

Stato di necessità: l'equilibrio tra i poteri

di Pino Pisicchio

Abstract: The “state of necessity”: balance of power— On March 12, 2020 the Government of the Czech Republic declared the state of emergency for 30 days with reference to the entire territory of the State, due to the outbreak of the Coronavirus disease (Covid-19). The state of emergency was initially extended by the Chamber of Deputies until April 30, 2020, and then finally until May 17, 2020. The Government has so far introduced a series of measures in order to prevent the spread of the Covid-19 and to support people affected by the economic and health crisis. Unprecedented restrictions have been imposed to fundamental rights and freedoms, which led to several administrative as well constitutional complaints.

Keywords: Parliament; State of Necessity; Italian Constitution; Sanitary Emergency; Prime Minister Decrees.

Forse per quella certa dose di ambiguità semantica che ha accompagnato la traversata dei lemmi “emergenza” e “necessità” dalle scienze sociali alle scienze giuridiche, forse per il “significante” carico di storia recente ritenuto non propriamente compatibile con i principi della democrazia nascente, fors’anche per l’attenzione rivolta al tema da Carl Schmitt, e dunque per il supposto deposito ideologico che, attraverso il costituzionalista tedesco, ne avrebbe onerato il concetto, lo stato di eccezione non trovò una grande accoglienza nel dibattito costituente. E, per la verità, non trovò neanche una cattiva accoglienza: semplicemente non ci fu luogo a procedere. Non che non vi fossero state iniziative volte al recepimento del principio: il demonazionale Crispo, un avvocato liberale di origine campana, fu l’autore di una proposta dell’introduzione nella Carta dell’art.74-bis, discusso in assemblea il 26 marzo 1947, il cui contenuto tendeva a disciplinare in modo compiuto lo stato di emergenza¹. Già il 6 ottobre del 1946 era stato discussa una proposta del comitato di redazione che riproponeva i contenuti

4271

¹ L’articolo aggiuntivo proposto dall’on. Crispo tendeva a ricomprendere le diverse origini della sospensione dei diritti di libertà adottando una formulazione letterale alquanto ampia: “L’esercizio dei diritti di libertà può essere limitato o sospeso per necessità di difesa, determinata dal tempo o dallo stato di guerra, nonché da motivi di ordine pubblico, durante lo stato d’assedio. Nei casi suddetti le Camere, anche se sciolte, saranno immediatamente convocate per ratificare o respingere la proclamazione dello stato d’assedio e i provvedimenti relativi.” “L’esercizio dei diritti di libertà può essere limitato o sospeso per necessità di difesa, determinata dal tempo o dallo stato di guerra, nonché da motivi di ordine pubblico, durante lo stato d’assedio. Nei casi suddetti le Camere, anche se sciolte, saranno immediatamente convocate per ratificare o respingere la proclamazione dello stato d’assedio e i provvedimenti relativi.”

dell'art. 19 della Costituzione francese sullo stato d'assedio, fortemente criticato da Togliatti che ne paventava la possibilità di un uso strumentale al fine della soppressione delle libertà democratiche². Il dibattito costituente considerò, peraltro, tutto l'*extra-ordinem*, che incluse, oltre lo stato d'assedio e lo stato d'emergenza, anche la decretazione d'urgenza che in sottocommissione ricevette un divieto espresso, successivamente scomparso dal testo proposto all'approvazione dell'Assemblea, accomunando tutti i possibili istituti di sospensione delle libertà costituzionali.

Ma, tornando all'on. Crispo, va ricordato che, nella seduta del 26 marzo 1947 la sua proposta di introduzione dell'art. 74-bis non venne rigettata. Al contrario, il presidente Tupini a nome della Commissione dichiarò che la proposta veniva accettata in linea di massima³ e pregò il proponente di accettare un rinvio in sede di discussione sul Parlamento. Di fatto non venne più discussa né mai votata anche se viene ricordato⁴ come, ad ogni annuncio della proposta da parte dei presidenti dell'Assemblea, non vi fossero mai state contestazioni di sorta. Non vi è una posizione univoca nella dottrina sui motivi che ostacolarono il prosieguo della discussione sulla proposta Crispo: la possibilità più accreditata, tuttavia, resta quella della scomparsa dell'art.74-bis dal testo definitivo per semplice difetto di coordinamento o per dimenticanza⁵. Sta di fatto che la scelta del silenzio normativo sul tema non intese assumere il valore di una estromissione dell'*extra-ordinem* dall'ordinamento costituzionale⁶ semmai si operò per un accorpamento concettuale tra decretazione d'urgenza, stato di pericolo, stato d'assedio e di necessità.

Questo singolare antefatto svoltosi in sede di dibattito costituente, rappresenta dunque la genesi più accreditata di un'assenza nel nostro ordinamento costituzionale, un "convitato di pietra" che ha fatto da sfondo al dibattito dottrinario nei lunghi mesi del *lockdown* imposto dal governo ai cittadini italiani, insieme alle altre misure di contrasto alla pandemia da covid 19, evento che, in tutta evidenza, si identifica come "stato di emergenza sanitaria". La successione

² In un passaggio del suo intervento il leader del Partito Comunista Italiano ebbe anche ad osservare che lo stato d'assedio "una volta sola è stato proclamato in funzione antifascista ed è durato solo tre quarti d'ora". Togliatti si riferiva alla circostanza storica del rifiuto opposto dal re Vittorio Emanuele III il 28 ottobre del 1921 di controfirmare il decreto di stato d'assedio approvato due ore e mezzo prima dal governo Facta che avrebbe, almeno secondo le intenzioni del capo del governo, dovuto fermare la marcia su Roma dei fascisti, atto che era stato già affisso sui muri della città di Roma e che era stato diffuso nei suoi contenuti dall'agenzia di stampa Stefani, evidentemente prima ancora che diventasse atto giuridico perfetto.

³ Cfr. A.C. pg.2900

⁴ Cfr. V. Falzone, F. Palermo, F. Cosentino, *La Costituzione della Repubblica Italiana illustrata con i lavori preparatori*, Milano, 1976, 85

⁵ *Ex multis*, si vedano: B. Cherchi, *Stato d'assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'Assemblea Costituente*, in *Riv.Trim.Dir.Pubblico*,1981, 1108 ss.; L. Buscema, *Lo stato di emergenza e la irrinunciabile saldezza dei valori in un ordinamento democratico*, in *Democrazia e Sicurezza*, Anno VII, n.1/2017; V. Falzone, F. Palermo, F. Cosentino, *La Costituzione della Repubblica Italiana illustrata con i lavori preparatori*,op.cit.

⁶ Cfr. B. Cherchi, *Stato d'assedio e sospensione delle libertà*, in *Studi in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016.

degli eventi (e degli atti giuridici conseguenti) è nota e prende le mosse dalla dichiarazione dello stato d'emergenza, deliberata dal governo il 31 gennaio 2020, a seguito della dichiarazione di "Emergenza internazionale di salute pubblica" emanata il giorno prima dall'OMS. Il provvedimento, previsto dalla l.24 febbraio 1992 n. 225 (e successive modifiche, in particolare il DL 59/2012) istitutiva del Servizio nazionale di protezione Civile, prevedeva una durata di sei mesi dello stato d'emergenza, al fine di consentire l'emanazione delle necessarie ordinanze di Protezione Civile. Il potere di ordinanza, conferito al Consiglio dei Ministri, con la riforma introdotta dal DL 59/2012, venne attribuito anche al Capo del Dipartimento della Protezione Civile (art. 5 comma 2 della legge), salvo che non fosse diversamente stabilito dalla delibera dello stato di emergenza, con l'avvertenza che tale potere sarebbe stato esercitato nei limiti e secondo i criteri indicati nel decreto istitutivo. Si trattò, dunque, di un'innovazione rilevante rispetto alla disciplina previgente che avrebbe concorso ad implementare in modo significativo la numerosità degli atti promananti dalle Autorità pubbliche nel quadro dell'emergenza e che, secondo i ricercatori del centro - studi openpolis, ammontavano a 271 provvedimenti, contabilizzati all'altezza del 21 maggio.

Il "modus decretandi" del presidente del Consiglio, attraverso l'uso reiterato dello strumento del Dpcm, ha rappresentato oggetto di critica politica e di dibattito dottrinario, per la ragione dell'aver proceduto a comprimere le libertà personali dei cittadini, dapprima in ambiti territoriali circoscritti e, successivamente, dopo il *lockdown* generale, in tutto il territorio nazionale, utilizzando uno strumento giuridico improprio, sottratto al controllo del Parlamento e privo della sanzione della controfirma del Capo dello Stato. In verità l'adozione della misura del dpcm è avvenuta non in contrasto con lo Stato di diritto e non solo per il presupposto di fatto che ne ha motivato l'adozione- emergenza sanitaria in un contesto temporale definito e comunque transitorio- ma soprattutto per il rispetto del presupposto di diritto, derivante dall'adozione dei Decreti Legge di cui i dpcm sono stati esecuzione, a partire dai DL 6 e 19/2020, primi interventi organici in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, in grado di offrire una sufficiente copertura formale di fonte primaria ai provvedimenti amministrativi successivi. Tuttavia appare innegabile che il ricorso reiterato allo strumento più propriamente amministrativo del dpcm, la numerosità stessa degli interventi effettuati a partire dal 23 febbraio, la percezione di una certa indeterminazione che talvolta è apparsa prevalere nell'emanazione dei provvedimenti - si veda, ad esempio, la singolare e alacre produzione dei modelli di autocertificazione-abbiano potuto apparire tutti fattori di indebolimento se non di vera e propria elusione della necessaria afferenza parlamentare nelle decisioni emergenziali aventi ad oggetto le libertà e i diritti dei cittadini. Il punto è che pur essendo viva e giuridicamente coperta la sorgente emergenziale, l'emergenza come "fatto costituzionale" si declina nel nostro ordinamento in un contesto di assenza delle regole esplicite. In un contesto anomico, dunque, in un quadro di assordante silenzio costituzionale, per scelta consapevole o per difetto di coordinamento in sede di assemblea costituente, o forse per misurare una prudente distanza

dall'art.48⁷ della Costituzione weimariana e dalle teorizzazioni schmittiane⁸, i padri non disciplinarono lo stato di emergenza. E questa omissione ha aperto le porte alla possibilità di spezzare l'equilibrio montesquieiano, in particolare tra Legislativo ed Esecutivo, non solo nella gestione attuale delle emergenze, ma anche in seguito, quando, esaurita la sorgente emergenziale, potrebbe determinarsi la stabilizzazione di interventi che avevano trovato luogo e giustificazione nello stato di necessità. Si ponga mente, per esempio, al caso della “app Immuni”, discussa misura di tracciamento anti-coronavirus della popolazione, contenuta nel DL 30 aprile 2020, n.28. Si tratta, come è noto, di un sistema di individuazione dei contatti e dei contagi, da attivare su base volontaria, che ripropone una modalità già sperimentata con successo in alcuni altri Paesi, in particolare dell'Asia orientale, la cui efficacia è direttamente proporzionale alla numerosità degli aderenti al programma. Sorge in primo luogo la considerazione sull'efficacia di una misura che, poggiando necessariamente su un atto di volizione del cittadino, sarà necessariamente parziale in tutte le liberaldemocrazie occidentali, mentre invece lo screening completo della popolazione viene garantito nell'Estremo Oriente, dove gli ordinamenti giuridici sono ispirati dagli “*asian values*” che ribaltano il catalogo delle libertà individuali privilegiando il comunitarismo di stampo confuciano: in questi contesti culturali le applicazioni per il monitoraggio della popolazione rappresentano una esperienza abituale e tendenzialmente garante di un controllo che raggiunge livelli molto alti nella cittadinanza in modo costante. Ma per l'ordinamento costituzionale ispirato ai principi liberali resterà l'invalidabile conflitto con il diritto alla riservatezza, su cui torna ad insistere anche l'Ue con il regolamento generale sulla protezione dei dati (Gdpr) e la direttiva e-privacy. Insomma: il pericolo di sedimentazione e di stabilizzazione nell'ordinamento di istituti e rimedi sopravvissuti all'emergenza esiste e si rende particolarmente insidioso con la tracciabilità dei cittadini, esponendoli all'uso improprio di informazioni sensibili da parte del governo.

Non appare improprio, allora, compiere oggi una riflessione sulla opportunità di colmare la lacuna, nella pur coerente e moderna costruzione ordinamentale, lasciata dai Padri costituenti sulla legislazione dell'emergenza, che ha, peraltro, trovato recente approdo in termini di proposta in sede parlamentare. Si tratta di ragionare sul giusto equilibrio dei poteri, delimitando l'ambito temporale e dei contenuti, definendo forme e limiti dei poteri nell'emergenza, quale che possa essere l'autorità da cui quei poteri promanano. Perché è vero, come affermava con l'autorevolezza non solo istituzionale ma anche morale il Capo dello Stato, che il governo ha agito nell'emergenza del coronavirus nel solco del

⁷ L'art.48 della Costituzione di Weimar, che disciplinava lo stato di eccezione consentendo, in caso di necessità e al fine di garantire la sicurezza pubblica, la sospensione di alcuni diritti di libertà costituzionalmente tutelati, rappresentò lo strumento attraverso cui Hitler poté adottare il decreto del 28 febbraio 1933, noto come “Decreto dell'incendio del Reichstag”. Lo stato d'eccezione che trovò fonte in un decreto emanato secondo le forme indicate dalla Costituzione weimariana, durò, dunque, fintanto che durò il regime nazista.

⁸ La teoria dello stato d'eccezione, che diede vita ad un dibattito dottrinario tra la prima e la seconda guerra mondiale, trovò una formulazione compiuta in Carl Schmitt in *Die Diktatur* del 1921. Cfr: M Luciani, *Carl Schmitt ed il concetto di “dittatura”*, in *Diritto e società*, 1975.

tracciato costituzionale e in assonanza e cooperazione costante con la più alta magistratura della Repubblica, ma il vuoto normativo ricordato dalla presidente della Corte Costituzionale, non giova alle dinamiche della democrazia, rappresentando una pericolosa tentazione per un riempimento di autorità senza legittimazione.

Pino Pisicchio
Università degli Studi Internazionali di Roma
giuseppe.pisicchio@unint.eu

