzione implicita tra i *veri* decreti-legge, quelli realmente fondati sulla straordinaria ed urgente necessità di provvedere, e gli altri, quelli che ormai sono soltanto disegni di legge governativi ad iniziativa rafforzata, e che sono sottoposti alle più incredibili deformazioni della prassi (dis)applicativa dell'art. 77 Cost.⁴⁹.

Forse, proprio come la lettera rubata di Poe, la soluzione è sotto i nostri occhi: basterebbe tornare alla natura originaria dei decreti-legge, che è una natura intrinsecamente emergenziale, utilizzandoli nel rigoroso rispetto delle regole costituzionali:

a) le riserve di legge, assolute e rinforzate, laddove si tratti di imporre limitazioni temporanee alle modalità di esercizio di diritti fondamentali;

b) la sequenza decreto-legge – legge di conversione come descritta dalla giurisprudenza costituzionale, secondo cui l'art. 77, comma 2, Cost., attribuisce al Parlamento il potere tipico di convertire, o non, il decreto legge, mentre ciò che esorbita da tale sequenza peculiare (gli emendamenti del tutto estranei all'oggetto e alle finalità del testo originario) spezza il nesso di interrelazione funzionale tra decreto legge e legge di conversione, traducendosi in un vizio di procedura⁵⁰. L'idea di fondo è quella, sostenuta da Silvestri, della tendenziale identità di contenuto normativo tra decreto legge e legge di conversione: «il potere di conversione, nel ciclo funzionale del decreto legge, si pone essenzialmente come *potere di controllo* del Parlamento sul Governo, (...) per la necessaria distinzione che in qualsiasi ordinamento fondato sulla divisione dei poteri deve esistere tra normazione e controllo». E anche se tale distinzione non può essere rigidamente intesa, a causa della nota relatività di applicazione del principio di separazione dei poteri, per cui il Parlamento può apportare, in sede di conversione, alcune modificazioni ritenute opportune per una migliore disciplina della fattispecie⁵¹, è certo che il rispetto di queste regole costituzionali ricondurrebbe il decreto-legge nell'alveo che gli è proprio di uno strumento

⁴⁷ La legislazione tra Stato, Regioni e Unione europea, cit., 9.

⁴⁸ A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2020, 14 marzo 2020, 6 (corsivo non testuale).

⁴⁹ G. SILVESTRI, *Alcuni profili problematici*, cit., 424.

⁵⁰ Corte costituzionale, sentenze n. 22/2012 e 32/2014.

⁵¹ G. SILVESTRI, *Alcuni profili problematici*, cit., 426.

d'urgenza inserito in una procedura di conversione snella, veloce e prevedibile;

c) il rapporto tra fonte primaria e fonte secondaria, in funzione di una effettiva tutela giurisdizionale dei diritti. Ci si è chiesti, in particolare, se non sarebbe stato preferibile, nel caso di cui oggi ci occupiamo, esaurire nei decreti-legge la previsione delle misure da adottare, rinviandone la disciplina specifica alla fonte regolamentare, sottoposta ad una serie di controlli preventivi (da parte del Consiglio di Stato e del Presidente della Repubblica)⁵². La risposta è senz'altro positiva: tale ricostruzione, fondata su una nozione sostanziale della legalità, consente la *raffrontabilità* dell'atto secondario alla norma che lo prevede e che lo regola, concretando un aspetto del «giusto procedimento»⁵³. A tale percorso, certo più limpido dal punto di vista di un corretto rapporto tra le fonti, si sarebbero potuti comunque affiancare, per gli aspetti più specifici e di dettaglio, gli innumerevoli poteri di ordinanza previsti dalla legge (basti pensare, restando al solo livello nazionale, alle ordinanze del Ministro della salute ai sensi dell'art. 32 della legge istitutiva del servizio sanitario nazionale o alle ordinanze di protezione civile), a loro volta sottoponibili al sindacato giurisdizionale⁵⁴.

5. L'irrisolto problema del “giusto procedimento legislativo” e l'importanza dei poteri parlamentari di indirizzo e controllo

Tuttavia, il fatto che i controlli giurisdizionali negli stati di emergenza possano rivelarsi poco agevoli⁵⁵, induce a sottolineare anche l'importanza dei

⁵² 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, 297 (disponibile in <http://www.osservatoriosullefonti.it>). In senso analogo A. D'ANDREA, *L'emergenza sanitaria*, cit., par. 3, il quale trova «sorprendente come non si sia neppure ritenuto opportuno, per dare attuazione alle scarse disposizioni dei decreti-legge, ricorrere alla fonte normativa secondaria per eccellenza sicuramente contemplata nell'ordinamento costituzionale, vale a dire i regolamenti governativi deliberati (...) dal Consiglio dei ministri previo parere del Consiglio di Stato ed emanati dal Presidente della Repubblica, così da attenuare, entro certi limiti, con misure formalmente più appropriate la sovraesposizione normativa cui si presta non si sa bene perché il Presidente del Consiglio». Sulla sovraesposizione del Presidente del Consiglio vedi F. RESCIGNO, *La gestione del coronavirus*, cit., 267, che ricorda come più volte egli abbia dichiarato di assumersi la personale responsabilità degli atti che adottava: tuttavia – osserva l'A. - «vale la pena ricordare come non esista alcuna previsione costituzionale che imponga tale sua responsabilità di fronte ai cittadini, mentre la Carta si limita a prevedere il compito per il Presidente del Consiglio di mantenere l'unità di indirizzo politico e amministrativo interna al governo, promuovendo e coordinando l'attività dei ministri, imponendogli di dirigere la politica generale del governo e di esserne responsabile, assieme al governo stesso, di fronte alle Camere, responsabili invece dinanzi al corpo elettorale».

⁵³ V. CRISAFULLI, *Principio di legalità*, cit., 130 ss.

⁵⁴ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti*, cit., 139.

⁵⁵ A. RUGGERI, *Il coronavirus*, cit., 219.

controlli politici, *in primis* quelli svolti dal Parlamento. A questo proposito mi limito ad alcuni brevissimi cenni:

a) dall'inizio della pandemia, le Camere appaiono relegate (forse anche per loro volontà) al ruolo di consulenza del governo di cui prima ho parlato e all'esame di atti indifferibili e urgenti, come la conversione del decreti-legge⁵⁶;

b) la circostanza è aggravata dagli inevitabili problemi di funzionamento legati al diffondersi del virus, ai quali si sono date fino ad oggi risposte di tipo empirico, dando vita ad un diritto parlamentare dell'emergenza, temporaneo e condiviso⁵⁷. Ma resta aperta la questione della possibilità e dei limiti della partecipazione a distanza in via telematica ai lavori parlamentari. Tema ineludibile ma assai delicato, che richiederà un intervento di natura regolamentare e che, soprattutto per quanto riguarda l'espressione del voto, dovrà essere rigorosamente limitato ai casi di verificata necessità, da circondare con tutte le possibili cautele⁵⁸;

c) nel periodo dell'emergenza è continuato, in forma più grave, il processo di deterioramento della qualità della legislazione e degli equilibri del sistema delle fonti. Il Rapporto dell'Osservatorio sulla legislazione propone un catalogo piuttosto impressionante di prassi devianti: tra queste, le "dimensioni" dei decreti-legge, aumentate in maniera esponenziale a seguito dell'esame parlamentare; l'uso ripetuto della tecnica dell'abrogazione esplicita ad opera di un decreto-legge di una norma di un altro decreto-legge in corso di conversione; l'inserimento, nella legge di conversione del decreto legge n. 18 del 2020, di una proroga in blocco di tutti i termini di delega in scadenza nel periodo 10 febbraio-31 agosto 2020. Si è inoltre confermato il fenomeno del c.d. monocameralismo alternato o casuale, con uno dei due rami del

⁵⁶ S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. 3/2020, 12 maggio 2020, 215: le Camere «sono state costrette a sospendere la normale attività per concentrarsi quasi esclusivamente sull'esame di atti indifferibili e urgenti e su quelli strettamente connessi alle conseguenze sanitarie ed economiche dell'emergenza epidemiologica».

⁵⁷ S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, cit., 217.

⁵⁸ Vedi, a questo riguardo, l'accurata analisi di A. MALASCHINI e M. PANDOLFELLI, *Partecipazione ai lavori a distanza da parte dei parlamentari: un possibile percorso*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 4, 2020, 24 ottobre 2020 (disponibile in www.forumcostituzionale.it), che mettono l'accento sull'esigenza di un'approfondita valutazione di tutte le specificità dei procedimenti parlamentari. In argomento vedi la citata *Relazione* della Commissione Affari costituzionali del Senato sull'affare assegnato n. 588, par. f, nella quale si riassumono le posizioni sul voto a distanza degli esperti auditi, equamente suddivisi tra favorevoli e contrari, e si sottolinea che molti hanno evidenziato come tale possibilità vada limitata a casi eccezionali o di forza maggiore, poiché il confronto in presenza deve restare la regola, eventualmente anche attraverso la valorizzazione delle sedi decentrate. In ogni caso, sono necessari strumenti affidabili per l'identificazione dei votanti e una piattaforma adeguata per conoscere gli esiti in tempo reale.

Parlamento chiamato ad una sorta di mera “ratifica”, in tempi assai ristretti⁵⁹ (il monocameralismo «non detto» di cui parla Andrea Manzella)⁶⁰.

Ci troviamo di fronte, ancora una volta, a molteplici violazioni del “giusto procedimento legislativo”, che riguarda anche la conversione del decreto-legge. Del resto, fin dalla sua più antica giurisprudenza la Corte costituzionale ha parlato del procedimento formativo della legge *nelle sue varie specie*, richiamando proprio gli artt. 70, 76 e 77 Cost. (sentenza n. 3/1957)⁶¹. Un

⁵⁹ *La legislazione tra Stato, Regioni e Unione europea*, cit., 10 ss. Sul fenomeno della c.d. “confluenza”, per cui il testo di un decreto-legge viene sostanzialmente inserito all’interno del disegno di legge di conversione di un altro decreto-legge, rispetto al quale si presenta come un emendamento del governo (o dei relatori), vedi A. VERNATA, *Governo e Parlamento nella produzione normativa. Evoluzioni o consolidamento di una nuova costituzione materiale?*, in *Rivista AIC*, n. 3/2020, 6 luglio 2020, 69 ss. L’A. osserva che solitamente tale emendamento «recepisce, in tutto o in parte, le negoziazioni intervenute nell’originaria sede di conversione, ma non è affatto raro che il testo “trasfuso” con l’emendamento sia quello di un decreto-legge su cui le commissioni parlamentari non hanno nemmeno dato avvio all’esame, dando vita a quella che è stata definita una conversione “mascherata”». In argomento vedi l’intervento del sen. Luigi Zanda nel dibattito svoltosi al Senato sul disegno di legge di bilancio per il 2021 (Assemblea, Resoconto stenografico, seduta n. 289 di mercoledì 30 dicembre 2020, 18): «non possono valere come precedente le eccezionali modalità con le quali è stato approvato il decreto-legge sui cosiddetti ristori. In quel provvedimento, oltre alle note criticità di tutti i maxiemendamenti, sono stati inseriti i contenuti di quattro decreti-legge attraverso la loro trasformazione in emendamenti al testo finale. Non sappiamo come la dottrina e la giurisprudenza classificheranno questa innovazione, ma ogni decreto-legge è un provvedimento a sé stante, che poggia su propri specifici requisiti di necessità e urgenza. Metterli insieme in un’unica legge di conversione è una forzatura ardita, certamente rischiosa per il precedente che può determinare». Sul tema vedi il parere approvato dal Comitato per la legislazione il 12 gennaio 2021, che invita il legislatore «ad evitare forme di intreccio tra più provvedimenti d’urgenza, atteso che in particolare la confluenza in un unico testo di più articolati attualmente vigenti – che originano da distinte delibere del Consiglio dei ministri e distinti decreti del Presidente della Repubblica – appare suscettibile d’ingenerare un’alterazione del lineare svolgimento della procedura parlamentare di esame dei disegni di legge di conversione dei decreti-legge e di provocare un danno, oltre che alla comprensibilità dei testi da parte dei cittadini, anche degli equilibri istituzionali; la confluenza in un unico testo di più decreti-legge contribuisce infatti all’aumento delle dimensioni dei testi all’esame del Parlamento e quindi alla loro complessità, con la conseguenza di concentrare la discussione nel primo ramo di esame; in questo modo si prefigura un monocameralismo di fatto che necessita invece di essere decisamente superato già in questa fase della vita delle istituzioni» (Resoconto stenografico, 6).

⁶⁰ A. MANZELLA, *Elogio dell’Assemblea*, tuttavia, Modena, Mucchi editore, 2020, 21, secondo il quale i più moderni sistemi costituzionali evolvono verso un «monocameralismo temperato», secondo la logica della unitarietà della rappresentanza in una sola assemblea (pp. 30-31). L’A. si pronuncia per un monocameralismo formale che sostituisca il monocameralismo di fatto (p. 65). Per Luigi Zanda (Senato, Assemblea, Resoconto stenografico, seduta n. 271 di lunedì 2 novembre 2020, 22) «è meglio il monocameralismo, piuttosto che un bicameralismo zoppo, confuso e sempre sull’orlo di essere cambiato», e deve essere in ogni caso evitato un riformismo costituzionale attuato per prassi, che in futuro, in diverse condizioni politiche, «potrebbe essere utilizzato con disinvoltura anche per scopi che di democratico potrebbero non avere nulla».

⁶¹ In argomento vedi G. BRUNELLI, *La genesi del sindacato di costituzionalità sul vizio formale della legge. Premesse dottrinali e giurisprudenza degli anni ’50*, in *Quaderni fiorentini*, XLV, 2016, 127 ss.

problema non risolto, come dimostrano le ordinanze n. 17/2019 e n. 60/2020, che registrano un cedimento del giudice costituzionale sul fronte delle garanzie del procedimento legislativo, tra l'altro proprio sulla legge di bilancio, assolutamente cruciale nella tradizione del parlamentarismo⁶². Una giurisprudenza che finisce per incorrere in una singolare eterogenesi dei fini: volendo salvaguardare al massimo l'autonomia delle Camere, finisce per dare il proprio contributo allo svuotamento del procedimento legislativo, così concorrendo senza volerlo al declino della democrazia rappresentativa⁶³.

Assai importante sarebbe, accanto al recupero della correttezza del procedimento di formazione della legge, il rafforzamento dei poteri di controllo del Parlamento sul governo⁶⁴, data la connessione tra attività ispettiva e produzione normativa dell'esecutivo⁶⁵. Si è così aperta una discussione sul ruolo che potrebbero assumere, nell'attuale contingenza, le commissioni parlamentari, permanenti o speciali; sull'ipotesi di una riunione congiunta delle conferenze dei capigruppo di Camera e Senato quale sede per

⁶² M. ARMANNO, *Il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato come strumento di verifica della regolarità del procedimento legislativo e l'invalidabile soglia del controllo di legittimità*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. 4/2020, 7 luglio 2020, 211. Secondo M. MANETTI, *Il conflitto promosso dai parlamentari si rivela una trappola. Dalla tutela degli interna corporis alla modifica tacita della Costituzione*, in *Giur. cost.*, fasc. 2, 2020, 724, con l'ordinanza n. 60 del 2020 «la Corte sacrifica il principio costituzionale del bicameralismo – importante sempre, ma essenziale nello svolgimento del processo legislativo, e tanto più se esso riguarda l'approvazione della testa di capitolo che è per la vita dello Stato l'approvazione del bilancio – sull'altare del principio di efficienza, inveratosi in una prassi che la stessa Corte ha in passato ritenuto di dubbia legittimità». Quanto alla decretazione d'urgenza, la recente decisione n. 149 del 2020 è alquanto permissiva nell'interpretazione dell'«urgenza» e della «omogeneità» delle norme introdotte con la fonte governativa: A. SPERTI, *La Corte costituzionale e il controllo sui vizi formali del decreto-legge. Riflessioni sulla sent. n. 149 del 2020*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. 6/2020, 1 dicembre 2020, 367 ss.

⁶³ Tra le molte critiche che si possono avanzare nei riguardi di questo orientamento giurisprudenziale, di particolare rilievo appaiono le osservazioni di A. MANZELLA, *Elogio dell'Assemblea*, tuttavia, cit., 43, sul profilo soggettivo del conflitto: la Corte costituzionale, a suo avviso, non sembra cogliere «la necessità fondamentale di rendere visibile la garanzia del confronto tra maggioranza e minoranza», non avendo riconosciuto la legittimazione ad agire «né all'opposizione in quanto tale (la legittimazione del “potere di sfiducia”) né ai gruppi parlamentari. Sembra cioè non funzionare né a tutela della componente minoritaria della dialettica parlamentare né a tutela del pluralismo rappresentativo».

⁶⁴ Accademia Nazionale dei Lincei, *Problemi di ordine costituzionale determinati dall'emergenza della pandemia da Covid-19*, Documento della Commissione Covid-19, 16 giugno 2020, in *www.lincci.it*, 9-10: l'ampio utilizzo negli stati di emergenza delle fonti normative (primarie e secondarie) affidate al governo e alla pubblica amministrazione impone «di estendere e rafforzare i poteri di controllo sull'esecutivo che, nel quadro della nostra forma di governo, spettano al Parlamento», attraverso l'impiego «dei vari strumenti che la Costituzione e i regolamenti parlamentari mettono a disposizione delle Camere, che vanno dalla adozione di atti di indirizzo generale sulla gestione dell'emergenza alla convocazione dei membri del Governo dinanzi alle diverse Commissioni parlamentari (la cui presenza e la cui attività, nell'emergenza, andrebbe potenziata)».

⁶⁵ S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, cit., 216.

una condivisione al più alto livello della gestione dell'emergenza tra governo e Parlamento, nonché tra maggioranza e opposizione; sulla eventuale istituzione di una commissione parlamentare bicamerale specificamente dedicata al tema della emergenza epidemiologica da Covid-19. Quest'ultima soluzione ha raccolto i maggiori consensi, secondo quanto emerge dalla già ricordata Relazione finale della Commissione Affari costituzionali del Senato, presso la quale si è svolta una serie di audizioni relative alle modalità più efficaci per l'esercizio delle prerogative costituzionali del Parlamento nell'ambito di un'emergenza dichiarata⁶⁶.

Il problema, com'è ovvio, riguarda anche le conseguenze economiche dell'emergenza, e la gestione dei fondi in arrivo dall'Unione europea. Certo, l'ipotesi (forse ormai tramontata) della "cabina" di regia composta dal Presidente del Consiglio, alcuni ministri e un elevatissimo numero di esperti, suscita inevitabili perplessità: per le gerarchie informali che determina (o forse che consolida) all'interno del governo e soprattutto per l'emarginazione, ancora una volta, del Parlamento, che secondo quanto dichiarato dal Presidente del Consiglio sarà certamente coinvolto, ma non si capisce affatto in quale fase, in che termini e con quale "intensità". Si sono giustamente espresse forti riserve sulla creazione di «un'architettura istituzionale parallela affiancata e sovrapposta a quella disegnata dalla Costituzione», destinata a produrre un groviglio inestricabile (e dunque conflittuale) di competenze⁶⁷.

Si dovranno invece trovare le forme per assicurare una presenza efficace e tempestiva del Parlamento sia nella fase della decisione sia in quella del controllo successivo. Sotto quest'ultimo aspetto, potrebbe anzi essere

⁶⁶ *Relazione approvata dalla Commissione sull'affare assegnato n. 588*, cit., che si sofferma, tra l'altro, sulla composizione, le funzioni, il regime di pubblicità, l'atto istitutivo e i limiti di oggetto e di durata che dovrebbero caratterizzare tale commissione bicamerale. Quanto al possibile ruolo degli organi parlamentari esistenti, e in particolare delle commissioni permanenti, la relazione si sofferma sulla possibilità di convertire i decreti-legge in sede decentrata: «Sebbene la Costituzione non includa questa ipotesi tra le riserve di assemblea elencate nell'ultimo comma dell'articolo 72 e siano solo i regolamenti parlamentari a prevederla, l'orientamento prevalente ritiene tuttavia che vi sia una riserva implicita, e che perciò la strada della sede deliberante non sia percorribile, neppure con un consenso unanime». Diverse aperture si sono avute invece circa la sede redigente (par. 2). L'utilizzazione del procedimento in commissione deliberante per la conversione dei decreti-legge nella fase emergenziale è suggerita in dottrina da G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit., 8-9, secondo il quale «[p]otrebbe essere utile, in circostanze veramente straordinarie come quella attuale, prevedere nei (...) Regolamenti l'ipotesi di una deliberazione all'unanimità dei capigruppo che autorizzi la scelta del procedimento decentrato, le cui modalità non solo renderebbero più agili e veloci i lavori, ma consentirebbero pure l'adozione di tutte le cautele (numero dei presenti, distanze, scelta dei locali più adatti etc.) necessarie per l'incolumità dei partecipanti ed il contenimento del contagio. Maggioranza e opposizione sarebbero comunque garantite, giacché sarebbe sempre possibile la transizione al procedimento ordinario, su richiesta del Governo, di un quinto dei membri della commissione e di un decimo dell'assemblea».

⁶⁷ M. VILLONE, *Rischiamo una governance da oligarchi, il manifesto*, 1 dicembre 2020.

l'occasione per attuare quella valutazione delle politiche pubbliche di cui tanto si parla, realizzando finalmente ciò che fino ad oggi è mancato: l'«accompagnamento» da parte delle Camere «dell'intero ciclo di una *policy*»⁶⁸, verificandone gli effetti concreti e l'efficacia rispetto agli obiettivi previsti, per poterne poi correggere i difetti, eventualmente anche attraverso un intervento legislativo. Sono vari gli strumenti che possono essere utilizzati a questo scopo: basti pensare alla creazione di specifici organi parlamentari, anche comuni ai due rami del Parlamento, con competenze specifiche sul tema della valutazione degli effetti delle politiche. O, ancora, alla previsione di «sessioni valutative» nelle commissioni parlamentari competenti⁶⁹.

Ciò che più conta, in definitiva, è la consapevolezza che il Parlamento ha di sé stesso, della propria funzione, della centralità nel sistema che la Costituzione gli assegna, e che necessita di essere affermata e difesa ogni giorno nella complessità delle dinamiche istituzionali.

⁶⁸ A. MASTROPAOLO – L. VERZICHELLI, *Il parlamento. Le assemblee legislative nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, Laterza, 2006, 138.

⁶⁹ Associazione Studi e Ricerche Parlamentari, *La valutazione delle politiche pubbliche in prospettiva comparata*, Seminario di studi e ricerche parlamentari “Silvano Tosi”, Ricerca 2016, in www.senato.it.