

Dall'analisi comparata della gestione dell'emergenza Covid-19 alle criticità della normativa antiterrorismo: riflessioni comparative sulla disciplina dello stato di eccezione a partire dall'ordinamento italiano

di *Emilio Minniti*

Abstract: From the comparative analysis of the Covid-19 emergency management to the criticisms of the anti-terrorism legislation: comparative reflections on the regulation of the state of exception starting from the Italian legal system – The management of the health crisis produced by the Covid-19 pandemic has rekindled the debate on the lack of constitutional discipline of the state of emergency in the Italian legal system. However, the criticalities highlighted by the doctrine with respect to the action of the Italian Government appear to be substantially similar to those found in those democratic countries where the exception states are constitutionalized, since, probably due to the essentially "neutral" nature of the crisis in progress, such exception regimes have not been activated. The purpose of this essay is to try to broaden the reflection on the emergency in the Italian system, extending it to the many important questions posed by the recent anti-terrorism legislation of 2015. In fact, it seems appropriate to address the issues posed by the management of the Covid-19 pandemic, in a sufficiently broad perspective to encourage an overall rationalization of the issue of exception in the Italian legal system.

2681

Keywords: State of Exception; Constitutional Rights; Rule of Law; Health Crisis; Principle of Legality.

1. Introduzione

Le questioni emerse rispetto alla gestione della crisi sanitaria in atto, scaturita dalla pandemia di Covid-19, hanno trasmesso un nuovo importante impulso al dibattito dottrinale sullo stato di eccezione nell'ordinamento italiano, che sembra tuttavia strutturarsi essenzialmente sulla base di valutazioni connesse all'emergenza presente. In termini più generali, il quadro dei sistemi democratici occidentali si caratterizza, in ampia prevalenza, per la vigenza di regimi giuridici derogatori, previsti in via preventiva dai testi costituzionali nell'ottica di una eventuale e possibile futura instaurazione. L'indirizzo preminente risulta dunque orientato ad una "razionalizzazione" dell'emergenza, ossia all'intento di attenuarne le conseguenze avverse mediante una specifica previsione costituzionale, che autorizza temporanee modifiche nella ripartizione delle competenze tra i diversi organi costituzionali e nel regime di tutela delle libertà. Parte significativa della dottrina sul tema ha interpretato la predisposizione preventiva di deroghe al sistema ordinario come rispondente alla precisa volontà

di "proteggere" i valori caratterizzanti la Costituzione, qualificando pertanto tali sistemi come "garantisti"¹. A differenza di tali modelli, l'ordinamento costituzionale italiano non prevede alcun regime normativo derogatorio da attivare in caso di emergenza, lasciando aperta la questione giuridica relativa alla legittimità di misure eccezionali, eventualmente adottate al di fuori di una preventiva abilitazione del costituente. Nel caso specifico della crisi Covid-19, la gestione governativa dell'emergenza sanitaria ha suscitato diverse importanti perplessità da parte della dottrina, in riferimento soprattutto al rispetto dell'istituto della riserva di legge, previsto dalla Costituzione a tutela dei diritti fondamentali, all'osservanza del principio di legalità e di quello di determinatezza. Il ricorso ripetuto allo strumento del D.P.C.M. ha evidenziato uno spostamento dell'equilibrio nella divisione dei poteri a vantaggio dell'esecutivo, ed un contestuale ridimensionamento del ruolo e delle funzioni effettivamente esercitate dall'istituzione parlamentare nella fase più delicata della crisi, eccedendo da quanto consentito dalla disciplina emergenziale fondata sul Codice di Protezione Civile e dal decreto legge n. 6 del 23 febbraio 2020. In un tale quadro, in cui è emersa anche una certa incertezza di indirizzo nell'azione dell'esecutivo, si è posta dunque in rilievo l'assenza di uno schema normativo derogatorio costituzionalmente abilitato, in grado di definire procedure, tempi, controlli e modalità di azione rispetto alla sospensione delle libertà fondamentali, o comunque ad una loro significativa limitazione². Tuttavia, da un'analisi comparata³ emerge come la questione della limitazione delle libertà fondamentali mediante atti non legislativi, abbia interessato anche quegli ordinamenti democratico-liberali in cui sussiste una disciplina costituzionale dello stato di emergenza, poiché in essi, con la sola eccezione della Spagna, non si è ritenuto di ricorrere all'attivazione di tali

¹ G. De Vergottini, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, 2004, 204 ss.

² In riferimento a tale dinamica Gaetano Silvestri ha evidenziato, quale elemento centrale nella riflessione sulla gestione dell'emergenza Covid-19 da parte del governo italiano, l'alterazione progressiva del sistema delle fonti del diritto, operazione certo non consentita dall'attuale normativa sull'emergenza italiana ma possibile negli ordinamenti costituzionali che prevedono regimi derogatori in caso di stato di eccezione. Contestualmente, Gaetano Azzariti ha messo in rilievo "l'autoassunzione di un potere *extraordinem* che si legittima per via di necessità" da parte del governo, Sabino Cassese ha parlato di "costituzione stropicciata" e di una non ammissibile acquisizione di competenze normative da parte dell'esecutivo, mentre Ciro Sbaìlò ha sottolineato come la base giuridica originaria delle limitazioni imposte risulti "troppo debole per reggere limitazioni tanto pesanti", e come il nostro ordinamento sconti in questi frangenti "l'assenza di una disciplina organica e coerente, di rango costituzionale, per la gestione dello stato di eccezione", lacuna che "forse ora è venuto il momento di colmare". G. Silvestri, *Covid-19 e Costituzione* in *Unicost*, 3 Aprile 2020; G. Azzariti, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 31 marzo 2020, 5; B. Tedaldi, *Bufera sul dpcm. Politici e giuristi: "Trasformiamolo in un decreto"*, in *AGI Agenzia Italia*, 28 aprile 2020; C. Sbaìlò, *Troppe libertà violate per forza maggiore. Per le eccezioni serve una nuova Carta*, in *Il Dubbio*, 27 maggio 2020.

³ La metodologia di analisi comparata adottata si sviluppa in una chiave sia sincronica che diacronica. Per un approfondimento su tale approccio metodologico cfr. G. Lombardi, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato*, Milano, 1986, 17-23; G. De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2013, 21-23; G. Bognetti, *Introduzione al diritto costituzionale comparato. Il metodo*, Torino, 1994, 166; J. Hilare, *La place de l'histoire du droit dans l'enseignement et dans la formation du comparatiste*, in *Revue internationale de droit comparé*, n. 2, 326; R. Scarciglia, *Metodi e comparazione giuridica*, Milano, 2018, 110-111.

specifiche normazioni. Anche in riferimento al caso spagnolo è opportuno evidenziare come i provvedimenti assunti dalle Comunità autonome nella fase iniziale della crisi, fortemente limitativi dei diritti costituzionali, rilevassero una base legislativa piuttosto incerta, e come la stessa successiva proclamazione dello *estado de alarma*, specificamente prevista in caso di epidemia, sia stata considerata da parte della dottrina insufficiente rispetto all'entità effettiva delle misure adottate, attribuendo al Governo la chiara volontà di non voler proclamare gli stati emergenziali più incisivi previsti dal dettato costituzionale. La generalizzata prudenza emersa nell'attivare i regimi normativi derogatori previsti dalle Costituzioni, anche a fronte di un significativo ridimensionamento del ruolo del Parlamento nella gestione della crisi, può essere probabilmente ricondotto alla natura "neutra" dell'emergenza in atto. Lo stato di eccezione, nella teorizzazione che ne offre Carl Schmitt, è infatti un concetto strettamente connesso alla genesi sovranità e al suo punto d'origine, e costituisce l'"*estremus necessitatis casus*" di fronte al quale lo Stato sospende il diritto in virtù di un "principio di autoconservazione"⁴. Un'emergenza sanitaria, per quanto in grado di generare una situazione di grave e diffuso pericolo per la salute pubblica, nonché una condizione di blocco di numerose attività e di generalizzato *lockdown*, non nasce come una minaccia diretta a sovvertire l'ordinamento. Pertanto, se da un lato l'emergenza Covid-19 mette in luce l'assenza di una disciplina organica di rango costituzionale per la gestione dello stato di eccezione, dall'altro non può, in ragione della sua specifica natura, costituire l'ambito principale rispetto al quale strutturare il dibattito sul tema. Il presente saggio si propone di provare ad ampliare la riflessione sullo stato di eccezione nell'ordinamento italiano, estendendola alle numerose e importanti questioni poste dalla recente normativa antiterrorismo del 2015. Il decreto n. 7/2015, convertito dalla legge n. 43/2015, ha sancito infatti un'anticipazione significativa della soglia di rilevanza penale delle condotte incriminate, l'introduzione dei cosiddetti "reati di pericolo" o "per tipo d'autore", e l'affermazione di una matrice "preventiva" nella definizione del paradigma del reato, inducendo parte della dottrina, sia di ambito costituzionale che penale, a sollevare dei seri dubbi di ammissibilità costituzionale. In aggiunta a questo rilevante aspetto, l'affermazione di una logica di contrasto di carattere preventivo, come emerso dal raffronto con l'esempio statunitense, parrebbe esporre l'ordinamento italiano al pericolo di trasferire al potere giudiziario la responsabilità di valutazioni di carattere politico, in un contesto già caratterizzato dal principio dell'obbligatorietà dell'azione penale. Tale quadro sembra dunque prefigurare la concreta possibilità di un'alterazione del rapporto tra i poteri dello

⁴ C. Schmitt, *Teologia Politica: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in G. Miglio – P. Schiera (a cura di), *Carl Schmitt, le categorie del "politico". Saggi di teoria politica*, Bologna, 1972, 34-39. Per un ulteriore approfondimento sul tema cfr C.L. Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, Princeton, 1948; W.E. Scheuermann, *Between the Norm and the Exception. The Frankfurt School and the Rule of Law*, Cambridge (Massachusetts), 1994; G. Marramao, *Potere e secolarizzazione. Le categorie del tempo*, Torino, 2005; D. Dyzenhaus, *The Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency*, Cambridge, 2006; B. Ackerman, *La costituzione di emergenza. Come salvaguardare libertà e diritti civili di fronte al pericolo del terrorismo*, Milano, 2005; G. Agamben, *Lo stato di eccezione*, Torino, 2003.

stato a svantaggio dell'esecutivo, proprio nel caso del manifestarsi di uno stato di emergenza eminentemente "politico", qual è quello terroristico. Appare conseguentemente opportuno affrontare le questioni poste dalla gestione della pandemia di Covid-19, in una prospettiva sufficiente ampia da favorire una complessiva razionalizzazione del tema dell'eccezione nell'ordinamento italiano.

2. Lo stato di emergenza nell'ordinamento italiano

L'ordinamento costituzionale italiano non prevede alcun regime normativo derogatorio da attivare in caso di emergenza, lasciando pertanto aperta la questione giuridica relativa alla legittimità di misure eccezionali, eventualmente adottate al di fuori di una preventiva abilitazione del costituente. L'Articolo 78 della Costituzione italiana, infatti, poiché fa riferimento alla sola ipotesi di emergenza derivata da una guerra, disciplinando, in relazione a questa, competenze e modalità procedurali attraverso cui provvedere alla tutela dello Stato e della comunità nazionale,⁵ non può essere assunto come fonte abilitante rispetto al tendenzialmente più ampio sistema delle misure eccezionali. Nel corso dei lavori dell'Assemblea Costituente, il dibattito relativo all'eventualità di introdurre la disciplina dello stato d'assedio ha registrato la contrapposizione di due differenti orientamenti. Alla disposizione che attribuiva al Presidente della Repubblica il potere di proclamare lo stato d'assedio, motivandone la relativa necessità, avanzata dall'On. La Rocca nell'ambito della II sottocommissione, si è infatti contrapposta una disposizione di tenore negativo finalizzata a proibire

⁵ A tal riguardo, è opportuno precisare come il vincolo espresso dall'art. 11 della Costituzione limiti il concetto di guerra ad una tipologia prettamente difensiva, ossia al modello classico di guerra contro un aggressore. Inoltre, nella prassi costituzionale seguita dall'entrata in vigore della Costituzione, non si è mai fatto ricorso all'art. 78 in nessuno dei casi in cui l'Italia è stata coinvolta in conflitti che hanno assunto le caratteristiche della guerra internazionale. Giuseppe De Vergottini ha evidenziato come si siano sistematicamente adottate "determinazioni governative abbinate ad atti di indirizzo parlamentare per dare inizio all'impiego delle forze armate all'estero e al decreto-legge per disciplinare il regime emergenziale". Tra ragioni che possono giustificare l'attuazione di una tale prassi figurano l'abbandono della procedura formale di dichiarazione di guerra a livello internazionale, e la limitazione al carattere prettamente difensivo del conflitto stabilita dall'Art. 78. Una ulteriore motivazione di merito risulta inerente alla natura dei conflitti in oggetto, in quanto è apparso più logico, trattandosi di interventi bellici volti a difendere i diritti umani o altri Stati da aggressioni alla propria sovranità, ricorrere all'attivazione delle clausole dell'art.11. Ad ogni modo, indipendentemente da tale prassi, l'articolo 78 permane l'unica disposizione costituzionale che definisce quali siano gli organi competenti e quali e procedure da utilizzare in caso di guerra. G. De Vergottini, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, 2004, 228-231. Per un ulteriore approfondimento sul tema cfr P. G. Grasso, voce *Guerra*, II, *Disciplina Costituzionale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XV, 1989, Roma, 3 ss; V. Lippolis, *La crisi del Golfo Persico in parlamento: le problematiche della guerra e le missioni all'estero*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1991, 1736 ss; G. Motzo, *Costituzione e guerra giusta alla periferia dell'Impero*, in *Quaderni Costituzionali*, 1999, 373 ss; F. Vari, *La "vecchia" costituzione e la nuova guerra: breve analisi della "crisi del Kosovo"*, in M. Donigiani e S. Sicardi (a cura di), *Diritti umani e uso della forza. Profili di diritto costituzionale interno e internazionale*, Torino, 132 ss; A. Pizzorusso, *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1979, 102 ss.; N. Ronzitti (a cura di), *L'articolo 11 della Costituzione baluardo della vocazione internazionale dell'Italia*, Napoli, 2013. In merito alle difficoltà di un ricorso all'*analogia legis* cfr G. De Minico, *Costituzione, emergenza e terrorismo*, Napoli, 2016, 28 ss.

esplicitamente la dichiarazione dello stato d'assedio, sostenuta dall'On. Fabbri.⁶ Nonostante la particolare attenzione dedicata al tema, la proposta complessiva presentata dalla Commissione dei 75 all'Assemblea Costituente non ha incluso alcun riferimento alla questione dello stato d'assedio che, tuttavia, venne riproposta in aula da un emendamento dell'On. Crispo. Tale emendamento introduceva l'istituto dello stato d'assedio, attribuendo al Governo il potere di proclamare la situazione emergenziale e di limitare o sospendere le libertà individuali garantite dall'ordinamento. Contestualmente, al Parlamento veniva attribuito il ruolo di ratificare, in ultima istanza, la proclamazione dello stato di emergenza e l'adozione eventuale di misure restrittive dei diritti di libertà⁷. La vicenda dell'emendamento Crispo, respinto dall'Assemblea Costituente, è stata autorevolmente ripresa da Paolo Barile al fine di ribadire l'esigenza di una procedura dichiarativa per lo stato di emergenza che fosse autonoma dall'Art.78⁸. Dunque, sin dalla fase costitutiva dell'ordinamento italiano, la questione dell'abilitazione delle misure eccezionali ha impegnato la dottrina giuridica in un articolato dibattito che, inevitabilmente, ha investito il tema centrale della disciplina delle fonti normative del diritto. In una tale prospettiva, Livio Paladin ha ricondotto l'analisi delle fonti a tre piani essenziali, di cui il primo attiene alle fonti legali, specificamente abilitate a produrre diritto oggettivo, mentre il secondo

⁶ La proposta dell'On. Rocca individuava nel Presidente della Repubblica l'organo deputato a proclamare lo stato d'assedio, con il consenso espresso del Consiglio della Repubblica: "In conseguenza, il Presidente della Repubblica dovrà procedere all'esame della situazione con il Consiglio della Repubblica e, costante la necessità e l'urgenza di una misura straordinaria a garanzia della vita del paese, potrà [...] proclamare lo stato d'assedio, totale o parziale, con l'approvazione espressa del Consiglio della Repubblica. Inducono a queste cautele le lezioni dell'esperienza e l'obbligo di difendere l'avvenire contro i pericoli di un ritorno offensivo del passato, comunque travestito e mascherato". L'articolazione della proposta era la seguente: "Art... L'Assemblea Nazionale decide le questioni di guerra e di pace; approva, per la ratifica, i trattati con gli altri Stati; nomina e revoca il Comando supremo delle forze armate; ordina la mobilitazione totale o parziale; concede l'amnistia. // Art. ... Il Presidente della Repubblica, col consenso del Consiglio della Repubblica, proclama lo stato d'assedio, motivandone la necessità". Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, II Sottocommissione, *Relazione on. Le Deputato La Rocca, Sul potere Esecutivo*, anche in www.nascitacostituzione.it/05appendici/01general/00/02/05-la_rocca.htm. Di orientamento opposto risulta la disposizione sostenuta dall'On. Fabbri: "E' vietata la dichiarazione dello stato d'assedio ed è altresì vietata ogni altra misura di sospensione totale o parziale delle garanzie regolate dalla presente Costituzione". Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, II Sottocommissione, *Resoconto Sommario della seduta di sabato 11 gennaio 1947*, reperibile all'indirizzo legislature.camera.it/_dati/Costituente/Lavori/II_Sottocommissione_II_Sezione/sed016/sed016nc.pdf.

⁷ L'emendamento presentato il 16 ottobre 1947 dall'On. A. Crespo recita: "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 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". www.nascitacostituzione.it/03p2/01t1/s2/078/index.htm/art078-012-1.htm.

⁸ Sul tema si veda P. Barile, *Scritti di diritto costituzionale*, Padova, 1967; V. Di Ciolo, *Questioni in tema di decreti legge*, Milano, 1970; A. Pace, *Ragionevolezza abnorme o stato di emergenza?*, in *Giur. Cost.*, I, 1982. Giovanna De Minico ha rilevato come, in relazione alla bocciatura dell'emendamento Crispo, abbiano senza dubbio pesato la precedente esperienza fascista nonché l'esperienza della Repubblica di Weimar e le vicende legate al ricorso all'Art. 48 della prima Costituzione democratica tedesca. G. De Minico, *Costituzione, emergenza e terrorismo*, Napoli, 2016, 37.

inerisce al momento interpretativo e applicativo del diritto, nell'ambito del quale si procede all'estrazione delle norme giuridiche dalle disposizioni, siano queste costituzionali, legislative o regolamentari⁹. Il terzo piano, viceversa, riguarda la "rottura" e il "superamento" della disciplina relativa alle fonti legali, che si riscontrano nei casi-limite in cui la produzione normativa *extra ordinem* riesce ad affermarsi. Paladin, dunque, ha riconosciuto alle fonti *extra ordinem* un rilievo decisivo nei soli frangenti di crisi radicale degli Stati, nell'ambito dei quali le fonti ordinarie di creazione del diritto non risultino in grado di funzionare efficacemente¹⁰. Pertanto, al di fuori di tali casi-limite, le fonti *extra ordinem* non sarebbero altro che "atti o comportamenti illegittimi o illeciti", adottati nell'esercizio di potestà non normative.¹¹ Nell'ambito di un orientamento teorico che riconduce la gestione dello stato di eccezione esclusivamente all'interno del sistema legale-costituzionale, si colloca, al contrario, l'analisi di Paolo Barile, che qualifica la necessità come fatto giuridicamente rilevante soltanto nell'eventualità e nella misura in cui l'ordinamento la riconosca¹². Questi, infatti, non ha riconosciuto alcun margine operativo né alcuna forma di legittimità, a misure fondate sullo stato di necessità che possano sospendere, anche solo parzialmente, quanto disposto dall'ordinamento costituzionale vigente. Pertanto, solo una preventiva revisione costituzionale risulterebbe legittimata ad individuare le norme costituzionali suscettibili di sospensione di fronte ad una situazione di emergenza. In mancanza di ciò, si sarebbe di fronte alla creazione di diritto eccezionale invalido¹³. Analogamente, Giuseppe Rescigno ha negato legittimità ad

⁹ In merito al processo dell'interpretazione, Gustavo Zagrebelsky ha osservato come "l'insieme delle disposizioni è solo l'ordinamento in potenza" e dunque è l'autorità deputata a darne applicazione a detenere il potere effettivo di tradurlo in atto. G. Zagrebelsky, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984, 69. Sullo stesso tema Venzio Crisafulli ha sostenuto come "Le norme, lungi dal configurarsi come un elemento dell'atto, ne stanno fuori [...] con un proprio significato, che può in varia misura divergere, e tanto più con l'andar del tempo, da quello originariamente espresso dalle singole disposizioni, singolarmente considerate, poiché esso si determina in funzione dell'ordinamento complessivo". V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Vol. II, Padova, 1993, 41. Per un ulteriore approfondimento sul tema cfr. G. Silvestri, *Le sentenze normative*, in R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, 774 ss.

¹⁰ L. Paladin, *Le fonti del diritto comparato*, Bologna, 1996, 19. Per un approfondimento ulteriore sul tema cfr. A. Ruggeri, *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, III edizione, Torino, 2001; F. Modugno, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Torino, 2002.

¹¹ "Vero è che nessun elenco e nessun sistema degli atti e dei fatti normativi, quand'anche fissati dalla stessa Costituzione di un determinato ordinamento statale positivo, potranno mai essere assolutamente tassativi e compiuti: vale a dire sottratti a ogni divenire delle fonti, indipendentemente dalle formali revisioni di quella disciplina costituzionale, bensì fondato sulla nuda realtà delle vicende e delle necessità sociali e politiche. Ma non per questo si deve immaginare che le fonti *extra ordinem* si presentino e si riproducano per ogni dove, fino al punto di mettere in ombra le fonti legali e il loro sistema". L. Paladin, *Le fonti del diritto comparato*, Bologna, 1996, 18-19.

¹² P. Barile, *Le libertà nella Costituzione. Lezioni*, Padova, 1966, 49 ss. Per un'analisi comparata delle tesi di Paolo Barile e di Santi Romano cfr. G. De Minico, *Costituzione, emergenza e terrorismo*, Napoli, 2016, 27.

¹³ De Minico ha ravvisato criticamente i limiti di tale impostazione teorica: "Questo *tandem* legge costituzionale di autorizzazione/legge emergenziale autorizzata è apprezzabile per il suo rigore scientifico, ma criticabile per difetto di effettività. Infatti, il binomio dovrebbe applicarsi proprio in situazioni che, per la celerità di accadimento, richiedono al legislatore soluzioni normative di rapida produzione. Tali non sono quelle risultanti a seguito dell'*iter* dell'art. 138 Cost., il cui garantismo procedurale, punto di forza della costruzione dello studioso, diventa anche il suo

una normazione emergenziale fondata sulla necessità che si contrapponga, in tutto o in parte, all'ordinamento costituzionale, e ha considerato l'affermazione di deroghe al diritto scritto alla stregua di un fatto illecito, al quale il potere giudiziario avrebbe dovuto opporre resistenza. Tuttavia, riprendendo concettualmente una prassi tipica del sistema britannico, Rescigno ha preso in considerazione la possibilità di un eventuale atto di legittimazione *ex post*, abilitato a rendere lecito ciò che non lo era¹⁴. A completare il quadro di questo breve spaccato del dibattito dottrinale sul tema, si evidenzia l'analisi strutturata da Giuseppe De Vergottini, che riconduce i regimi derogatori instaurabili al di fuori di una disciplina costituzionale preventiva, ad una forma di "eccezionalità innovativa", fondata sulla necessità-fonte. Questa viene considerata nei termini di una fonte costituzionale "implicita" dell'ordinamento in quanto, derivando da una primaria "esigenza di conservazione" dello stesso, ne costituisce un principio interno¹⁵. Tuttavia, in riferimento alla specificità dell'ordinamento italiano, De Vergottini ha preso in esame la questione delle fonti anteriori di rango subcostituzionale, che disciplinano il tema dell'emergenza, ma che sono state generalmente considerate come non conformi alla Costituzione repubblicana. Le normative in oggetto sono la legge di guerra e di neutralità, r. d. dell'8 luglio 1938, n. 14215, che prevede lo "stato di guerra interno", il codice penale militare di guerra, r. d. del 20 febbraio 1941, n. 303, che prevede l'applicazione della legge penale militare di guerra in tempo di pace e, in ultimo, il Testo Unico delle leggi di p. s., r.d. del 18 giugno 1931, n. 773, che prevede lo "stato di pericolo pubblico" e "lo stato di guerra per motivi di ordine pubblico". Tale complessa normativa emergenziale dispone, in caso di rilevanti crisi interne, l'incremento dei poteri e

punto di debolezza". G. De Minico, *Costituzione, emergenza e terrorismo*, Napoli, 2016, 27.

¹⁴ G. U. Rescigno, (voce) *Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza*, in *Noviss. Dig. It.* Vol. XII, Torino, 1965, 89 ss. Quanto alla tesi di Oreste Ranelletti, che colloca la necessità-fonte all'interno dell'ordinamento in una posizione analoga a quella della consuetudine, in virtù delle sue caratteristiche di fatto, appare evidente come la natura "eccezionale" dello stato di necessità sia radicalmente contrapposta a uno dei principali requisiti della consuetudine, ossia la sua ripetibilità nel tempo. O. Ranelletti, *La polizia di sicurezza*, in V. E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. IV, parte I, Milano, 1904, 1154.

¹⁵ G. De Vergottini, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, 2004, 217 ss. Per un approfondimento di carattere generale sul tema cfr L.P. Petrillo, *Forma di governo e legislazione antiterrorismo in Canada* in T. Groppi (a cura di), *Democrazia e guerra*, Napoli, 2006, 399 ss; P. Bonetti, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 78 ss. In merito alla questione in oggetto risulta di particolare rilievo l'analisi di Pietro Pinna, il quale ha osservato come la teoria della necessità, da egli ricondotta prevalentemente al concetto di Costituzione materiale e all'analisi di Costantino Mortati, risulti inadeguata per l'individuazione della Costituzione di emergenza nell'ordinamento italiano: "come è stato osservato dalla dottrina più sensibile e attenta, l'individuazione dei fini dell'istituzione statale presuppone un ordinamento costituzionale avente un certo grado di omogeneità politica, quantunque meno consistente di quella che consente l'identificazione della costituzione con dati contenuti. Ebbene l'ordinamento italiano non è politicamente omogeneo; anzi tra i suoi valori vi è la garanzia che al suo interno possano convivere forze perseguenti fini notevolmente diversi e perfino contrastanti. Perciò l'unità e la stabilità dell'ordinamento – quindi l'esistenza dello Stato, in questo senso – non sono costituite dalla comunanza alle forze politiche di dati contenuti o fini – quest'ultima è un'ipotesi in cui il "vincolo associativo", per così dire, è meno intenso- ma alcune "regole del gioco, che individuano i mezzi giuridici utilizzabili per il conseguimento dei fini propri delle molteplici e anche contrastanti forze politiche che agiscono nell'ordinamento costituzionale". P. Pinna, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988, 123.

delle prerogative degli organi di polizia, nonché il passaggio dei poteri agli organi militari e la conseguente limitazione dei diritti di libertà¹⁶. Nonostante le numerose e radicali perplessità sollevate in ambito dottrinale¹⁷, De Vergottini ha evidenziato come il comma 4 dell'articolo 27 della Costituzione, fino alla modifica intervenuta con la legge costituzionale del 2 ottobre 2007, non ammettesse la pena di morte "se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra", lasciando intendere come le leggi precostituzionali che contenevano previsioni limitative dei diritti potessero, in linea di principio, essere compatibili con la Costituzione. L'idea che tali disposizioni dovessero ritenersi "naturalmente" abrogate appare in parte smentita dalla legge n. 6 del 31 gennaio 2001, che ha apportato modifiche al Codice Penale militare e alle disposizioni che disciplinano la sua applicazione nelle operazioni svolte al di fuori del territorio nazionale, nonché dalla legge n. 92 del 18 marzo 2003, che è intervenuta ad abolire alcuni articoli dello stesso, indicandone la permanenza in vigore. Tuttavia, a prescindere dai temi del confronto dottrinario sulla questione, la validità del ragionamento che fonda sul comma 4 dell'art. 27 la possibile compatibilità costituzionale della legislazione emergenziale in oggetto, incontra il suo termine ultimo nella legge costituzionale del 2 ottobre 2007, che elimina dal testo il riferimento ai "casi previsti dalle leggi militari di guerra", chiudendo a tale possibilità di legittimazione costituzionale¹⁸.

Un particolare interesse in tema di disciplina dell'emergenza riveste, inoltre, l'analisi di Carlo Esposito relativa all'istituto del decreto legge, secondo la quale l'art. 77 della Costituzione prevederebbe, nei casi di assoluta necessità, la possibilità che le misure assunte dal Governo possano procedere oltre "il disponibile con legge ordinaria" e, dunque, in deroga o in rottura con le disposizioni costituzionali sui diritti e sulle competenze¹⁹. Tuttavia, "nella ipotesi

¹⁶ G. De Vergottini, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, 2004, 250-251.

¹⁷ Tra le posizioni più decise nel negare qualsiasi forma di residua legittimità alle leggi precostituzionali sullo stato di emergenza, si è registrata quella di Livio Paladin: "Nel quadro costituzionale, comunque, non vi è più spazio per le limitazioni delle libertà fondamentali affidate all'arbitrio dell'esecutivo, indipendentemente dall'attualità di un conflitto armato, secondo le disposizioni del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza e della "legge di guerra". Non a caso, del resto, l'intermediazione di appositi decreti-legge, da convertire in leggi formali, è considerata necessaria dagli stessi autori che ritengono recuperabili quelle discipline; sicché la legislazione fascista sugli stati di eccezione varrebbe soltanto a fornire i contenuti normativi che i provvedimenti del Governo potrebbero far propri volta per volta, nei limiti richiesti da ciascuna crisi. Ma non vi è spazio nemmeno per una nuova legge ordinaria sulla difesa e sulla sicurezza dello Stato, che voglia soddisfare analoghe esigenze derogando alla Costituzione". Paladin ha sostenuto come l'adozione di misure che violino la libertà personale, di stampa o che estendano la giurisdizione dei tribunali militari in tempo di pace, necessiti imprescindibilmente di una revisione del testo costituzionale, analogamente a quanto avvenuto in Germania nel 1968. L. Paladin, *Le fonti del diritto comparato*, Bologna, 1996, 231.

¹⁸ La legge costituzionale del 2 ottobre 2007 è stata adottata in conseguenza di quanto sancito dalla Carta dei diritti fondamentali di Nizza del 7 dicembre 2000, che ha stabilito come nessuno possa essere condannato alla pena di morte (Art.2), oppure essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui sussista un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte (Art.19).

¹⁹ C. Esposito, *Decreto-legge*, in *Enc. Dir.* XI, Milano, 1962, Paragrafo 4. Lo schema di gestione della recente emergenza da Covid-19 in Italia ha conferito una nuova "attualità" alla riflessione di Esposito, interpretata da Francesco Saverio Marini nei termini di una vera e propria "rivincita". F. S. Marini, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *Federalismi.it*, 22 Aprile 2020, 8. Per un ulteriore approfondimento sul tema cfr F. S. Marini, *Saggi di diritto pubblico*,

che il decreto del Governo abbia superato i limiti del disciplinabile con legge ordinaria, ed abbia sospeso garanzie costituzionali, il provvedimento nel contenuto e nella durata della sua vigenza, pure nel periodo posteriore alla conversione, è infatti strettamente legato alla straordinarietà del caso ed alla permanenza della situazione di necessità ed urgenza che ne determinò la emissione. Ove questa situazione dovesse cessare prima della conversione, il Governo non avrebbe solo la possibilità ma l'obbligo di provvedere alla cessazione della sua efficacia nella via di un nuovo contrario decreto. Ed anzi i decreti legge di questa specie, correttamente, o dovrebbero essere a tempo o prevedere la cessazione della propria efficacia, quando il Governo dichiara o accerti la cessazione della situazione di necessità²⁰. Esposito precisa ulteriormente come i decreti legge eccedenti la competenza delle leggi ordinarie possano sospendere soltanto temporaneamente norme e garanzie costituzionali, e non dunque determinarne l'abrogazione in via definitiva. In quest'ultima eventualità, infatti, tali provvedimenti sarebbero da ritenersi incostituzionali. Il decreto legge viene dunque interpretato come una fonte *sui generis*, inquadrabile o assimilabile nell'ambito delle fonti *extra ordinem*, che tuttavia incontra limiti insuperabili nella sua stessa configurazione Costituzionale, in quanto, nei casi di crisi dell'intero sistema in cui la Camere non siano in grado di riunirsi per la conversione in legge dei provvedimenti e la Corte Costituzionale non sia nelle condizioni di verificarne la validità, il ricorso all'art. 77 non viene ritenuto attuabile. In tali casi di paralizzante crisi dell'ordinamento, infatti, Esposito ritiene che i provvedimenti del Governo debbano essere sostituiti dai decreti del Presidente della Repubblica, poiché non delimitati da alcuna particolare norma costituzionale e perciò indipendenti dai limiti propri dei decreti legge²¹.

2689

3. La gestione dell'emergenza Covid-19 in Italia

La gestione della crisi sanitaria conseguente alla pandemia di Covid-19 ha suscitato diverse importanti perplessità da parte della dottrina giuridica, relativamente all'ammissibilità costituzionale dei provvedimenti assunti dal Governo. A differenza della prevalenza dei sistemi democratici occidentali, infatti, la Costituzione italiana non prevede la possibilità di attivare una disciplina di

Napoli, 2014, 161 ss.; F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2019, 125 ss.; P. F. Grossi, *Premesse per uno studio sistematico delle fonti del diritto*, Torino, 2008, 47 ss.

²⁰ C. Esposito, *Decreto-legge*, in *Enc. Dir. XI*, Milano, 1962, Paragrafo 11.

²¹ "Se questi provvedimenti del Capo dello Stato in ipotesi di crisi del sistema siano ammissibili, e come e perché, è comunque questione da risolvere in base alla ricostruzione generale della figura del Capo dello Stato, quale risulta dal significato storico della qualifica attribuita a una sola delle istituzioni statali, dalla conservazione in testa al Capo dello Stato, della titolarità formale della più parte dei poteri sostantivi spettanti ai Capi di Stato investiti di pienezza di poteri; dalla considerazione che a lui è attribuita la titolarità a dichiarare le supreme volizioni o decisioni dello Stato rendendole esecutorie o vincolanti sicché il Capo dello Stato (che resta capo dell'esecutivo o principio della dinamica esecutiva in Italia come in genere negli Stati parlamentari) è l'unico organo che, ancora oggi, è nella materiale possibilità di ottenere con i suoi atti e con le sue dichiarazioni una, sia pure provvisoria, obbedienza, atta a fronteggiare le situazioni straordinarie ipotizzate, anche se i suoi atti e le sue dichiarazioni possano essere illegittime nel contenuto". C. Esposito, *Decreto-legge*, in *Enc. Dir. XI*, Milano, 1962, Paragrafo 17.

emergenza, in grado di derogare temporaneamente all'ordinario rapporto di competenza tra i poteri dello Stato e di sospendere i diritti costituzionali. Tuttavia, nel nostro ordinamento è consentito limitare situazioni soggettive che rientrano nel quadro dei diritti fondamentali al fine di tutelare l'interesse collettivo alla salute, sebbene l'intervento restrittivo sulle libertà, in particolare quelle di domicilio, soggiorno e circolazione, risulti tutelato da una riserva di legge rinforzata, in quanto è lo stesso dettato costituzionale a definire gli interessi che possono legittimarlo²². Di fronte al manifestarsi della fase iniziale dell'epidemia il Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 ha provveduto a dichiarare lo stato di emergenza per la durata di sei mesi "in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili". Il fondamento di tale provvedimento, esplicitato dall'art. 1 comma 1 della delibera, è rappresentato dall'art. 7, comma 1, lettera c) e dall'art. 24, comma 1, del decreto legislativo n. 1 del 2 gennaio 2018, rispondente alla denominazione di "Codice di Protezione Civile"²³. Il Governo ha dunque fatto riferimento ad una fonte primaria che prevede, in caso di emergenze di rilievo nazionale "connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo", il ricorso a "mezzi e poteri straordinari" per "limitati e predefiniti periodi di tempo"²⁴, e quindi allo specifico istituto dello "stato di emergenza" che, come correttamente rilevato da una parte della dottrina costituzionalistica, si differenzia dallo stato di guerra o di eccezione, in quanto risulta definito e disciplinato dal Codice di Protezione Civile²⁵. Il successivo decreto legge n. 6 del 23 febbraio 2020, convertito con

²² B. Caravita, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, n. 6/2020, 3.

²³ L'art. 7, comma 1, lettera c) del decreto legislativo n. 1 del 2 gennaio 2018 stabilisce che le "emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo ai sensi dell'articolo 24". Quest'ultimo dispone al comma 3 che "la durata dello stato di emergenza di rilievo nazionale non può superare i 12 mesi, ed è prorogabile per non più di ulteriori 12 mesi".

²⁴ La sentenza della Corte Costituzionale n. 418 del 1992, relativa alla legge n. 225 del 24 febbraio 1992 sull'istituzione del servizio nazionale della protezione civile, il cui contenuto risulta tuttavia analogo a quello dell'attuale Codice di Protezione Civile, ha verificato la compatibilità costituzionale della disciplina in oggetto specificando come "nel ricorrere di così gravi emergenze, quando l'ambiente, i beni e la stessa vita delle popolazioni sono in pericolo e si richiede un'attività di soccorso straordinaria ed urgente, risulta giustificato che si adottino misure eccezionali, quale può essere la nomina di commissari delegati [...] non risulta irrazionale infatti che, di fronte alla imminenza e alla gravità del pericolo per l'integrità di beni fondamentali per l'uomo, siano individuate autorità in grado di agire immediatamente". Per un ulteriore approfondimento si veda M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 116.

²⁵ La Corte Costituzionale, come evidenziato da Massimo Luciani, ha riconosciuto la sindacabilità delle dichiarazioni di uno stato di emergenza, prendendo in esame la legittimità costituzionale del d.l. 6 novembre 2008, n. 172, "nella parte in cui, limitatamente alle aree geografiche in cui vige lo stato di emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti, configura come delitto condotte che, nel restante territorio nazionale, non sono penalmente rilevanti (lettera a) o sono punite a titolo di contravvenzione (lettera d)". Quanto alla violazione della riserva di legge ex art. 25 Cost., questa è stata esclusa dal giudice delle leggi poiché "le norme censurate non appartengono alla categoria delle cosiddette «norme penali in bianco» (che pure, a certe condizioni, questa Corte ha dichiarato costituzionalmente ammissibili [...]), in quanto in esse la fattispecie criminosa è compiutamente descritta e le pene sono specificamente previste.

modifiche dalla legge n. 13 del 5 marzo 2020, ha stabilito “misure urgenti per evitare la diffusione del COVID-19”, autorizzando il Presidente del Consiglio ad adottare tali disposizioni, su proposta del Ministro della salute, sentiti il Ministro dell'interno, della difesa, dell'economia e delle finanze e gli altri Ministri e autorità competenti per materia (Art. 3). Le misure di contenimento disposte dall'articolo 1 del decreto legge del 23 febbraio hanno prodotto una significativa limitazione delle libertà costituzionali, quali quella personale (art. 13 Cost.), di circolazione e soggiorno (art. 16 Cost.), di riunione (art. 17 Cost.), di religione (art. 19 Cost.), nonché del diritto al lavoro (art. 4 Cost.) e della libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.)²⁶. Quanto all'articolo 2 del decreto legge, questo ha disposto che “le autorità competenti possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dai casi di cui all'articolo 1, comma 1” evidenziando un chiaro difetto di determinatezza, poiché privo di delimitazione di forma o di contenuto. Tale articolo, che ha inevitabilmente indotto la dottrina a metterne in dubbio la

La dichiarazione dello stato di emergenza, da parte dell'autorità governativa, è solo una condizione di fatto per l'applicabilità delle norme medesime, che non integra in alcun modo il contenuto del precetto penale, fissato nella legge, in sé e per sé completo ed autosufficiente. Peraltro, la stessa dichiarazione dello stato di emergenza può avvenire solo in presenza dei presupposti legislativamente previsti [...]. L'atto amministrativo a carattere generale, che funge da presupposto per l'applicabilità delle sanzioni penali previste dalle norme censurate, è pertanto esso stesso suscettibile di valutazione, sotto il profilo della legittimità, da parte dei giudici ordinari e di quelli amministrativi, nell'ambito delle rispettive competenze. Non si riscontra quindi la possibilità di decisioni governative illegittime, da cui deriverebbero indirettamente le conseguenze penali previste dalle norme oggetto della presente questione, senza che sia esperibile alcun controllo di legalità”. Corte Cost., sent. n. 83 del 2010. M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 117.

²⁶ Per un approfondimento sul tema si veda G. Silvestri, *Covid-19 e Costituzione* in *Unicost*, 3 Aprile 2020, 6 ss. L. Cuocolo, *Presentazione, I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, (a cura di L. Cuocolo) in *Federalismi.it*, 5 maggio 2020, 10 ss; G.L. Gatta, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Sistema Penale*, 2 aprile 2020, 5; G. Lattanzi, *La pandemia aggredisce anche il diritto?*, in *Giustizia Insieme*, 2020; L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in *federalismi.it*, 31 marzo 2020, 13 ss; L. Fabiano, *La catena della normatività emergenziale in risposta alle minacce di diffusione del Covid-19. Riflessioni sulla tenuta in termini di legittimità e di opportunità delle scelte normative del Governo italiano*, in *Forum di BioLaw Journal*, 16 marzo 2020, 3. G. Menegatto, *Diritto e diritti nell'emergenza: ripartire dalla Costituzione*, in *Biodiritto*, 11 marzo 2020, 4; A. Candido, *Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione al tempo del COVID-19*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 10 marzo 2020, 6; G. Tropea, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *federalismi.it*, 18 marzo 2020, 10 ss.; A. Venanzoni, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1/2020. In relazione alla reale effettività della limitazione della libertà personale (art. 13 Cost.), Mario Luciani ha evidenziato criticamente come “Se si ritiene che la libertà personale sia in giuoco (solo) quando si è di fronte a provvedimenti che implicino un apprezzamento moralmente negativo del soggetto attinto, un simile stigma non si rinviene nell'imposizione della quarantena. Se, invece, si ritiene che l'essenza della libertà personale stia nella sottrazione alla coazione fisica, sicché incidono nell'art. 13 Cost. solo i trattamenti sanitari che la prevedono, la mancanza della coazione fisica a sostegno delle misure impositive della quarantena esclude l'applicabilità delle norme sulla libertà personale”. M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 127.

costituzionalità²⁷, è stato abrogato dal successivo decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020²⁸.

Le misure previste dal decreto legge n. 6 del 2020 sono state adottate da una serie di decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri²⁹ che, tuttavia, sembrano evidenziare una duplice legittimazione, in quanto costituiscono al contempo delle ordinanze di protezione civile³⁰. Il Presidente del Consiglio è infatti riconosciuto, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. a), del Codice, quale "autorità nazionale di protezione civile e titolare delle politiche in materia", cui il Codice di Protezione Civile riconosce "i poteri di ordinanza in materia di protezione civile". Sebbene, come osservato da parte della dottrina³¹, da questa duplice fondazione derivi la possibilità per i D.P.C.M. di derogare alle leggi vigenti, rimane aperta la questione relativa alle numerose riserve di legge previste dalla Costituzione a tutela dei diritti fondamentali, nonché al rispetto del principio di legalità³². In relazione a tale rilevante questione, appare ragionevole un orientamento volto a considerare i D.P.C.M. uno strumento adeguato nel caso i cui contenuti intervengano esclusivamente nei limiti tipici delle ordinanze contingibili e urgenti, rispettando i criteri della provvisorietà, della non astrattezza e della proporzionalità. Viceversa, in carenza di tali requisiti, appare necessario il ricorso esclusivo ad atti aventi forza di legge, che devono adeguatamente delimitare la discrezionalità del normatore secondario. In quest'ottica, benché si sia rivelato uno strumento rapido

²⁷ G. Silvestri, *Covid-19 e Costituzione* in *Unicost*, 3 Aprile 2020, 5; F. Filice; G.M. Locati, *Lo Stato democratico di diritto alla prova del contagio*, in *Questione Giustizia*, 27 marzo 2020, 5; M. De Nes, *Emergenza Covid-19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?*, in *Biola Journal*, 16 marzo 2020, 5.

Quanto agli effetti del successivo d.l. n. 19 del 2020, Luciani ha evidenziato come "è dubbio che la sanatoria delle misure adottate in attuazione del d.l. n. 6, operata dall'art. 2, comma 3, del d.l. n. 19, possa mettere al riparo dall'annullamento (o disapplicazione) giurisdizionale anche quelle "ulteriori" che siano state eventualmente prese avvalendosi del ricordato art. 2. Se il principio di legalità va inteso (in senso sostanziale) anche come principio di determinatezza delle norme attributive di potere e se tale principio costituisce un vincolo per il legislatore (sicché è da ritenere viziata la legge che lo violi), l'art. 2 del d.l. n. 6 dovrebbe considerarsi incostituzionale e illegittima la sanatoria degli effetti da esso prodotti". M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 112.

²⁸ Precedentemente, con il decreto n. 18 del 17 marzo 2020 sono state adottate misure di "potenziamento del Servizio Sanitario Nazionale" e di "sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19". Per un approfondimento sul tema cfr F. Cintioli, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *Federalismi.it*, 6 Aprile 2020.

²⁹ Il riferimento è ai DD.PP.CC.MM. del 25 febbraio, del 1° marzo, del 4 marzo, dell'8 marzo, del 9 marzo, dell'11 marzo, del 22 marzo e del 1° aprile. Quest'ultimo ha dato attuazione anche al d.l. n. 19 del 25 marzo.

³⁰ B. Caravita, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, n. 6/2020, 7.

³¹ Si veda in particolare B. Caravita, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, n. 6/2020, 6; M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 124.

³² Per un approfondimento sul tema cfr L.A. Mazzaroli, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in *Federalismi.it*, 23 marzo 2020, 15; L. Carlassarre, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966; F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009; G.U. Rescigno, *Sul principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, 1995.

e flessibile, l'istituto del D.P.C.M. sembra aver assunto, per certi tratti, un rilievo anomalo, analogo ad una fonte di diritto primario, sconfinando in quella che è stata considerata da parte della dottrina come un'evidente “appropriazione di competenze di natura legislativa”³³. Il ricorso frequente ai decreti del Presidente del Consiglio a scapito dell'emanazione di decreti legge ha di fatto escluso il Parlamento, chiamato a convertire i d.l. in legge, ed il Presidente della Repubblica, deputato all'emanazione dell'atto avente forza di legge, dalla gestione della fase più delicata dell'emergenza. Tra il decreto legge n. 6 del 23 febbraio 2020 ed il successivo d. l. n. 19 del 25 marzo 2020 è infatti intercorso un lasso temporale di oltre un mese, nonostante l'evidente difetto di determinatezza del primo atto.³⁴ E' possibile rilevare, dunque, uno spostamento dell'equilibrio nella divisione dei poteri a vantaggio dell'esecutivo, ed un sostanziale ridimensionamento del ruolo e delle funzioni effettivamente esercitate dall'Assemblea legislativa nella fase più delicata dell'emergenza. Quanto al tema delle ordinanze emanate durante la crisi sanitaria dalle regioni, che sono spesso entrate in contrasto con i provvedimenti adottati dal Governo, queste vedono riconosciuta la propria legittimità sia nella legge n. 833 del 1978 che nel Codice della Protezione Civile. La stessa Corte Costituzionale ha rilevato in più occasioni come “in caso di calamità di ampia portata, riconosciuta con la dichiarazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale, è possibile la chiamata in sussidiarietà di funzioni amministrative mediante la loro allocazione a livello statale”³⁵ e di conseguenza “anche in situazioni di emergenza la Regione non è comunque estranea, «giacché, nell'ambito dell'organizzazione policentrica della protezione civile, occorre che essa stessa fornisca l'intesa per la deliberazione del Governo e, dunque, cooperi in collaborazione leale e solidaristica» (sentenza n. 8 del 2016)”.³⁶ Tuttavia, i giudici delle leggi hanno escluso che il riconoscimento di poteri straordinari e derogatori della legislazione vigente possa avvenire da parte di una legge regionale³⁷, evidenziando come in materia di protezione civile le funzioni statali assumano un rilievo preminente. Quanto alla “tutela della salute”, benché rappresenti un ambito di competenza concorrente, la Consulta ha stabilito come spetti esclusivamente allo Stato definire il bilanciamento tra la tutela della salute e quella di altri diritti e interessi di rilievo costituzionale³⁸. Pertanto, la determinazione espressa dal d.l. n. 19 del 2020 di fare salve per ulteriori dieci giorni le ordinanze regionali che, eccedendo i limiti stabiliti dal comma 2 dell'art. 3 del d.l. 6 del 2020, risultavano evidentemente illegittime, sembra rispondere esclusivamente a ragioni di compromesso politico-istituzionale³⁹.

³³ Sabino Cassese ha in più occasioni posto in rilievo criticamente il ricorso del Governo ai D.P.C.M. in luogo dei decreti legge, chiarendo come ciò avesse comportato una non ammissibile acquisizione di competenze normative. Il riferimento specifico è a D. Cacopardo, *Emergenza, i decreti del presidente del consiglio dei ministri sono incostituzionali. Intollerabile l'abuso dei Dcpm*, in ItaliaOggi, 17/04/2020, 4.

³⁵ Corte Cost., sent. n. 246 del 2019.

³⁶ Corte Cost. sent. n. 246 del 2019.

³⁷ Corte Cost. sent. n. 82 del 2006.

³⁸ Corte cost., sent. n. 44 del 2003.

³⁹ M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 135.

4. La gestione dell'emergenza Covid-19 in Spagna, Francia, Germania e Stati Uniti.

La questione relativa all'adozione di misure restrittive dei diritti costituzionali mediante atti non legislativi, e dunque sottratti al controllo parlamentare, ha interessato anche quegli ordinamenti democratico-liberali in cui sussiste una disciplina costituzionale dello stato di emergenza, poiché in essi, con la sola eccezione della Spagna, non si è ritenuto di ricorrere all'attivazione di tali specifiche normazioni. Anche nel caso spagnolo, tuttavia, i provvedimenti di contenimento dell'epidemia adottati nella prima fase dell'emergenza dalle Comunità autonome della Catalogna e di Murcia, fortemente limitativi di alcune importanti libertà costituzionali analogamente alla vicenda italiana, hanno evidenziato una base giuridica piuttosto incerta, in quanto, benché l'adozione a livello locale di provvedimenti emergenziali figurì tra le competenze delle Comunità autonome in materia di salute pubblica e di protezione civile, nessuna norma di legge di livello regionale o statale autorizza le stesse ad adottare una restrizione generalizzata degli spostamenti per intere porzioni di territorio⁴⁰. Ad ogni modo, il Real Decreto n. 463/2020 del 14 marzo⁴¹, con il quale il Governo di Madrid ha fatto ricorso all'istituto emergenziale dello *estado de alarma*, previsto dall'art. 116 della Costituzione e disciplinato dalla *Ley Organica* 4/1981, ha ratificato le misure restrittive della libertà di circolazione adottate dagli esecutivi delle Comunità autonome, che sono dunque rimaste in vigore anche a seguito dell'assunzione dei poteri di gestione dell'emergenza da parte dell'esecutivo statale⁴². Il secondo comma dell'articolo 116 della Costituzione spagnola stabilisce che lo stato di allarme può essere dichiarato dal Governo per un periodo massimo di quindici giorni, e che senza l'autorizzazione parlamentare tale periodo non potrà essere prorogato, mentre la lettera b) del primo comma dell'articolo 4 della *Ley Organica* 4/1981 ne prevede la possibilità di proclamazione nel caso di "crisi sanitarie, quali epidemie e situazioni di grave contaminazione". A differenza degli altri due istituti emergenziali disciplinati dalla Costituzione spagnola, quali lo stato di eccezione e lo stato d'assedio, che sulla base dell'articolo 55 sono legittimati a sospendere i diritti fondamentali, lo stato d'allarme può soltanto

⁴⁰ La *Ley Organica* n. 3/1986 in materia di salute pubblica, assunta come riferimento in tutti i recenti provvedimenti emergenziali delle Comunità autonome, disciplina l'adozione di misure restrittive individuali in caso di pericolo per la salute pubblica, ma non sembra autorizzare l'imposizione di divieti di spostamento estesi all'intera popolazione o ad intere aree territoriali. Quanto alle misure adottate dal Governo dei Paesi Baschi, la legge per la gestione delle emergenze del 2017 consente la possibilità di adottare provvedimenti restrittivi della libertà di circolazione, tra i quali il confinamento delle persone nei propri domicilio. F. Gallarati, *Le libertà fondamentali alla prova del coronavirus. La gestione dell'emergenza sanitaria in Francia e Spagna*, in L. Cuocolo (a cura di) *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, *Federalismi.it*, 5 maggio 2020, 47 ss..

⁴¹ Il Real Decreto n. 463/2020 del 14 marzo è stato modificato dal Real Decreto n. 465/2020 del 17 marzo, e più volte prorogato.

⁴² L'art. 7 del Real Decreto n. 463/2020 stabilisce che, durante lo stato di allarme, i cittadini possano circolare per strada unicamente per esigenze di prima necessità, connesse all'acquisto di alimenti e prodotti farmaceutici, oppure al fine di recarsi presso centri sanitari o luoghi di lavoro. Sono specificate ulteriori deroghe finalizzate all'assistenza a minori, anziani o persone vulnerabili, o per motivi di forza maggiore e situazioni di necessità

stabilire una “limitazione” degli stessi⁴³. In considerazione di tale importante differenziazione una parte della dottrina costituzionalistica spagnola, interpretando i provvedimenti assunti dal governo nei termini di una effettiva sospensione dei diritti fondamentali, ha sostenuto la necessità di attivare lo *estado de excepción*, non ritenendone legittima l’emanazione nell’ambito di uno stato di allarme⁴⁴. Dunque, a prescindere da considerazioni relative all’effettiva osservanza dei suoi limiti, il Governo spagnolo ha fatto ricorso ad un istituto emergenziale la cui attivazione è prevista in caso di epidemia, e la cui incidenza sulle libertà fondamentali e sull’ordinamento risulta decisamente più contenuta rispetto allo stato di eccezione e allo stato d’assedio. Quanto al contesto nazionale francese, la prima fase della crisi sanitaria da Covid-19 è stata affrontata attraverso una serie di *Arrêtés* del Ministro della Salute, che hanno progressivamente vietato assembramenti e riunioni su tutto il territorio nazionale, nonché la chiusura di molteplici attività economiche. Il divieto di circolazione è stato successivamente adottato con un decreto del Primo Ministro, emanato su proposta del Ministro della Salute e del Ministro dell’Interno, che ha tuttavia mantenuto la medesima base legale dei precedenti *Arrêtés*. Il complesso di tali provvedimenti, infatti, rileva il proprio fondamento nell’art. L. 3131-1 del *Code de la Santé Publique*, in base al quale, nel caso di una minaccia sanitaria grave come un’epidemia, il Ministro della Salute può, con *Arrêté* motivato, prescrivere “ogni misura proporzionata ai rischi corsi e appropriata alle circostanze di tempo e di luogo al fine di prevenire e di limitare le conseguenze delle minacce possibili alla salute della popolazione”⁴⁵. Analogamente ai casi italiano e spagnolo, le misure limitative dei diritti costituzionali assunte dal Governo francese nella prima fase dell’emergenza hanno evidenziato l’assenza di un adeguato ancoraggio legislativo, anche in considerazione del fatto che l’art. 34 della Costituzione attribuisce alla legge la disciplina “dei diritti civili e delle garanzie fondamentali accordate ai cittadini per l’esercizio delle libertà pubbliche”. Con l’approvazione della *Loi* n. 2020-290 del 23 marzo, si è introdotto nell’ordinamento francese l’*état d’urgence sanitaire*, un nuovo istituto emergenziale che va ad aggiungersi a quelli disciplinati dagli articoli 16 e

⁴³ Art. 55 comma 1: “Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción”. Il modello giuridico-costituzionale dell’emergenza spagnolo è definito “a livelli paralleli”. A. Vidaschi, *La disciplina degli stati di eccezione*, in G. F. Ferrari (a cura di), *La nuova Legge fondamentale ungherese*, Torino, 2012, 170. Per un approfondimento generale sul tema cfr E. Minniti, *Lo stato di eccezione*, Ariccia, 2015, 93; O. Alzaga Villamil, *Comentario sistemático a la constitución española de 1978*, Madrid, 1978, 695 ss.; G. Peces-Barba, *La Constitución española de 1978. Un estudio de derecho y política*, 1981, 314; F. Fernandez Segado, *El sistema constitucional español*, Madrid, 1997, 498.

⁴⁴ F. Gallarati, *Le libertà fondamentali alla prova del coronavirus. La gestione dell’emergenza sanitaria in Francia e Spagna*, in L. Cuocolo (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all’emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, *Federalismi.it*, 5 maggio 2020, 71; A. Nogueira López, *Confinar el coronavirus. Entre el viejo derecho sectorial y el derecho de excepción*, in *El Cronista*, 86-87/2020, 28 ss.

⁴⁵ F. Gallarati, *Le libertà fondamentali alla prova del coronavirus. La gestione dell’emergenza sanitaria in Francia e Spagna*, in L. Cuocolo (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all’emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, *Federalismi.it*, 5 maggio 2020, 64.

36 della Costituzione Francese, e all'*état d'urgence* previsto dalla legge n. 55-385 del 1955⁴⁶. La legge istitutiva dello stato di emergenza sanitaria prevede che questo possa essere dichiarato, mediante decreto del Consiglio dei Ministri, in tutto o in parte del territorio francese “in caso di catastrofe sanitaria che metta in pericolo, per la sua natura e la sua gravità, la salute della popolazione”⁴⁷. Analogamente all'*état d'urgence*, in caso di attivazione dello stato di emergenza sanitaria l'Assemblea Nazionale e il Senato devono essere informati immediatamente delle misure adottate dal Governo, e la proroga della sua durata iniziale deve essere autorizzata con una legge specifica. Diversamente dall'istituto disciplinato dalla *Loi* n. 55-385 invece, in caso di *état d'urgence sanitaire* l'autorizzazione parlamentare alla proroga deve intervenire entro il limite di un mese e non di quindici giorni. Quanto al contenuto della *Loi* n. 2020-290 in termini di attribuzione di poteri, questa riconosce al Governo la possibilità di limitare la libertà di circolazione, di domicilio e d'impresa, nonché di disporre la quarantena o l'isolamento dei contagiati, la requisizione dei beni e del personale necessario per contrastare l'epidemia, il controllo dei prezzi⁴⁸. Conformemente a quanto accaduto in Francia, neppure in Germania sono state attivate le disposizioni emergenziali previste nella Costituzione⁴⁹, e la stessa libertà di circolazione non è stata limitata ai sensi dell'art. 11 Cost.⁵⁰, che pure ne consente la compressione in caso di

⁴⁶ Con la sentenza 85-187 del 1985 il *Conseil Constitutionnel* ha dichiarato la legittimità della legge di introduzione dello *état d'urgence* nel territorio francese della Nuova Caledonia, sebbene un tale istituto non sia previsto dalla Costituzione. E. Minniti, *Lo stato di eccezione*, Ariccia, 2015, 89 ss. Per un approfondimento sull'istituto dello *état d'urgence* tra la IV e la V Repubblica, cfr. C. Bontemps di Sturco, *Francia*, in P. Passaglia (a cura di), *Poteri emergenziali e deroghe al principio di legalità*, 2001, *cortecostituzionale.it*; G. De Minico, *Costituzione, Emergenza e Terrorismo*, Napoli, 2016, 235; O. Pfersmann, *L'état d'urgence: la petite exception en dehors de la grande Constitution*, in *Democrazia e Sicurezza*, 2017; S. Thenaults, *L'état d'urgence (1955-2005). De l'Algérie coloniale à la France contemporaine: destin d'une loi*, in *Le Mouvement Social*, 2007; M. Troper, *L'état n'a rien d'exceptionnel*, in M. Troper, *Le droit et la nécessité*, Paris, 2011.

⁴⁷ F. Gallarati, *Le libertà fondamentali alla prova del coronavirus. La gestione dell'emergenza sanitaria in Francia e Spagna*, in L. Cuocolo (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, *Federalismi.it*, 5 maggio 2020, 84.

⁴⁸ E' interessante constatare come le disposizioni stabilite dalla *Loi* n. 2020-290 vengano derogate in relazione alla emergenza Covid-19, in quanto il recente stato emergenza sanitaria è stato dichiarato con una durata iniziale prevista di due mesi anziché di uno, ferma restando la possibilità per il Consiglio dei Ministri di decretarne la fine prima di tale termine. Francesco Gallarati ha osservato come tale scelta trovi un'evidente giustificazione nel fatto che, nel caso dell'emergenza Covid-19, il controllo parlamentare sulla sussistenza dei requisiti per la dichiarazione dello stato di urgenza sanitaria è avvenuto *ex ante* in sede di approvazione della legge. F. Gallarati, *Le libertà fondamentali alla prova del coronavirus. La gestione dell'emergenza sanitaria in Francia e Spagna*, in L. Cuocolo (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, *Federalismi.it*, 5 maggio 2020, 67.

⁴⁹ Per un approfondimento relativo alla costituzionalizzazione tedesca delle discipline di eccezione, definita “ad intensità crescente”, cfr. L. Mezzetti, *Il potere di guida e di comando delle forze armate e la gestione degli stati di crisi nella Repubblica federale di Germania* in *Diritto e Società*, 1991, 295; P. Piciacchia, *Lo stato di emergenza e il tortuoso cammino del controllo parlamentare*, in C. Murgia (a cura di), *Scritti in onore di Sara Volterra*, Torino, 2017, 775 ss; W. Gotz, *La Costituzione dell'emergenza nella legge fondamentale tedesca*, in *Diritto e società*, 545 ss..

⁵⁰ Articolo 11 Cost., [*Libertà di circolazione e di residenza*](1) Tutti i tedeschi possono liberamente circolare e stabilirsi nell'intero territorio federale.(2) Tale diritto può essere limitato soltanto con la legge o in base ad una legge e solo nei casi nei quali la mancanza di sufficienti mezzi di sostentamento comporterebbe particolari oneri per la collettività, o nei casi nei quali ciò sia necessario per allontanare un imminente pericolo per l'esistenza o per l'ordinamento

epidemie⁵¹. L'ordinamento tedesco, infatti, dispone di strumenti giuridici ordinari classici che hanno a fondamento la Legge federale sulla protezione dalle infezioni del 20 luglio 2000 (*Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen o Infektionsschutzgesetz*), che autorizza le autorità all'assunzione delle "misure necessarie" (*notwendige Maßnahmen*), e riduce fortemente la potestà legislativa dei Länder, garantendo un'uniformità di disciplina a livello nazionale⁵². Tale legge consente dunque il contenimento di un'ampia serie di diritti costituzionali quali la libertà personale, di circolazione e di riunione, l'inviolabilità del domicilio e la libertà di iniziativa privata. Nell'esercizio dei poteri previsti dalla suddetta normativa, le istituzioni tedesche hanno proceduto in maniera graduale, alternando alla moderazione iniziale, dovuta anche all'esigenza di non compromettere eccessivamente le attività economiche e sociali, un successivo indirizzo improntato ad una maggiore risolutezza. Il 19 maggio del 2020 il Parlamento tedesco ha approvato una riforma della Legge federale sulla protezione dalle infezioni che, in una situazione di dichiarata emergenza nazionale, conferisce al Ministero federale della Salute il potere di adottare provvedimenti, ordinanze e regolamenti, senza il necessario assenso del *Bundesrat*, ma in un quadro che veda inalterate le competenze dei *Länder*⁵³. Quanto alla gestione dell'emergenza sanitaria al di fuori del contesto europeo, di significativo rilievo appare il caso degli Stati Uniti, dove la dichiarazione dello stato di *Public Health Emergency* da parte dello *U.S. Department of Health and Human Services* ha consentito l'attivazione di poteri speciali per contenere il diffondersi dell'epidemia, limitando fortemente l'ingresso nel paese ai non cittadini provenienti da aree focolaio dell'infezione e imponendo la quarantena di due settimane ai cittadini che rientravano da località esposte al contagio. Sul piano degli Stati federati, cui spetta la generale gestione del settore sanitario, questi hanno proceduto alla proclamazione progressiva dello stato di emergenza o, in alternativa, dell'emergenza di salute pubblica, che amplia la capacità di intervento dell'esecutivo al fine di imporre la quarantena e di limitare le libertà di circolazione e di riunione⁵⁴. Le misure assunte si sono nel tempo rivelate analoghe a quelle

costituzionale liberale e democratico della Federazione o di un Land o per combattere contro i pericoli derivanti da epidemie, da catastrofi naturali o da disastri particolarmente gravi, o per proteggere la gioventù dalla mancanza di assistenza o al fine di prevenire azioni penalmente perseguibili.

⁵¹ A. Vendaschi, *Tanto rumore per nulla? Purtroppo no*, in *viasarfatti25unibocconi.it*, 19 aprile 2020.

⁵² G. Taccogna, *L'ordinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sars-CoV-2* in L. Cuocolo (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, *Federalismi.it*, 5 maggio 2020, 86.

⁵³ Gerolamo Taccogna ha evidenziato come la dottrina tedesca abbia assunto un prevalente orientamento critico nei confronti di tale riforma in quanto, benché sia stata attribuita al *Bundestag* la responsabilità di dichiarare lo stato di emergenza nazionale, la mancata previsione di forme di controllo parlamentare sui regolamenti demandati all'Esecutivo e la riconosciuta possibilità di deroghe alle leggi da parte dei suddetti regolamenti ministeriali federali, hanno determinato un sostanziale arretramento del Parlamento nel quadro di gestione dell'emergenza. G. Taccogna, *L'ordinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sars-CoV-2* in L. Cuocolo (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, *Federalismi.it*, 5 maggio 2020, 96; E. R. Lautsch, *In der Demokratie gibt es keinen Ausnahmezustand* in *Junge Wissenschaft*, 2 Aprile 2020.

⁵⁴ Edmondo Mostacci ha evidenziato come, nell'ordinamento statunitense, i meccanismi di

introdotte in Europa, evidenziando una significativa limitazione della libertà di circolazione, di riunione e dell'iniziativa economica. A livello federale il 15 marzo si è proceduto alla dichiarazione dello stato di emergenza sulla base delle sezioni 201 e 301 del *National Emergencies Act*, ed in linea con la sezione 1135 del *Social Security Act*, al fine di consentire al Segretario dello *Health and Human Services* di derogare alla normativa che disciplina *Medicare*, *Medicaid*, *State Health Insurance Insurance* per i minori e la *Health Insurance Portability and Accountability Act* sulla Privacy, nell'attività di contrasto all'epidemia. Il richiamo al *National Emergency Act* del 1976 appare dunque decisamente circoscritto, benché si tratti di uno strumento a cui si è fatto riferimento diverse decine di volte dalla sua emanazione e per motivazioni spesso ritenute poco giustificate⁵⁵. Inoltre, il contestuale ricorso allo *Stafford Act* ha reso più rapidi i tempi di un eventuale intervento del Governo federale a supporto degli Stati, mentre la proclamata intenzione di ricorrere al *Defense Production Act* al fine di imporre alle imprese di accettare prioritariamente contratti di fornitura dei materiali necessari per la difesa nazionale, ha consentito all'Amministrazione di esercitare un efficace ruolo di *moral suasion* nei confronti dei soggetti economici, funzionale all'obiettivo di conferire priorità alla produzione di beni necessari per fronteggiare l'emergenza, anche mediante la riconversione degli apparati produttivi⁵⁶.

2698

5. La normativa antiterrorismo italiana

Una parte significativa della dottrina, sia nell'ambito del diritto costituzionale che di quello penale, ha evidenziato come nell'ordinamento italiano, in relazione ai recenti interventi in tema di legislazione anti-terrorismo, si sia affermata una decisa tendenza ad anticipare la soglia di rilevanza penale delle condotte incriminate, sino a ricomprendere comportamenti prodromici o preliminari rispetto alla realizzazione di attività definibili di stampo terroristico. Ciò al fine di

raccordo tra l'azione del governo federale e quello degli Stati federati siano sostanzialmente deboli e prevalentemente affidati all'adesione del livello di governo inferiore, con una sostanziale incertezza anche sul piano temporale. In riferimento alle ricadute di tale assetto sull'emergenza Covid-19 "il federalismo statunitense è congegnato affinché il potere limiti il potere sia sul piano orizzontale che su quello verticale, a generale beneficio della libertà dei cittadini, ma con patenti difficoltà laddove si tratti di reagire in modo compatto e celere a una rilevante minaccia di carattere sanitario". E. Mostacci, *COVID vs. Trump, presente il primo violino, si attende il direttore d'orchestra*, in L. Cuocolo (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, *Federalismi.it*, 5 maggio 2020, 126.

⁵⁵ C. Bologna, *Tutela dei diritti ed emergenza nell'esperienza statunitense: una political question?* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2008, 6. Il *National Emergency Act* stabilisce che il Presidente degli Stati Uniti ha la possibilità effettiva di proclamare, mediante una propria dichiarazione, uno stato di emergenza. Le motivazioni che possono determinare un tale provvedimento devono essere sottoposte al Congresso che, entro sei mesi, è tenuto a riunirsi per valutare l'opportunità di far cessare lo stato di emergenza. Se, dopo un anno dalla proclamazione, il Presidente non rinnova ufficialmente la dichiarazione di emergenza, essa cessa automaticamente. Il Congresso ha, tuttavia, la possibilità di adottare una *joint resolution* che ne consente l'interruzione in qualunque momento. E. Minniti, *Lo stato di eccezione*, Ariccia, 2015, 72-73.

⁵⁶ E. Mostacci, *COVID vs. Trump, presente il primo violino, si attende il direttore d'orchestra*, in L. Cuocolo (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, *Federalismi.it*, 5 maggio 2020, 142.

implementare, almeno nelle intenzioni del legislatore, lo spettro di tutela dei beni giuridici protetti⁵⁷. In particolare, il decreto legge n. 7 del 18 febbraio 2015, convertito con modifiche dalla legge n. 43 del 17 aprile 2015, e recante "misure urgenti per il contrasto al terrorismo", ha suscitato decise perplessità rispetto alla sua effettiva compatibilità con i principi di offensività, materialità e proporzionalità che dovrebbero strutturalmente caratterizzare la sanzione penale⁵⁸. Tale decreto, emanato in seguito al verificarsi dell'attacco terroristico alla sede parigina del periodico *Charlie Hebdo*, implementa gli strumenti normativi antiterrorismo, anche in ottemperanza alle prescrizioni contenute nelle Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza dell'ONU n. 2170 e n. 2178 del 2014. La normativa in questione era già stata oggetto di riforma nel 2001, con il decreto legge n. 374 del 18 ottobre 2001, seguito agli attentati terroristici in USA dell'11 settembre, e convertito con modifiche dalla legge n. 438 del 15 dicembre 2001, e nel 2005, con il decreto legge n. 144 del 27 luglio 2005, successivo agli attentati terroristici di Londra del 7 luglio 2005, e convertito con modifiche dalla legge del 31 luglio 2005, n. 155. Il decreto 7/2015, convertito dalla legge 43/2015, si compone di ventisette articoli (artt. 1-21, cui devono aggiungersi gli artt. 3-bis, 4-bis, 5-bis, 6-bis, 6-ter, 19-bis) ed interviene, con i tratti caratterizzanti della fonte emergenziale, su diversi settori dell'ordinamento interno, quali il diritto penale sostanziale (artt. 1, 2, 3, 4) il diritto processuale (artt. 2, 3-bis, 9), il diritto della prevenzione (artt. 4, 10), l'ordinamento penitenziario (artt. 3-bis, 6), la collaborazione di giustizia (art. 6-bis), il controllo della rete (art. 2), la conservazione dei dati del traffico telefonico (art. 4-bis), il trattamento dei dati personali da parte delle forze di polizia (art. 7). Inoltre, il decreto apporta talune modifiche in materia di detenzione, uso e tracciabilità di armi e sostanze esplodenti (art. 3), di segnalazione di operazioni sospette ai fini di riciclaggio e finanziamento del terrorismo (art. 6-ter), di garanzie funzionali e di tutela del personale dei servizi di informazione per la sicurezza (art. 8)⁵⁹. Tra gli

⁵⁷A. Varvaressos, *Decreto-legge 18 febbraio 2015, n. 7 conv. in legge 17 aprile 2015, n. 43 recante: "misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale"* (in G.U. n. 41 del 19.2.2015 e GU n. 91 del 20.4.2015) in www.la-legislazione-penale.eu, 15/12/2016, 3. A. Cavaliere, *Considerazioni critiche intorno al D. L. Antiterrorismo, n. 7 del 18 febbraio 2015*, in www.penalecontemporaneo.it, 31/03/2015, 2; D. Negri, *La regressione della procedura penale ad arnese poliziesco (sia pure tecnologico)*, in *Arch. Pen.*, 2, 2016, 1. Per un ulteriore approfondimento sul tema cfr. R. Bartoli, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008; S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 1997; I. Pellizzone, *Le misure anti-terrorismo internazionale e la "normalizzazione" dell'emergenza*, in *Gcos*, 2006, 1765 ss.

⁵⁸A. Varvaressos, *Decreto-legge 18 febbraio 2015, n. 7 conv. in legge 17 aprile 2015, n. 43 recante: "misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale"* (in G.U. n. 41 del 19.2.2015 e GU n. 91 del 20.4.2015) in www.la-legislazione-penale.eu, 15/12/2016, 4. Per un ulteriore approfondimento sul tema cfr. V. Manes, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2010; F. Di Gennaro, *Il principio di offensività e il suo modo di orientare le scelte legislative*, in *Ius in Itinere*, 17 novembre 2019.

⁵⁹C. D. Leotta, *La repressione penale del terrorismo a un anno dalla riforma del d.l. 18 febbraio 2015, n. 7, conv. con modif. dalla l. 17 aprile 2015, n. 43*, in *Archivio Penale*, Fasc.1, 2016, 11-12. Per un approfondimento cfr. M. F. Cortesi, *Il Decreto antiterrorismo. I riflessi sul sistema processuale, penitenziario e di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 8, 947-961; V. Fasani, *Il Decreto antiterrorismo. Le nuove fattispecie antiterrorismo: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 8, 926-947; S. Signorato, *Il trattamento dei dati personali per fini di prevenzione e repressione penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 6,

obbiettivi prioritari della normativa figura il contrasto al fenomeno della radicalizzazione dei cosiddetti "lupi solitari" e a quello contestuale dei *foreign fighters*, soggetti che, radicalizzati e addestrati nelle principali aree internazionali di conflitto, rappresentano un serio problema per la sicurezza interna nel momento in cui rientrano in patria. A tal fine, il primo comma dell'articolo 1 definisce e sanziona un nuovo comportamento criminoso, ossia quello di chi si arruola in un'associazione terroristica, modificando rispetto alla disciplina precedente lo *status* dell'arruolato, che da soggetto passivo diviene "autore" del reato⁶⁰, mentre il secondo comma integra il codice penale con l'art. 270 quater-1 introducendo la punibilità di chi "organizza, finanzia o propaganda i viaggi in territorio estero finalizzati al compimento delle condotte con finalità di terrorismo"⁶¹. Una recente dottrina ha evidenziato come, nella definizione della nuova fattispecie, manchi una definizione precisa delle caratteristiche che qualificano il soggetto arruolato e del termine temporale a partire dal quale questi possa essere considerato tale, e come queste carenze privino il precetto di quella chiarezza, precisione e determinazione che la Corte Costituzionale ha ritenuto necessarie a garanzia della consapevolezza della condotta del reo⁶². Analoghi dubbi di costituzionalità sono stati sollevati anche in relazione al secondo comma dell'articolo 1, in quanto privo di una sufficiente tipizzazione del comportamento di chi "organizza, finanzia, o propaganda i viaggi finalizzati al compimento delle condotte con finalità di terrorismo"⁶³. La stessa relazione di accompagnamento al decreto sembra confermare l'intenzione del legislatore di ancorare la punibilità dell'arruolato all'astratta finalità della condotta, in quanto afferma come il comportamento dell'arruolato "consiste nel mettersi seriamente e concretamente a disposizione come milite, e quindi soggiacendo a vincoli di obbedienza gerarchica, per il compimento di atti terroristici, pur al di fuori e a prescindere dalla messa a disposizione con assunzione di un ruolo funzionale all'interno di una compagine associativa tradizionalmente intesa. In questo senso, il mettersi in viaggio, o l'apprestarsi a un viaggio per raggiungere i luoghi ove si consumano azioni terroristiche [...] altro non sono che l'esplicazione di un precedente reclutamento,

1484-1494; U. Nazzaro, *Le misure di contrasto al terrorismo internazionale alla luce della legge 17 aprile 2015, n. 43*, in *Riv. pen.*, 2015, 10, 822-829; L'iniziale introduzione nell'ordinamento penale della "finalità terroristica" si deve al decreto legge 59/179, emanato nella fase immediatamente successiva al rapimento dell'on. Aldo Moro, mentre gli atti normativi di maggiore rilievo in tema di legislazione penale terroristica, precedenti al decreto legge 7/2015, sono la legge 152/1975, i decreti legge 58/1978 e 625/1979, la legge 304/1982, e i decreti legge 374/2001 e 144/2005.

⁶⁰ Il primo comma dell'articolo 1 del decreto legge del 18 febbraio 2015, n. 7, convertito con modifiche dalla legge n. 43 del 17 aprile 2015, recita: "All'articolo 270-quater del codice penale, dopo il primo comma è aggiunto il seguente: «Fuori dei casi di cui all'articolo 270-bis, e salvo il caso di addestramento, la persona arruolata è punita con la pena della reclusione da cinque a otto anni»".

⁶¹ Il secondo comma dell'articolo 1 del decreto legge del 18 febbraio 2015, n. 7, convertito con modifiche dalla legge n. 43 del 17 aprile 2015, recita: "Dopo l'articolo 270-quater del codice penale è inserito il seguente: «Art. 270-quater.1 (Organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo). Fuori dai casi di cui agli articoli 270-bis e 270-quater, chiunque organizza, finanzia o propaganda viaggi in territorio estero finalizzati al compimento delle condotte con finalità di terrorismo di cui all'articolo 270-sexies, è punito con la reclusione da cinque a otto anni»".

⁶² G. De Minico, *Costituzione, emergenza e terrorismo*, Napoli, 2016, 188-189.

⁶³ *Ibidem*.

ossia di un'immissione volontaria e consapevole in una milizia, votata al compimento di azioni terroristiche".⁶⁴ Nella stessa prospettiva concettuale, il comma 3 dell'art.1 definisce un'ulteriore fattispecie di comportamento punibile, che corrisponde alla condotta di chi compie atti finalizzati all'autoaddestramento terroristico, ossia di chi "avendo acquisito, anche autonomamente, le istruzioni per il compimento degli atti di cui al primo periodo, pone in essere comportamenti univocamente finalizzati alla commissione delle condotte di cui all'articolo 270-sexies". In relazione a tale previsione, appare evidente come l'auto-addestramento sia da ritenersi un "reato di pericolo", la cui condotta presenta una ridotta materialità rispetto ai reati di danno. Di conseguenza, definire offensivi "atti diretti a una condotta di pericolo" evidenzia un significativo arretramento della soglia di antigiuridicità fino ad includere gli atti preparatori dell'autoaddestramento, ossia quelli che di regola sono considerati irrilevanti sul piano penale, e dunque espone anche tale fattispecie al rischio concreto di non superare un possibile sindacato di costituzionalità.⁶⁵ In relazione all'incidenza del cyber spazio nello sviluppo delle reti terroristiche internazionali, il comma 1 dell'articolo 2 della normativa stabilisce quale aggravante speciale, la circostanza che il reato sia commesso mediante l'uso di strumenti informatici o telematici, senza prevedere alcuna verifica dell'effettiva incidenza dell'uso della rete sull'incremento del livello di pericolosità della condotta⁶⁶. In aggiunta, il secondo comma prevede l'istituzione di un elenco di siti utilizzati per attività connesse al terrorismo, di cui agli articoli 270-bis e 270-sexies del codice penale, mentre il terzo comma stabilisce che, su richiesta dell'autorità giudiziaria, i fornitori di connettività debbano inibire l'accesso ai siti contenuti nella suddetta *black list*. A differenza di quanto stabilito dalla legge n. 269/98 sulla pedopornografia, che attribuiva alla discrezionalità insindacabile del Ministero dell'Interno la redazione della lista di siti web da trasmettere agli *Internet service providers*, il decreto 7/2015 rende necessaria l'intermediazione del giudice.⁶⁷ Dunque, in riferimento al complesso degli

⁶⁴ **Relazione al d.d.l. C/2893 del 19/02/2015, 6.**

⁶⁵ "Qui siamo dinanzi al pericolo del pericolo, cioè a un'anticipazione del limite della punibilità che rende evanescente il confine tra la materialità della condotta e il proposito criminoso, con la conseguenza di punire la sola intenzione a delinquere priva della necessaria fattualità estrinseca." G. De Minico, *Costituzione, emergenza e terrorismo*, Napoli, 2016, 189-190. Per un approfondimento in merito al dibattito dottrinario relativo all'incompatibilità del reato tentato nel caso di reati di pericolo cfr G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., vol. I, Bologna, 2014, 508 ss.

⁶⁶ Il primo comma dell'articolo 2 del decreto legge del 18 febbraio 2015, n. 7, convertito con modifiche dalla legge n. 43 del 17 aprile 2015, recita: "1. Al codice penale sono apportate le seguenti modificazioni: a) all'articolo 302, primo comma, è aggiunto, infine, il seguente periodo: «La pena è aumentata se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici.»; b) all'articolo 414 sono apportate le seguenti modificazioni: 1) al terzo comma è aggiunto, infine, il seguente periodo: «La pena prevista dal presente comma nonché dal primo e dal secondo comma è aumentata se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici.»; 2) al quarto comma è aggiunto, infine, il seguente periodo: «La pena è aumentata fino a due terzi se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici.».

⁶⁷ I commi 2 e 3 del decreto legge del 18 febbraio 2015, n. 7, convertito con modifiche dalla legge n. 43 del 17 aprile recitano: 2. Ai fini dello svolgimento delle attività di cui all'articolo 9, commi 1, lettera b), e 2, della legge 16 marzo 2006, n. 146, svolte dagli ufficiali di polizia giudiziaria *ivi* indicati, nonché delle attività di prevenzione e repressione delle attività terroristiche o di

interventi sulla normativa antiterrorismo, una parte prevalente della dottrina ha evidenziato come la legge abbia sostanzialmente accolto un paradigma del reato di "matrice marcatamente preventiva", orientandosi verso la repressione di comportamenti "neutri", dal punto di vista dell'offensività rispetto agli interessi protetti, attraverso la previsione di una sanzione per un convincimento "ideologico" di un soggetto⁶⁸. E' stato rilevato, in ultima analisi, il sovrapporsi progressivo della logica della prevenzione rispetto alla repressione classicamente intesa, indotto da una fondamentale esigenza di anticipare l'azione di contrasto rispetto a fonti di pericolo ritenute gravi e imminenti⁶⁹. Si è sottolineata, inoltre, accanto al difetto di materialità della condotta descritta dalla fattispecie penale, la tendenza all'incriminazione "per tipo d'autore" che, esprimendo una inclinazione alla subiettivizzazione della fattispecie criminosa, comporta inevitabilmente il rischio "di far prevalere il disvalore dell'atteggiamento interiore rispetto al disvalore obiettivo del fatto, così spostando l'asse dell'incriminazione sulla pericolosità soggettiva dell'autore"⁷⁰. La rilevanza crescente attribuita al profilo soggettivo determina, infatti, la polarizzazione del disvalore della fattispecie sulla

agevolazione del terrorismo, di cui all'articolo 7-bis, comma 2, del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155, l'organo del Ministero dell'interno per la sicurezza e per la regolarità dei servizi di telecomunicazione, fatte salve le iniziative e le determinazioni dell'autorità giudiziaria, aggiorna costantemente un elenco di siti utilizzati per le attività e le condotte di cui agli articoli 270-bis e 270-sexies del codice penale, nel quale confluiscono le segnalazioni effettuate dagli organi di polizia giudiziaria richiamati dal medesimo comma 2 dell'articolo 7-bis del decreto-legge n. 144 del 2005, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 155 del 2005. ((Il Ministro dell'interno riferisce sui *provvedimenti adottati ai sensi del presente comma e dei commi 3 e 4 del presente articolo in un'apposita sezione della relazione annuale* di cui all'articolo 113 della legge 1° aprile 1981, n. 121.)). 3. I fornitori di connettività, su richiesta dell'autorità giudiziaria procedente, ((preferibilmente effettuata per il tramite *degli organi di polizia giudiziaria di cui al comma 2 dell'articolo 7-bis del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155,*) inibiscono l'accesso ai siti inseriti nell'elenco di cui al comma 2, secondo le modalità, i tempi e le soluzioni tecniche individuate e definite con il decreto previsto dall'articolo 14-quater, comma 1, della legge 3 agosto 1998, n. 269.

⁶⁸ "La repressione interviene, così, ad uno stadio offensivo preliminare all'accordo *ex art. 304 Cp* (già di per sé sospettato di incostituzionalità). In aperto contrasto con il principio *cogitationis poenam nemo patitur* e con il principio di offensività, a meno di non ritenere che il dolo specifico richiesto per la punibilità della condotta dell'addestratore debba altresì presumersi nel caso *de quo agitur*, in sintonia con quanto previsto a proposito del soggetto arruolato [...] la soggettivizzazione della norma penale nella direzione di un *Gesinnungsstrafrecht*, d'altra parte, è una costante della legislazione in materia di terrorismo, da sempre incline a distaccarsi dal modello di un diritto penale incentrato sul "fatto" e a conformarsi alla logica del *Tatertyp*, funzionale ad obiettivi probatorio-processuali". A. Varvaressos, *Decreto-legge 18 febbraio 2015, n. 7 conv. in legge 17 aprile 2015, n. 43 recante: "misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale"* (in *G.U. n. 41 del 19.2.2015 e GU n. 91 del 20.4.2015*) in *www.la-legislazione-penale.eu*, 15/12/2016, 6-7. In relazione al paradigma preventivo introdotto nella legislazione antiterrorismo cfr W. Hassemer, *Sicherheit durch Strafrecht*, in *HRSS*, 2006, 130 ss; G. Marinucci, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale: uno schizzo dogmatico e politico criminale*, in *RIDPP*, 2011, 11 ss.

⁶⁹ D. Negri, *La regressione della procedura penale ad arnese poliziesco (sia pure tecnologico)*, in *Arch. Pen.*, 2, 2016, 2.

⁷⁰ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*. VII ed., vol. I, Zanichelli, Bologna, 2014, 508 ss. Per un approfondimento sul tema cfr G. Flora, *Verso un diritto penale di tipo d'autore?*, in *RIDPP*, 2008, 561 ss; M. Tondini, J. P. Pierini, *Tavole di legislazione e giurisprudenza comparata sul fenomeno del terrorismo internazionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, luglio 2007, 3.

"finalità" per la quale il soggetto agisce, piuttosto che sul disvalore effettivo del fatto commesso⁷¹. Ad implementare un quadro segnato dalla progressiva dematerializzazione della condotta criminosa, è stato posto in rilievo con preoccupazione il ruolo crescente dei servizi di *intelligence* nell'acquisizione dei dati relativi agli illeciti che, inevitabilmente, rende oltremodo difficoltosa la verifica sull'origine dei dati stessi nonché sul contesto investigativo⁷². In relazione alla questione della compatibilità costituzionale della legislazione antiterrorismo, la Corte costituzionale ha affermato, con la sentenza n. 333 del 10-11 luglio 1991, come "per quanto riguarda in particolare la configurazione di fattispecie criminose strutturate con riferimento ad un evento di pericolo astratto, la giurisprudenza di questa Corte, nel ritenere che le incriminazioni di pericolo presunto non sono incompatibili in via di principio con il dettato costituzionale, ha anche riconosciuto che è riservata al legislatore l'individuazione sia delle condotte alle quali collegare una presunzione assoluta di pericolo sia della soglia di pericolosità alla quale far riferimento, purché, peraltro, l'una e l'altra determinazione non siano irrazionali od arbitrarie, ciò che si verifica allorquando esse non siano collegabili all'*id quod plerumque accidit* (cfr. sent. n. 1/1971, n. 139/1982, n. 126/1983, n. 71/1978)"⁷³. I giudici delle leggi hanno stabilito, pertanto, la legittimità costituzionale del reato di pericolo in astratto, ma solo nell'ambito di una valutazione di ragionevolezza, rigorosità e conformità all'esperienza di quanto di regola accade. Quanto alla rilevanza del principio di offensività nell'ambito del sistema costituzionale, questa è stata riaffermata con la sentenza n. 265 del 7 luglio 2005, con la quale la Corte ha chiarito la valenza duplice del principio in questione: "questa Corte ha già avuto modo di precisare che il principio di offensività opera su due piani, rispettivamente della previsione normativa, sotto forma di precetto rivolto al legislatore di prevedere fattispecie che esprimano in astratto un contenuto lesivo, o comunque la messa in pericolo, di un bene o interesse oggetto della tutela penale («offensività

⁷¹ Sul tema Alessandro Varvaressos richiama la precedente teorizzazione di Marco Pelissero. A. Varvaressos, *Decreto-legge 18 febbraio 2015, n. 7 conv. in legge 17 aprile 2015, n. 43 recante: "misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale"* (in *G.U. n. 41 del 19.2.2015 e G.U. n. 91 del 20.4.2015*) in www.laegislazionepenale.eu, 15/12/2016, 4 ss.. De Minico ha notato criticamente come, in questa prospettiva evolutiva, il giudice sia chiamato a desumere l'"*intento criminis*" non da aspetti di carattere oggettivo, poiché non precisati adeguatamente dal quadro normativo, "bensì dal modo di essere dell'imputato o dalla sua appartenenza a etnie o fedi religiose". G. De Minico, *Costituzione, emergenza e terrorismo*, Napoli, 2016, 172.

⁷² "L'ennesimo scivolamento all'indietro sino ai territori dell'*intelligence* rischia di alimentare l'accertamento con dati d'origine occulta, di nascondere circostanze viceversa preziose nel lumeggiare il contesto investigativo di scoperta dei fatti illeciti, di sottrarre ulteriore presa allo stesso pubblico ministero e persino alla polizia, consegnando così il primato nelle mani dei servizi segreti: saremmo dunque di fronte - per prendere a prestito una calzante definizione - alla "*Vergeheimdienstlichung*" del processo penale". D. Negri, *La regressione della procedura penale ad arnese poliziesco (sia pure tecnologico)*, in *Arch. Pen.*, 2, 2016, 5.

⁷³ Per un approfondimento sul tema cfr. S. Cutrona, *Ancora sulla sentenza n. 333/91 della Corte Costituzionale sulla disciplina penale degli stupefacenti*, in *Cass. Pen.*, 7, 1992, 172-173; G. Fiandaca, *Corte Costituzionale; sentenza, 11-07-1991, n. 333. La nuova legge anti-droga tra sospetti di incostituzionalità e discrezionalità legislativa*, in *Foro it.*, 1, 1991, paragrafi 3, 4, e 6; C. Guglielmini, *La sentenza della Corte Costituzionale 10 luglio 1991, n.333 in materia di stupefacenti e sostanze psicotrope. Una sofferta decisione*, in *Giust. Pen.*, 12, 1991, 380-383; G. De Minico, *Costituzione, emergenza e terrorismo*, Napoli, 2016, 181.

in astratto»), e dell'applicazione giurisprudenziale («offensività in concreto»), quale criterio interpretativo-applicativo affidato al giudice, tenuto ad accertare che il fatto di reato abbia effettivamente leso o messo in pericolo il bene o l'interesse tutelato (v. sentenze numeri 360 del 1995, 263 e 519 del 2000, ove viene appunto definita la duplice sfera di operatività, in astratto e in concreto, del principio di necessaria offensività, quale criterio di conformazione legislativa delle fattispecie incriminatrici e quale canone interpretativo per il giudice)⁷⁴.

6. Conclusioni

Benché il dibattito sullo stato di eccezione, opportunamente riaccessibile da un'emergenza politicamente "neutra" qual è quella del Covid-19, si sia focalizzato sull'utilizzo, ritenuto illegittimo, di atti amministrativi da parte del Governo per limitare le libertà fondamentali, con la conseguente compressione del ruolo del Parlamento nella gestione dell'emergenza, allo stesso modo l'analisi della recente legislazione antiterrorismo ha evidenziato, oltre alla problematica costituzionalità dei reati di pericolo e di un paradigma "preventivo", una potenziale espansione della funzione giudiziaria nell'ambito di uno stato di emergenza esistenzialmente "politico". Tanto più in considerazione della vigenza nell'ordinamento italiano del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.), che attribuisce al potere giudiziario il controllo dell'intero ciclo dell'azione repressiva dello Stato, dall'individuazione dei "casi" fino al giudizio penale.

L'ampio quadro di criticità emerse rispetto all'ammissibilità costituzionale dell'attuale normativa antiterrorismo, della quale sarebbe logico ipotizzare un inasprimento in caso della concretizzazione in termini emergenziali della minaccia, rende infatti evidente il limite rappresentato dall'assenza di una previsione costituzionale degli stati di eccezione che disciplini e circoscriva, sia temporalmente che sulla base di un procedimento definito e soggetto a controllo, la sospensione dei diritti costituzionali. Un'ulteriore importante conseguenza di tale omessa previsione riguarda, inoltre, l'alterazione del rapporto tra i poteri dello Stato e l'orientamento che questa tende ad assumere. Il contrasto al terrorismo negli ordinamenti in cui sussiste una normazione costituzionale derogatoria, infatti, ha visto l'affermazione di una progressiva "politicizzazione" della lotta al fenomeno terroristico, caratterizzata dall'espansione delle prerogative del potere esecutivo al fine di anticipare il probabile riproporsi di nuovi attacchi ed eliminare il pericolo prima che potesse concretamente determinarsi. La cosiddetta "dottrina Bush-Obama" sullo stato di emergenza, che sembra vertere essenzialmente sulla riscoperta del principio di sovranità come fondamento dell'esperienza costituzionale, rappresenta l'esempio più compiuto di questa tendenza, in quanto ha determinato l'ampliamento della sfera decisionale del vertice dell'esecutivo nell'ambito dello spazio pubblico democratico, in contrapposizione ad una minaccia all'ordine costituzionale⁷⁵. Le conclusioni della Commissione di indagine

⁷⁴ Corte Costituzionale, sent. n. 265 del 7 luglio 2005.

⁷⁵ C. Sbailo', *Carl Schmitt alla casa Bianca. La dottrina Bush-Obama sullo stato di emergenza e i nuovi equilibri tra i poteri negli Stati Uniti*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2 ss. Per un ulteriore

sui fatti dell'11 settembre avevano evidenziato, infatti, come il terrorismo jihadista non fosse inquadrabile nei termini di un fenomeno criminale classicamente inteso, e di conseguenza non potesse essere affrontato nell'ambito dell'ordinario approccio giudiziario⁷⁶. Nel contesto ordinamentale italiano, viceversa, benché il terrorismo di matrice islamista sia rimasto allo stadio di mera minaccia, l'affermazione di una logica di contrasto di carattere preventivo, oltre ad aver alimentato una complessa serie di interrogativi sulla costituzionalità della legislazione penale, sembra aver trasferito al potere giudiziario, di fatto, il compito di effettuare valutazioni di carattere politico⁷⁷. Infatti, l'esame dei reati di pericolo di cui si è trattato nel precedente paragrafo, può implicare, in larga prevalenza, elaborazioni e decisioni eminentemente politiche. In quest'ottica si prenda in considerazione, a titolo esemplificativo, il contesto della crisi diplomatica del giugno 2017, che ha determinato l'isolamento dell'Emirato del Qatar all'interno del mondo arabo, rendendo evidente il consolidamento di una nuova "linea di faglia" nell'universo islamico sunnita⁷⁸. L'accusa rivolta a Doha da numerosi paesi arabi, con a capo Arabia Saudita ed Egitto, è stata quella di sostenere il fenomeno terroristico attraverso il finanziamento di organizzazioni quali la Fratellanza Mussulmana, principale espressione di quell'Islam popolare che ha egemonizzato le rivolte nordafricane del 2010. Nonostante ciò, il 27 maggio 2020 l'Italia ha ratificato l'accordo di cooperazione culturale con il Qatar, la cui originaria sottoscrizione risale al 2012, rafforzando un rapporto politico che rende l'Emirato del Golfo uno dei principali investitori esteri nel nostro paese, nonché uno tra i maggiori acquirenti della nostra industria militare. Inoltre, l'influenza del Qatar sulla comunità islamica italiana appare significativa ed in costante crescita, come i flussi finanziari ad essa destinati. Il Governo italiano ha dunque confermato nel tempo una valutazione "politica" di movimenti, orientamenti religiosi e strutture di pensiero differente rispetto a quella di altri paesi, dalla quale non può risultare scollegata l'individuazione e la prevenzione delle minacce all'ordinamento. Quanto finora preso in esame rende evidente la necessità di strutturare l'incipiente dibattito sullo stato di eccezione, sollecitato sia in chiave critica di netta chiusura che in una prospettiva più aperta di riforma della Costituzione,⁷⁹ in una dimensione

approfondimento sul tema cfr E. Minniti, *Cyber spazio ed intelligence: le nuove frontiere della sovranità nazionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 17 giugno 2016; E. Minniti, *Lo stato di eccezione*, Ariccia, 2015.

⁷⁶ Nello specifico, il Federal Bureau of Investigation (F.B.I.) venne accusato di avere perseguito un approccio esclusivamente giudiziario nel contrasto al fenomeno terroristico. C. Sbailò, *Carl Schmitt alla casa Bianca. La dottrina Bush-Obama sullo stato di emergenza e i nuovi equilibri tra i poteri negli Stati Uniti*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3 ss.

⁷⁷ Per un'analisi della legislazione antiterrorismo degli anni '70 e della sua compatibilità costituzionale cfr G. De Vergottini, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, 2004, 272.

⁷⁸ Per un approfondimento sul tema si veda E. Minniti, *Principi ordinatori e nuove forme di organizzazione dello spazio pubblico negli ordinamenti costituzionali dei paesi islamici: Egitto e Turchia di fronte alla riaffermazione dell'elemento religioso nello spazio pubblico*, in *Rivista AIC*, 1/2020.

⁷⁹ Sul tema *ex multis* G. Silvestri, *Covid-19 e Costituzione in Unicast*, 3 Aprile 2020; G. Azzariti, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 31 marzo 2020, 5; B. Tedaldi, *Bufera sul dpcm. Politici e giuristi: "Trasformiamolo in un decreto"*, in *AGI Agenzia Italia*, 28 aprile 2020; C. Sbailò, *Troppe libertà violate per forza maggiore. Per le eccezioni serve una nuova Carta*, in *Il Dubbio*,

sufficientemente ampia da favorirne una razionalizzazione complessiva, non limitata esclusivamente al tema della crisi sanitaria in atto e ai vincoli della legislazione emergenziale italiana. Il carattere politicamente “neutro” dell'emergenza Covid-19, sebbene abbia prodotto un impatto significativo sull'ordinamento, risulta infatti un elemento limitativo e condizionante, se assunto come ambito di analisi prevalente, nel quadro di una riflessione complessiva sulla disciplina degli stati di eccezione propriamente intesi.

Emilio Minniti
Dip.to di Scienze politiche
Università degli Studi internazionali di Roma
emiliosg@hotmail.it