

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

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 prevedere 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 assumere 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'Assemblea², 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/constituente/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/01general/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 Fabbri⁴: 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.

Abbandonati 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 Crispo⁶, 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 democrazia⁷; 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 Governo⁸. 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 crisi⁹.

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 inespresi, 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.

fondamentali dell'ordinamento¹⁰. 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 sopravvivenza¹².

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 intangibili¹³. 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 modo¹⁴.

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 sistema¹⁵.

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, disponibile all'indirizzo www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2015/2015527qpc.htm.

La teoria monista¹⁷ 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 dualista¹⁸ 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 romana 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 violato¹⁹. 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 controlimiti²⁰ – 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 suoi 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 neutrali²¹ 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-rappresentativo²²?

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 altrui²³ – 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 garanzia²⁴ si completano a vicenda senza sovrapporsi²⁵, né potrebbe essere altrimenti

un'analisi degli stati eccezionali nell'ordinamento francese, inclusa l'“*État d'urgence*” designata 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 presidenziali*, 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 vizi²⁶, 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 libertà²⁷. 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 retroattiva²⁸.

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. CHELLI, *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 gennaio²⁹, 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 assumere il d.lgs. 1/2018 a base legale della dichiarazione emergenziale³⁰. 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, ripristino 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 idoneo 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 regolativa³³ 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 autoimpostasi³⁴, 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 "sì". 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 amministrativi³⁵. 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 rilievo 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. 6/20³⁶ (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 rispettata³⁷. 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 fonte³⁸, 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 sottrae³⁹.

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.19/2020⁴⁰ 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 ancora⁴¹.

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 fare⁴².

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 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'ALLOIA, *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 consegnati agli atti in esame la necessaria copertura costituzionale. Questo passaggio camerale è stato introdotto con l'emendamento 2.41⁴³ all'art. 2 del disegno di legge di conversione del D.L. 19/2020⁴⁴, 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 maggio⁴⁵.

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 2020, 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 costituzionale⁴⁶.

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 costituzionale⁴⁷.

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 altri⁴⁸. 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 breve⁴⁹.

Nella fase due - quella avviata dal dpcm 26 aprile⁵⁰ - 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 necessità, 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/ApplyOpenFilePDF.cfm?artid=41346&dpath=document&dfile=25032020182057.pdf&content=Primo%2Bpiano%2B%2D%2BI%2Bdiritti%2Bal%2Btempo%2Bdel%2Bcoronavirus%2E%2BU%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 2020⁵¹, 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 necessità 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.dataPubblicazione=Gazzetta=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 proroga⁵², 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 Ackerman⁵³. 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 garantire⁵⁵.

All'esigenza di evitare l'asservimento dei poteri straordinari a scopi eversivi si accompagna un ulteriore bisogno: le libertà retrocedono forzatamente

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 international de droit constitutionnel*, tomo II, *Distribution des pouvoirs*, 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-Qaeda, 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 costituzionale⁵⁶, 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 incompabilmente 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 controlimito 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.