

# Le fonti dell'emergenza nella crisi pandemica

## Riflessioni di sintesi. Le fonti del "diritto della pandemia" tra forma e sostanza

di Marina Calamo Specchia

**Abstract:** The sources of law of the pandemic crisis. **Concluding remarks:** The sources of pandemic law, between form and substance – This contribution summarises the main indications that emerged during the panel, highlighting the most innovative or most significant aspects of the different papers presented by the several speakers.

**Keywords:** Post-Westphalian legal systems; Sources of law; Legal integration; Comparative law.

### 1. Libertà e sicurezza, democrazia e sicurezza: endiadi o ossimoro?

«Coloro che sono per la democrazia non possono cadere nella pericolosa contraddizione di usare gli strumenti della dittatura per difendere la democrazia. Uno deve rimanere fedele alla propria bandiera anche quando la nave sta naufragando; e nell'abisso ciascuno può solo avere la speranza che l'ideale di libertà è indistruttibile e che quanto più profondamente affonda tanto più un giorno essa tornerà in vita con più grande passione» (Hans Kelsen, 1932<sup>1</sup>).

Le parole di Kelsen, uno dei padri del costituzionalismo europeo, riecheggiano nella loro attualità e ci fanno comprendere quanto delicato e fragile sia il rapporto tra democrazia e sicurezza<sup>2</sup>, con riferimento ai beni costituzionali primari che entrano in questa relazione solo apparentemente binaria, ossia le libertà fondamentali.

Quanto più sono messe in pericolo le libertà fondamentali tanto più è necessario che i presidi della democrazia siano forti: la dimensione procedurale rappresenta uno strumento ineliminabile per la tutela dei diritti fondamentali.

---

<sup>1</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della Democrazia*, a cura di A. Carrino, con integrazione di *La difesa della Democrazia* del 1932, Torino, 2004, 89.

<sup>2</sup> Sul rapporto tra democrazia, sicurezza e libertà A. Di Giovine, *La protezione della democrazia fra libertà e sicurezza*, in A. Di Giovine, *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, 2005, 1ss.

In tale contesto occorre preliminarmente sciogliere due relazioni concettuali: quella tra libertà e sicurezza e quella tra democrazia e sicurezza.

La prima relazione rivela sin da subito una connotazione sostanziale: la relazione tra libertà e sicurezza attinge alla dimensione dell'individuo rispetto allo Stato, richiamando concetti come quello di sfera personale intangibile e di spazio protetto entro il quale la prima può trovare concreta estrinsecazione attraverso la seconda. In questo significato sicurezza è libertà sono tra loro in rapporto come il mezzo e il fine.

Il costituzionalismo contemporaneo non può, altresì, esimersi dal temperare modi e strumenti di approccio che sappiano coniugare la difesa dei diritti fondamentali e la sicurezza dei cittadini: una sorta di "democrazia militante" intesa con come complesso di restrizioni legali di alcune libertà democratiche allo scopo di proteggere i regimi democratici dalla minaccia promanante dall'esterno (ad esempio atti di terrorismo internazionale) o dall'interno (si pensi ai partiti borderline).

E qui emerge la seconda relazione, quella tra democrazia e sicurezza.

Così, una teoria, quella della *militant democracy*, nata per difendere il cuore pulsante della democrazia, al fine di impedire che la democrazia "oltrepassi" sé stessa quando il popolo si volga contro gli stessi principi democratici (ad esempio con atti di natura eversiva) in una sorta di "paradosso democratico", progressivamente acquista una nuova luce dal momento in cui gran parte dei regimi democratici hanno scelto di rispondere alla minaccia terroristica emersa dopo l'11 settembre. Essa riprende corpo, sebbene con obiettivi diversi, a seguito della diffusione dell'emergenza sanitaria.

In questa seconda accezione, la democrazia militante si discosta dalla configurazione di principio non arbitrario, poiché vi è un irriducibile nucleo di arbitrarità inerente alla decisione che esclude elementi della società civile dalla partecipazione alla vita democratica ponendo dei limiti alla comunità politica (si pensi alle recenti misure di contenimento del contagio da Covid 19 di tipo selettivo): questa nozione escludente di democrazia è in intima contraddizione con la nozione stessa di democrazia, le cui procedure sono per natura ispirate alla tutela dei diritti e libertà fondamentali. E nell'ambito delle procedure acquistano particolare rilievo le modalità con cui si è inteso far fronte all'emergenza costituzionale nonché il grado di compatibilità del sistema delle fonti della pandemia con i principi del costituzionalismo occidentale.

Questo intervento di sintesi cercherà, infatti, di individuare alcuni punti di contatto tra le relazioni che si sono soffermate sul tema del rapporto tra sistema delle fonti, stato di diritto e diritto dell'emergenza costituzionale.

In un quadro normativo estremamente duttile ed elastico dal punto di vista semantico si è venuto a delineare un diritto dell'emergenza<sup>3</sup> che si basa

---

<sup>3</sup> P. Piciacchia, *Lo stato di emergenza e il tortuoso cammino del controllo parlamentare*, in C. Murgia

sulla logica degli “stati di urgenza”: è interessante notare come non ci sia una univocità semantica del sintagma che definisce il fenomeno di cui si discute, ricorrendosi a espressioni non sempre etimologicamente riconducibili tra loro; si pensi, ad esempio che la dottrina anglosassone utilizza locuzioni tipo *emergency powers* a fronte della dottrina italiana o spagnola che prediligono espressioni quali “decreto di urgenza”, la prima, e “*estado de alarma*” la seconda, e tale variabilità semantica è indice della natura dinamica del concetto di cui si discute.

La Costituzione italiana non prevede un diritto speciale per lo stato di emergenza a differenza di altre esperienze costituzionali, che hanno espressamente contemplato una simile fattispecie, come l'art. 48 della Costituzione di Weimar o l'art. 16 della Costituzione francese: i Costituenti scelsero di non introdurre clausole di sospensione dei diritti fondamentali né previsioni di alterazioni nell'assetto dei poteri da attivarsi nei tempi eccezionali.

La Costituzione italiana non è però indifferente alle contingenze che si possono verificare in ogni tempo. La Costituzione prevede, infatti, tre disposizioni che possono essere attivate in momenti di eccezionalità costituzionale, aventi però presupposti diversi: l'art. 77 della Costituzione, approvato dall'assemblea Costituente non senza acceso dibattito sull'opportunità di dare via libera alla decretazione di urgenza del Governo, tanto pesava l'eredità del passato regime per l'abuso fatto dall'esecutivo di tale strumento di normazione<sup>4</sup>, che disciplina il potere normativo del Governo di adottare in casi straordinari di necessità e urgenza con decreto legge sottoposto alla conversione del Parlamento e al controllo del Presidente della Repubblica; l'art. 78, che prevede la forma della legge per la deliberazione dello stato di guerra e il decreto del Presidente della Repubblica che lo dichiara; l'art. 120 che opera nei rapporti tra lo Stato e le Regioni e prevede la possibilità per il Governo di avocare a sé le competenze amministrative regionali per disporre misure uniformi su tutto il territorio nazionale in caso di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, sulla base, però, di una legge che ne definisca i confini procedurali.

Il concetto di stato di eccezione è stato<sup>5</sup> accostato al concetto di sospensione della Costituzione o di una parte significativa della stessa, introdotta per la prima volta dall'art. 92 della Costituzione del 22 frimaio dell'anno VIII<sup>6</sup>, posta in essere da parte della medesima autorità statale

---

(a cura di), *Scritti in onore di Sara Volterra*, Torino, 2017, 773 e ss

<sup>4</sup> La decretazione di urgenza fu discussa nel merito per la prima volta nella II Sottocommissione della Commissione per la Costituzione il 21 settembre 1946, ma non entrò nel Progetto di Costituzione. Essa fu introdotta nella seduta dell'Assemblea Costituente del 17 ottobre, dopo diverse sedute di discussione, con un emendamento all'art. 76.

<sup>5</sup>G. Agamben, *Stato di eccezione*, Torino, 2003, pp. 13ss.

<sup>6</sup>Art. 92, Cost. Anno VIII: «Dans le cas de révolte à main armée, ou de troubles qui menacent la sûreté de l'Etat, la loi peut suspendre, dans les lieux et pour le temps qu'elle détermine, l'empire de la Constitution. - Cette suspension peut être provisoirement déclarée dans les

preposta alla sua garanzia: si tratta di una rivisitazione della dottrina di Carl Schmitt<sup>7</sup> che ha fondato gran parte del suo pensiero politico sulla relazione tra stato di eccezione e sovranità (emblematica è la definizione del sovrano come “chi decide sullo stato di eccezione” e il tentativo di fondare una connessione giuridica tra stato di eccezione e diritto, per distinguere il primo dall'anarchia<sup>8</sup>).

Tornando alla pandemia, si è suggestivamente paragonata la situazione in atto ad una “guerra”<sup>9</sup>. Una guerra atipica, contro un nemico invisibile, ma pur sempre letale. Di certo, nella vicenda *de qua* non può essere invocata una lettura estensiva dell'art. 78, che tuttavia avrebbe potuto porre in essere un saldo recinto entro cui esplicitare i poteri normativi del governo stante la delimitazione dei confini dell'azione governativa preventivamente definiti con legge: la nozione di guerra ha una precisa definizione costituzionale, contenuta nell'art. 11 Costituzione, identificata come situazione antinomica rispetto alla pace, obiettivo fondativo della nuova Repubblica che ripudia la forza intesa quale strumento di risoluzione delle controversie internazionali, cui si accompagna il proposito di creare fra i popoli legami positivi e non più cruente barriere<sup>10</sup>. Siamo di fronte a un significato diverso e non riconducibile alle pandemie (a meno che non si intenda considerare la pandemia una “bomba virologica” sganciata da esperimenti chimici pilotati da potenze straniere: ma qui entriamo nel campo delle ipotesi, giuridicamente irrilevanti).

Siamo di fronte a una lettura della realtà contemporanea quantomai in divenire, che travalica i confini stessi della contemporaneità, diventando la cartina al tornasole per testare la crisi della politica e dei luoghi della decisione democratica, e che tende a consolidarsi in una prassi che si normalizza, trasformandosi dall'eccezionalità del fatto contingente all'ordinarietà di una transizione emergenziale senza fine.

In questo solco di progressiva normalizzazione della straordinarietà, come paradigma dell'azione di governo che domina la politica contemporanea, si risponde a gravi minacce (crisi economica globale, terrorismo, ora pandemie) con misure eccezionali che tendono a divenire una

---

mêmes cas, par un arrêté du gouvernement, le Corps législatif étant en vacance, pourvu que ce Corps soit convoqué au plus court terme par un article du même arrêté».

<sup>7</sup> Affermava il giurista tedesco: «Il Sovrano decide tanto sul fatto *se* sussista il caso estremo di emergenza, *quanto* sul fatto di che cosa si debba fare per superarlo. Egli sta *al di fuori* dell'ordinamento giuridico normalmente vigente e tuttavia appartiene ad esso perché a lui tocca la competenza di decidere se la *costituzione* in toto possa essere sospesa» (C. Schmitt, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità* (1922) in *Le categorie del “politico*, Bologna, 1972, 34).

<sup>8</sup> R. Simoncini, *Un concetto di diritto pubblico: lo stato di eccezione secondo Giorgio Agamben*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 8/2008, p. 199 ss.

<sup>9</sup> M. Draghi, *We face a war against coronavirus and must mobilise accordingly*, in *Financial Time*, reperibile su: [www.ft.com/content/c6d2de3a-6ec5-11ea-89df-41bea055720b](http://www.ft.com/content/c6d2de3a-6ec5-11ea-89df-41bea055720b).

<sup>10</sup> L. Carlassare, *L'art. 11 Cost. nella visione dei Costituenti*, in *Costituzionalismo.it*, 11 febbraio 2013, 2.

condizione permanente dell'agire politico: la deviazione dalla finalità della fonte ravvisata nell'uso abnorme del decreto legge ne ha fatto uno strumento di normazione ordinario e concorrente con la fonte legislativa, mutandone la percezione tanto sul piano dell'opinione pubblica, quanto sul piano tecnico-politico, essendo divenuto «un modo per imporre al parlamento un percorso di trattazione immediata di iniziative governative che non avrebbero potuto essere agevolmente impostate tramite la ordinaria iniziativa legislativa, ma ad un tempo è stato utilizzato come occasione di negoziazione e scambio con le proposte dell'opposizione» grazie anche all'accettazione, in un primo momento, dell'emendabilità del decreto-legge in sede di conversione, che ne ha ridotto l'impatto sulla responsabilità politica governativa, aprendo la strada all' «abnorme ricorso a un mezzo che non è più eccezionale ma assolutamente normale»<sup>11</sup>. La tesi dell'emendabilità, oggetto di oscillazione interpretativa giurisprudenziale, com'è noto è stata definitivamente superata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 171 del 2007.

In questo modo, in momenti eccezionali di crisi e stante la perdurante usurpazione del potere legislativo da parte del potere esecutivo che rivela il disprezzo per le forme della decisione parlamentare, nonostante la sanzione della Corte costituzionale con la sentenza n. 171/2007<sup>12</sup>, si tende ad alterare la fonte dell'emergenza spostandola dalla Costituzione alla necessità intesa come fonte-fatto *extra ordinem*, che legittima l'adozione di strumenti normativi monocratici in luogo della decisione collegiale, la quale viene anzi sospesa al pari di quella parlamentare, perché appare “lenta” in una sorta di ossessione politica per la velocità e la contrazione degli spazi della decisione pubblica.

La necessità come fonte-fatto si differenzia, invece, dai casi di necessità e urgenza che legittimano ex art. 77 l'intervento del Governo e del Parlamento e che deve, pertanto, muoversi entro i confini tracciati della Costituzione, non nello spazio vuoto della volontà sovrana che, libera da vincoli giuridici, trasforma “istantaneamente la propria forza in diritto”<sup>13</sup>. La risposta va dunque ricercata nella Costituzione, atteso che “*assenza di previsioni puntuali non significa mutismo costituzionale*”<sup>14</sup>.

Nella fase che si è avviata il 31 gennaio 2020 con la proclamazione dello stato di emergenza, si sono susseguite e sovrapposte numerose fonti del diritto diverse per forza e per efficacia: deliberazioni del Consiglio dei ministri, decreti-legge, decreti ministeriali e DPCM, ordinanze ministeriali,

<sup>11</sup> G. de Vergottini, *Diritto costituzionale*, Padova, 2010, 210-211.

<sup>12</sup> A. Guazzarotti, *Il rigore della Consulta sulla decretazione d'urgenza: una camicia di forza per la politica?*, in *forumcostituzionale.it*, 2007, 1 ss.; L. Fascio, *La sentenza della Corte costituzionale, 23 maggio 2007, n. 171: una pronuncia realmente innovativa?*, in *Amministrazione in cammino*, 3 settembre 2007.

<sup>13</sup> G. Silvestri, *Covid-19 e Costituzione*, in [www.unicost.eu/covid-19-e-costituzione/](http://www.unicost.eu/covid-19-e-costituzione/), 10 aprile 2020, 3.

<sup>14</sup> M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber Amicorum*, consultaonline, 11 aprile 2020, 25.

ordinanze della protezione civile e ordinanze sindacali.

In che rapporto sono queste fonti tra di loro e con la Costituzione? Sono atti idonei a disciplinare le misure emergenziali? È legittimo comprimere con una fonte non di rango legislativo l'ampiezza di un diritto fondamentale costituzionale?

## 2. La filiera normativa dell'emergenza covid. Il caso italiano

Occorre tornare ai fondamenti del nostro ordinamento costituzionale e cercare nei principi che regolano i rapporti tra le fonti del diritto la risposta alle nostre domande.

In questo quadro molto fluido, infatti, un DPCM, che sia innovativo e/o integrativo e non strettamente esecutivo, produce una degradazione normativa delle menzionate libertà fondamentali, che possono essere limitate per motivi di sanità e sicurezza solo con legge del Parlamento e considerato che esso è sottratto, a differenza del decreto-legge, tanto al controllo del Presidente della Repubblica in fase di emanazione quanto al controllo della Corte costituzionale in sede di sindacato di costituzionalità. L'inversione di questo rapporto non è neutra, non è a costo zero, perché la ratio della riserva di legge significa stabilire che certe decisioni – in particolare quando vertono sulle libertà fondamentali – devono essere assunte dal Parlamento che consente il coinvolgimento delle forze di opposizione, che è garanzia di tutti i cittadini (anche quando si realizza solo *ex post* come nel caso del decreto-legge, sebbene qualche dubbio permanga in merito alla corretta interpretazione del principio di legalità formale, che spesso si estende sino a comprendere anche gli atti aventi forza di legge).

Proprio perché atti amministrativi emanati in deroga alla legge dal potere esecutivo per far fronte a situazioni di emergenza tali da determinare l'urgenza a provvedere, la Corte costituzionale ha precisato che tali atti devono rispettare i principi generali dell'ordinamento giuridico e i diritti costituzionali<sup>15</sup> nonché il riparto delle competenze tra Stato e Regioni e che l'ordinanza (DPCM) abbia il carattere della provvisorietà e che sia prevista dalla legge e proporzionata alle esigenze dell'emergenza<sup>16</sup>: il mancato rispetto di tali condizioni determinerebbe l'illegittimità costituzionale dei provvedimenti<sup>17</sup>, e considerato che i DPCM sono stati essere prorogati di 30 gg in 30 gg, il presupposto della provvisorietà parrebbe aggirato.

Dall'insieme dei dati dottrinali e giurisprudenziali emerge che sul piano formale il soggetto istituzionale indicato quale fonte primaria per la regolazione dei diritti e delle libertà costituzionali è il Parlamento, mentre sul piano concreto l'emergenza Covid-19 ha evidenziato una virata decisa dell'attività normativa a vantaggio del Governo, o meglio degli atti

---

<sup>15</sup>Corte costituzionale, sent. n. 8 del 20-6-1956 e n. 26 de 23-5-1961.

<sup>16</sup>Corte costituzionale sent. n. 127 del 5-4-1995.

<sup>17</sup>G. de Vergottini, *Diritto costituzionale*, Padova, 2010, 257.

monocratici di eccezione del Presidente del Consiglio, inducendo taluno a denunciare derive autoritarie e mettendo in guardia da possibili colpi di stato permanenti una volta “passata la peste”<sup>18</sup> e a porsi il dubbio della legittimità della proliferazione dei decreti del Presidente del Consiglio considerato che gli stessi sono intervenuti nei più ampi settori che riguardano gli aspetti più svariati della vita di relazione e sociale: in particolare si è discusso se la quarantena obbligatoria fosse da considerare come limitazione della libertà personale, traducendosi in una sorta di “detenzione sanitaria”, per cui la disciplina costituzionale richiederebbe oltre alla previsione legislativa anche il provvedimento dell'autorità giudiziaria oppure come limitazione della libertà di circolazione<sup>19</sup>.

A maggior ragione, a limiti ancora più stringenti di contenuto devono essere assoggettati gli atti monocratici delle autorità territoriali: con parere della I Sezione del Consiglio di Stato n. 260 del 7-4-2020 è stata ritenuta l'illegittimità dell'ordinanza del Sindaco di Messina n. 105 del 5 aprile, con la quale si subordinava l'ingresso sull'isola attraverso il porto sulla base del rilascio di un nulla-osta del Comune allo spostamento, autorizzando il Governo ad adottare i poteri straordinari di annullamento ex art. 138 del d.lgs 18-8-2000 n. 267 ed ex art. 2, comma 3, lett. p) della l. 23-8-1988 n. 400 (pienamente vigenti anche a seguito dell'entrata in vigore della riforma del titolo V, potendosi anzi considerare l'art. 120 Costituzione quale copertura costituzionale del già vigente potere di annullamento straordinario) in quanto l'ordinanza sindacale oltre a esorbitare le competenze assegnate ex art. 50 del TUOEL, lederebbe diritti costituzionali e invaderebbe materie riservate dalla Costituzione alla legislazione statale esclusiva.

Il Consiglio di Stato fa propria l'impostazione della sentenza della Corte costituzionale n. 229 del 13-4-1989, che individua nel suddetto potere di annullamento straordinario del governo tanto elementi del controllo di legittimità quanto elementi tipici di un atto straordinario, rimesso ai massimi organi dello stato (Governo e Presidente della Repubblica) e volto alla rimozione dei provvedimenti amministrativi le cui illegittimità producano lesioni della tutela dell'unitarietà dell'ordinamento giuridico nazionale e dell'unità dell'indirizzo politico nazionale ex art. 95 Cost., nel quadro del principio di unità e indivisibilità della Repubblica ex art. 5 Cost., come si evidenzia nella richiamata decisione, storica ma sempre attuale sentenza della Corte costituzionale n. 23 del 16-4-1959 secondo cui

---

<sup>18</sup>G. Azzariti, *I pieni e solitari poteri del capo del governo “extraordinem”*, in *Libertà e Giustizia*, sez. *Politica*, 21 marzo 2020.

<sup>19</sup>L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in *Federalismi.it*, 31 marzo 2020, 12, 30; 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. Contra, M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., 14-15

«L'istituto, radicato nella tradizione del nostro Stato, . . . ha sopra tutto la funzione di contribuire a mantenere in armonia . . . il carattere unitario dell'ordinamento della pubblica Amministrazione nonostante la molteplicità dell'articolazione di questo in una pluralità di organismi dotati di varia autonomia, inserendosi in piena armonia nel sistema concepito dall'art. 5 Cost., nel quale il decentramento organico e istituzionale è ordinato in modo da non contrastare col carattere unitario dello Stato». Inutile rilevare che detto provvedimento oltre a essere illegittimo si pone in diretto contrasto con l'art. 120, I co. della Costituzione, per il quale è fatto divieto alla Regione di adottare provvedimenti che ostacolino la libera circolazione delle persone tra le Regioni.

Qui occorre aprire una parentesi di riflessione sugli atti amministrativi di necessità. Occorre ribadire ancora una volta che al fine di preservare il rigore della relazione tra le fonti del diritto, a salvaguardia dell'equilibrio normativo-costituzionale dell'ordinamento giuridico, è necessario che sia rispettato il riparto delle competenze tra Stato e Regione, che non sono state espressamente richiamate nei dd.ll. n. 6 del 23-2-2020 e n. 19 del 25-3-2020 e pur potendo in ogni momento il Governo invocare l'art. 120 Cost., comma 2, Cost. e sostituirsi agli enti territoriali, venendo in rilievo l'intervento primario dello Stato, non solo in materia di diritti e libertà fondamentali, ma anche in altre materie quali, ad esempio, la profilassi internazionale (art. 117, comma 2, lett. q, Cost), la sicurezza dello Stato (art. 117, comma 2, lett. d, Cost.), le norme generali sull'istruzione (art. 117, comma 2, lett. n, Cost), l'ordine pubblico e la sicurezza (art. 117, comma 2, lett. h, Cost.) e così via<sup>20</sup>, con ciò conformandosi a quella giurisprudenza costituzionale che riconosce in capo allo Stato la potestà amministrativa tutte le volte in cui gli spetta la titolarità della funzione legislativa, per rendere l'esercizio delle competenze amministrative rapportabile a un parametro legale unitario in tutto il territorio nazionale in virtù del principio di legalità e di unitarietà dell'ordinamento giuridico (sentenza n. 303 del 25-9-2003).

Dal punto di vista politico-istituzionale, pertanto, uno degli effetti della pandemia più percepiti da parte dell'opinione pubblica e fortemente criticato dalla dottrina costituzionalistica<sup>21</sup> è stata l'irrituale concentrazione dei poteri nell'organo esecutivo (o meglio nella persona del presidente del Consiglio dei Ministri) confinando il Parlamento nel ruolo di mero ratificatore di decisioni assunte dal capo del Governo, dai ministri, dai presidenti di Regione, dai sindaci e dal capo della protezione civile: in poco più di due mesi abbiamo assistito ad un'alluvione di provvedimenti monocratici (DPCM, ordinanze ministeriali, della protezione civile e delle autorità locali), spesso *ultra vires* ossia esorbitanti la copertura legislativa

---

<sup>20</sup> L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in *Federalismi.it*, 31 marzo 2020, 31 ss.

<sup>21</sup> G. Silvestri, *Covid-19 e Costituzione*, cit.

offerta dai decreti-legge. Da una parte, i primi DDPCM adottati in attuazione del d.l. n. 6 del 23-2-2020 hanno progressivamente esteso le misure emergenziali dalle zone rosse al tutto il territorio nazionale, innovando l'ordinamento giuridico con misure sempre più stringenti e limitative della libertà di circolazione, dall'altra, il d.l. 6 del 23-2-2020 ha espressamente previsto, con una sorta di delega in bianco, che le autorità competenti possono adottare “*ulteriori misure*” di contenimento e gestione dell'emergenza senza indicarne la tipologia, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dai casi disciplinati dall'art. 2 del medesimo decreto (art. 2).

Ossia in evidente contrasto con la specificità e immediata applicabilità del provvedimento di urgenza, come richiesto dall'art. 15 della l. n. 400 del 23-8-1988.

Ed è proprio in relazione al principio dell'immediata applicabilità del decreto-legge che va ad impattare la sentenza della Corte costituzionale n. 198 del 22-9-2021 che ha rigettato la questione di legittimità costituzionale del cd. “sistema normativo pandemico”: una sentenza attesa nell'esito, ma che non ha colto l'occasione per chiarire alcuni nodi nevralgici emersi durante la gestione della prima fase emergenziale.

La tesi del giudice a quo si fonda sull'assunto della sostanziale delega di poteri normativi a fonti subprimarie attraverso lo strumento del decreto-legge realizzando, attraverso la sequenza decreto-legge/dpcm, la violazione del potere di delegazione legislativa. Con una sentenza dai toni formalistici, la Corte si è limitata a rilevare che nel passaggio dal d.l. n. 6 del 23-2-2020 al d.l. n. 19 del 25-3-2020 è venuta meno la clausola di atipicità delle misure potenzialmente adottabili contenuta nell'art. 2, comma 1, del d.l. n. 6 del 23-2-2020, misure che sono state tipizzate dalla fonte primaria e ancorate «criterio tipico di esercizio della discrezionalità amministrativa, che è di per sé del tutto incompatibile con l'attribuzione di potestà legislativa ed è molto più coerente con la previsione di una potestà amministrativa, ancorché ad efficacia generale» (punto 6.2).

La decisione si articola su due piani processuali: la dichiarazione di inammissibilità per carenza del presupposto della rilevanza della questione per il d.l. n. 6 del 23-2-2020 e il rigetto della qlc sul d.l. 19 del 25-3-2020 in relazione ai parametri di costituzionalità invocati dal giudice a quo e che la Corte non ritiene violati.

La Corte, pertanto, non ha dichiarato *apertis verbis* la conformità alla Costituzione del d.l. n. 19 del 25-3-2020, ma afferma che l'eccezione di costituzionalità non è fondata in relazione ai parametri evocati e alle argomentazioni dedotte da parte del giudice di pace di Frosinone, il che non esclude che dinanzi ad argomentazioni e parametri diversi la decisione della Corte possa assumere profili differenti.

La sentenza offre, altresì, una definizione formalistica di atto

amministrativo, che invero con riferimento ai dpcm attuativi di un decreto-legge a efficacia differita presenta non pochi punti contraddittori in relazione al requisito di autoapplicatività richiesto dall'art. 15, comma 3, della l. n. 400 del 23-8-1988 in base al quale le norme poste da un decreto-legge sono di immediata applicazione essendo vincolate al nesso etiologico dei casi straordinari di necessità e urgenza. Non v'è dubbio alcuno il groviglio di fonti del diritto creato dalla reazione politica alla pandemia abbia messo a dura prova il sistema delle fonti del diritto: la Corte non ha, però, offerto una soluzione convincente, legittimando già a partire dalla decisione n. 37 del 24-2-2021<sup>22</sup> un meccanismo procedurale poroso che ha messo completamente in ombra l'indirizzo politico del Parlamento, concentrando tutti i poteri nell'esecutivo, artefice delle misure e, al contempo, esecutore delle stesse, giustificando tale slittamento della forma di governo parlamentare con lo stato di necessità pandemica che assume, così, natura di fonte di produzione extra ordinem<sup>23</sup> che autorizza «il legislatore statale, se posto a confronto con un'emergenza sanitaria dai tratti del tutto peculiari» a scegliere «di introdurre nuove risposte normative e provvedimenti tarate su quest'ultima» che hanno prodotto altrettanti elementi di distorsione della nostra forma di governo destinati a permanere anche superata l'emergenza pandemica<sup>24</sup>.

Se, dunque, apparentemente la risposta del giudice delle leggi offerta dalla sent. 198 del 23-9-2021 appare orientata a ricondurre nei limiti del quadro costituzionale le fonti della pandemia, nella specie i DPCM, essa trascura quanto precedentemente affermato individuando nel “legislatore statale” e dunque nel Parlamento l'organo legittimato ad adottare «strumenti capaci di adattarsi alle pieghe di una situazione di crisi in costante divenire», cosicché il potere normativo dell'emergenza, derogatorio del normale assetto costituzionale e che non può perennizzarsi pena la violazione del principio della separazione dei poteri, ceda il passo al governo ordinario di una pandemia che a due anni di distanza assume connotazione sempre più endemiche. Al contrario, affermando la non fondatezza delle censure proposte in merito alla violazione del disposto degli artt. 76, 77 e 78 della Costituzione, la Corte fonda la base costituzionale dei DPCM sul principio di legalità formale in quanto atti tipizzati da fonte normativa primaria (i decreti-legge) richiamandosi non tanto ai precedenti che impediscono di equiparare i provvedimenti dell'autorità amministrativa (anche derogatori) agli atti legislativi (Corte costituzionale, sent. n. 8 del 20-6-1956), quanto alla teoria degli atti amministrativi necessitati

---

<sup>22</sup> Per un commento alla decisione richiamata, A Lucarelli, *La gestione dell'emergenza da Covid-19 tra regole uniformi, istanze di autonomia ed incertezza negli strumenti normativi*, in *Giur. cost.*, 2021, 465 ss.

<sup>23</sup> G. Azzariti, *Il diritto costituzionale di eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020, III. L'autore individua criticità nei D.P.C.M., individuando in essi una sorta di «autoassunzione di un potere extraordinem che si legittima per via di necessità».

<sup>24</sup> E. Catelani, *I poteri del governo nell'emergenza: temporaneità o effetti stabili*, in *Quad. cost.*, 2020, 732 s.

(Corte cost. sent n. 4 del 4-1-1977), distinguendoli dalle ordinanze necessitate, «i primi, come le seconde, fondantisi sulla urgente necessità; ma i primi, emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto; le altre, nell'esplicazione di poteri soltanto genericamente prefigurati dalle norme che li attribuiscono e perciò suscettibili di assumere vario contenuto, per adeguarsi duttilmente alle mutevoli situazioni». Dentro l'apparente ossequio al *thema decidendum* individuato dal giudice a quo nei rapporti tra le fonti del diritto, il giudice delle leggi ci rivela che il parametro reale del suo giudizio sono le riserve di legge in materia di diritti fondamentali: infatti la distinzione tra atti amministrativi necessitati e ordinanze di necessità trova la sua ragion d'essere nel perimetro di azione riservato a ciascuna delle due categorie di atti, posto che solo la prima e non la seconda può trovare spazio nelle materie coperte da riserva assoluta di legge, ossia muovendosi nell'ambito della mera esecuzione di misure determinate dal legislatore a seguito dell'opportuna ponderazione di tutti gli interessi in gioco<sup>25</sup>. Sorprendentemente, la Corte, aderendo in modo (forse) troppo rigoroso al principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato ex art. 112 cod. proc. civ., che com'è noto riceve un'applicazione meno formalistica nel processo costituzionale<sup>26</sup>, rifiuta di prendere in considerazione il parametro della riserva di legge, focalizzando la sua pronuncia sul più ristretto parametro del sistema delle fonti del diritto.

Osta, altresì, alla possibilità di aderire alla ricostruzione offerta dall'interpretazione della Corte la debole valorizzazione della parlamentarizzazione della filiera normativa dell'emergenza: la previsione nell'art. 2, comma 5, del d.l. n. 19 del 25-3-2021 dell'aggiornamento ogni quindici giorni sulle misure adottate dal Presidente del Consiglio dei Ministri, ha finito con il cristallizzare il ruolo marginale dell'organo di indirizzo politico e a collocare la figura del Primo ministro in posizione sovraordinata rispetto a quella dei ministri, avallando quel processo di presidenzializzazione dell'esecutivo già in atto da tempo, che si allontana dal modello costituzionale della centralità del Parlamento.

3. Il governo giuridico della pandemia attraverso la lente della comparazione giuspubblicistica: alcuni interessanti spunti dalle relazioni al convegno

Sulla scorta di quanto considerato, la pandemia si è rivelata un imprevedibile fattore di accelerazione della crisi istituzionale già in atto la cui gestione, non

<sup>25</sup> M. Cavino, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n. 198/2021*, in *Federalismi.it*, n. 25/2021 (3 novembre 2021), 5.

<sup>26</sup> A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, 274, in cui si trova affermato che «la questione di legittimità costituzionale – e, in fondo l'oggetto del giudizio: la situazione normativa – non è “fissata” esclusivamente dal solo giudice remittente, ma è invece sempre “codeterminata” dal giudice a quo e dalla Corte e a conti fatti, in varie circostanze, “riplasmata” da quest'ultima».

legittimata dall'instaurazione di un diritto speciale dell'emergenza, ha seguito procedimenti talvolta costituzionalmente disciplinati, talaltra derogando alla legislazione ordinaria.

In tal senso, la necessità come fonte del diritto va pertanto tenuta ben distinta dallo "stato di necessità", come presupposto di legittimazione di un'attività legislativa straordinaria ma comunque adottata entro i limiti costituzionalmente previsti: a questo scopo gli ordinamenti costituzionali che sono stati oggetto di analisi delle relazioni dei dottori Barzacchi, Marchetti, Spagnoli e Paffarin e del Prof. Buono, hanno risposto attraverso una molteplicità di strumenti normativi tentando di coniugare l'urgenza della decisione, la tutela della salute, il rispetto dei principi di legalità e di certezza del diritto, quest'ultimo spesso compresso a vantaggio della celerità della decisione.

La necessità in quest'ultima accezione, intesa come espressione massima del cd. "diritto politico", ha messo a dura prova in questa emergenza pandemica il rapporto tra forme di produzione normativa e forme di governo, che ha il suo fulcro proprio nel grado di sostituzione provvisoria del Governo al Parlamento nella produzione di fonti primarie del diritto e nella predisposizione di correttivi atti a far sì che vengano salvaguardati gli elementi tipici della forma di governo.

L'inevitabile tensione causata dal regime giuridico della pandemia tra diritti fondamentali, stato di emergenza e sistema delle fonti del diritto ha prodotto degli smottamenti in tema di garanzie costituzionali, tanto da provocare la reazione del Tribunale costituzionale spagnolo, che nella sentenza del 27 luglio scorso, su ricorso della componente parlamentare VOX, ha dichiarato l'incostituzionalità della dichiarazione dello stato di allarme e dei conseguenti provvedimenti restrittivi di diritti fondamentali, la cui ampiezza ha indotto il giudice costituzionale a ritenere eluse le disposizioni costituzionali in tema stato di eccezione e che dunque le misure adottate andassero ben oltre quanto consentito dallo stato di allarme. L'incostituzionalità è derivata dal fatto che queste misure drastiche hanno comportato, nella pratica, la sospensione del diritto a circolare liberamente, ossia la cancellazione temporanea dell'esercizio di questo diritto. Questa sospensione è prevista esclusivamente (e limitata solo a taluni diritti) nei casi di dichiarazione dello stato di eccezione o di assedio (art. 55 Cost.). La privazione temporale del diritto a circolare liberamente ha comportato necessariamente la "amputazione" materiale del diritto a mantenere riunioni private per ragioni famigliari o di amicizia, anche nella sfera domestica. Ciò ha leso altresì il diritto a scegliere liberamente la propria residenza, considerato che il Real Decreto consentiva esclusivamente il "ritorno al luogo di residenza abituale", circostanza che ha di fatto implicato l'obbligo di permanere nel luogo nel quale si risiedeva al momento di emanazione del Decreto, escludendo altresì il diritto a cambiare la propria residenza.

Come è emerso da alcune relazioni, la necessità come fenomeno

politico ha una sua manifestazione tipica in quegli ordinamenti che accolgono l'istituto della decretazione d'urgenza o della cd. legislazione "a tempo" (le cc.dd. *sunset clauses*): tra i paesi europei, i governi della Spagna e dell'Italia stanno facendo ricorso con cadenza ordinaria al decreto-legge che nelle intenzioni costituenti avrebbe dovuto incarnare l'eccezione (decretazione d'urgenza) alla regola (legislazione ordinaria) tanto da indurre la dottrina di entrambi i Paesi a stigmatizzare l'attuazione dell'indirizzo politico governativo legiferando per decreto. Questo fenomeno si inserisce e va a enfatizzare la crisi dei Parlamenti, sempre più schiacciati dalla pressione politica degli Esecutivi.

Come ha evidenziato il dott. Bargiacchi, in entrambe le esperienze può essere molto utile applicare il criterio generale formulato da Alessandro Pizzorusso per il quale esiste una corrispondenza tra rapporto di fiducia e distribuzione delle funzioni normative tra Parlamento e Governo<sup>27</sup> tale per cui l'abuso della decretazione d'urgenza è stata collegata all'evoluzione dei rapporti tra Legislativo ed Esecutivo a vantaggio di quest'ultimo, legittimando di fatto l'uso improprio dello stesso.

Pur nella sostanziale simmetria tra i due ordinamenti, il paradigma di Pizzorusso trova conferma nell'abuso che della decretazione d'urgenza è stata fatta in Italia dopo lo scoppio della pandemia: mentre in Spagna la dottrina ha ritenuto soddisfatte le condizioni formali richieste dall'art. 86 della Costituzione spagnola, nel mentre sul piano sostanziale il Tribunale costituzionale ha dichiarato incostituzionale il primo Real Decreto, in Italia, come ricordato dal Presidente Mattarella ai Presidenti delle Camere dopo la conversione del dl 73/2021, il sistema delle fonti ha subito uno stress tale da aggravare le problematiche evidenziate dalla dottrina, non esclusa l'anomalia della forte disomogeneità tra decreto-legge e legge di conversione, da un lato, e del decreto legge quale fonte autorizzatoria del DPCM, dall'altro.

Sulla stessa linea di pensiero che vede una stretta relazione tra (ab)uso della decretazione ed evoluzione della forma di governo si snoda l'intervento del dott. Spagnoli, che registra nei tre i paesi considerati (Italia, Spagna e Usa) il ricorso, talvolta atipico, da parte del potere esecutivo a fonti emergenziali. I tre ordinamenti prescelti rappresentano la cartina al tornasole del grado di pressione che la pandemia ha esercitato sul sistema delle fonti normative.

La disciplina giuridica dell'emergenza mentre in Spagna ha una disciplina costituzionale, in Italia e negli Stati Uniti ha uno statuto legislativo.

Sotto il profilo della forma di governo, nei tre stati considerato si è assistito a un accentramento di poteri negli esecutivi (decreto-legge/dpcm in Italia; *Real decreto* / *decreto-ley* in Spagna; *proclamations/ executive orders* negli

---

<sup>27</sup> Si rinvia al classico studio sulle fonti del diritto: A. Pizzorusso, *Delle Fonti del Diritto*, in A. Scialoja, e G. Branca (Cur.), *Commentario del Codice civile*, Bologna, 1977, 179 ss.

Stati Uniti). Tuttavia, mentre in Italia e Spagna i Legislativi sono stati marginalizzati e confinati nel ruolo di meri ratificatori delle decisioni governative attraverso la conversione dei decreti -legge (non solo in relazione alla restrizione di diritti fondamentali ma anche per la predisposizione di sostegni economici), il Congresso statunitense ha cercato di svolgere una funzione di riequilibrio economico attraverso l'approvazione di una serie di misure economiche emergenziali e a rafforzare il sistema sanitario nazionale, che com'è noto è prevalentemente privatizzato.

A fare da contraltare – reale? - alla tendenza di accentrare il potere normativo negli esecutivi si collocano le *sunset clauses* di matrice anglosassone, di cui parla analiticamente la relazione del dott. Marchetti. Si tratta di clausole decadenziali, che fissano un limite temporale di vigenza fisso delle misure dispositive, investendo l'intero provvedimento (“*entire*” e “*direct*”) o una sola parte dello stesso (“*sectional*”) oppure in provvedimento diverso ma collegato a quello che contiene la *sunset clause* (“*indirect*”), a meno che non siano ri-autorizzate dal legislatore, con l'evidente finalità di indurre i legislatori a riconsiderare i presupposti e la vigenza di determinate normative, soprattutto quelle adottate a seguito dell'evenienza di fatti emergenziali. Si tratta dunque di clausole che possono accompagnare una varietà di provvedimenti legislativi e dunque non sono comparabili ai decreti-legge, se non in relazione alla temporaneità delle misure adottate e per l'intervento successivo del Parlamento, che dovrà svolgere una fase valutativa in merito agli effetti prodotti e all'opportunità della vigenza normativa. La funzione delle *sunset clauses* è stata originariamente inquadrata, da un lato, come strumento di contrappeso del potere legislativo al potere esecutivo nei sistemi a rigida separazione dei poteri, come il sistema statunitense, dall'altro, come strumento per garantire la *better regulation* arginando la sovrapposizione normativa, come nel sistema inglese.

Oggi questa bipartizione risulta sostanzialmente superata alla luce di eventi come quello pandemico che hanno evidenziato la necessità, comune ai paesi esaminati, di fornire una cornice normativa immediata e di pronta applicazione attraverso strumenti di delega agli esecutivi e quella di limitare temporalmente l'esercizio di diritti fondamentali senza determinarne un'irreversibile compromissione e senza alienare il consenso politico.

Sotto il profilo della forma di Stato, occorre distinguere le forme unitarie da quelle federali. In Italia e Spagna si è registrato un accentramento del ruolo e delle funzioni dello Stato rispetto agli enti territoriali, sebbene questi ultimi, come ben evidenziato nella relazione del Prof. Buono, non hanno rinunciato a ritagliarsi spazi di autonoma decisionale dando luogo a un contro-sistema delle fonti emergenziali che ha compromesso il principio della certezza del diritto sfociando nelle due pronunce di incostituzionalità della Corte costituzionale italiana (n. 37 del 24-2-2021) che ha riconosciuto la competenza dello Stato nella profilassi internazionale e l'*Auto Constitucional* N° 74/2021, con il quale la Corte ha dichiarato la revoca della

sospensione della legge galiziana ad eccezione della norma con la quale era stato disposto il vaccino obbligatorio per violazione della competenza esclusiva dello stato in materia di coordinamento sanitario e di strategia vaccinale fondata sulla volontarietà della vaccinazione, innescando un meccanismo di composizione del conflitto tra lo Stato e la comunità autonoma. Negli Stati Uniti, invece, come evidenziato dal dott. Spagnoli, i poteri presidenziali enumerati tassativamente nelle *Proclamations* (che è un atto del potere esecutivo) hanno lasciato più spazio, da un lato, al Congresso, considerato il ruolo di contrappeso svolto dal Legislativo nella forma di governo presidenziale (cc.dd. checks and balances) e, dall'altro, agli Stati membri, considerato altresì il ruolo di primo piano svolto dagli stessi nell'adozione di misure incidenti sui diritti dei cittadini, determinando paradossalmente un minor accentramento della gestione emergenziale in capo al Governo federale, a differenza di quanto avvenuto in Italia e in Spagna, dove il Parlamento è stato consegnato a un ruolo marginale.

La crisi pandemica ha costituito altresì un motore di trasformazione nell'ambito dei rapporti economici, come ben evidenzia l'intervento del dott. Paffarin: sul piano stretto delle fonti del diritto, si è assistito a una progressiva erosione del principio antimonopolistico nella disciplina della concorrenza. Questo è risultato particolarmente evidente negli USA dove l'attenzione delle *Antitrust Authorities* si è spostata dalla garanzia della presenza sul mercato di una pluralità di operatori alla garanzia della loro efficienza economica in termini di rapporto qualità/prezzo dei prodotti immessi sul mercato, innescando nuove spinte neo-monopolistiche a vantaggio dei colossi della distribuzione, specialmente on line (Amazon), e dei colossi dei Big Data (Google; Facebook, Apple).

Ma la disciplina della concorrenza deve fare altresì i conti con l'egemonia del capitalismo cinese, una sorta di capitalismo "rovesciato" a trazione statale, che sta già mettendo in crisi la struttura del mercato dell'Unione europea, basata com'è noto sulla concorrenza nell'offerta di più operatori economici in grado di migliorare da sola la stessa offerta e di distribuire la ricchezza. Questo modello europeo segna attualmente una controtendenza, volta a favorire tanto le concentrazioni quanto l'ingresso del pubblico nella gestione dei servizi, un tempo affidati all'esclusiva concorrenza tra gli operatori economici privati: ne sono un esempio due recenti pronunce della Corte di Giustizia, richiamate dal dott. Paffarin, quella del 6 febbraio 2020, che ha dato il nulla-osta alle operazioni in-house nell'ambito della contrattazione di servizi pubblici; e quella del 20 luglio 2020 che ha autorizzato "*operazioni di concentrazione in vista del temperamento con altri interessi costituzionalmente rilevanti, diversi da quelli inerenti all'assetto concorrenziale del mercato*". Realizzando, così una sorta di ritorno alla decisione pubblica che stabilisca obiettivi di natura macroeconomica, piuttosto che lasciare assoluta libertà ai mercati.

#### 4. Conclusioni

In un contesto nel quale sono stati messi a dura prova il sistema delle fonti del diritto e il sistema delle garanzie dei diritti e delle libertà fondamentali che trovano nel principio di legalità formale e sostanziale e nel suo precipitato procedurale della riserva di legge la più tipica manifestazione, con sfumature diverse, la dottrina – tanto quella italiana quanto quella straniera – ha evidenziato in relazione alla gestione della pandemia, uno spostamento eccessivo dell'asse della decisione dal Parlamento al Governo e soprattutto la marginalizzazione del Parlamento con riferimento a quelle scelte politiche che hanno prodotto l'effetto di comprimere diritti e libertà costituzionali con strumenti procedurali non idonei (in Italia ancora oggi si discute della legittimità costituzionale dell'impiego dei DPCM, soprattutto nella prima fase pandemica e con riferimento alle riserve di legge poste a garanzia dei diritti fondamentali).

Questo processo, che nei sistemi presidenziali o a tendenza presidenziale rappresenta la cartina al tornasole di una logica istituzionale ispirata alla centralità della figura del Presidente della Repubblica, nei sistemi parlamentari che sono stati esaminati si configura come l'effetto più evidente del progressivo slittamento del centro della decisione politica dal Parlamento al Governo, innescato dal processo di crisi delle istituzioni rappresentative, trasformando la percezione dei rapporti tra gli organi costituzionali da parte della società civile e ribaltando la relazione tra Parlamento e Governo: è il Governo che viene ormai percepito dalla *communis opinio* come il "legislatore naturale", determinando sul piano dell'apparenza giuridica un'inversione della posizione dei due attori istituzionali (Governo e Parlamento). Tale slittamento dalla forma di governo parlamentare si inserisce in un processo di progressiva egemonizzazione della figura del capo del governo all'interno di un'istituzione collegiale, che comporta una trasformazione in senso monocratico della determinazione e attuazione dell'indirizzo politico, e che costituisce oggi una minaccia supplementare alla democrazia rappresentativa.

In questo contesto è rilevante il procedimento seguito per la proroga dello stato di emergenza, in considerazione dell'irrelevanza della deliberazione parlamentare: la proroga fino al 31 dicembre, disposta dal Governo italiano con il dl n. 105 del 2021, è stata decisa con decreto-legge riservando dunque un ruolo primario nella fase decisionale all'esecutivo, viceversa in Francia si è optato, per il previo passaggio parlamentare della proroga, dimostrando così di rimanere aderenti ai canoni fondativi del costituzionalismo occidentale. Anche con i successivi dd.ll. n. 221 del 24-12-2021 e n. 1 del 7-1-2022, il Governo ha optato per la via del decreto-legge: nella scelta di un simile procedimento si annida un limite e un rischio. Il limite è dato dalla considerazione che lo strumento del decreto-legge, che

l'Assemblea costituente, respingendo l'idea della costituzionalizzazione dello stato di emergenza, aveva indicato come l'atto tipico per disciplinare situazione impreviste (straordinarie) e temporanee, avrebbe potuto adempiere la funzione originaria demandata dalla Costituzione, se non fosse stato utilizzato negli ultimi quarant'anni come strumento di ordinaria legislazione e avrebbe ben potuto essere utilizzato come strumento eccezionale di normazione. Il rischio invece si annida nell'elusione del principio della temporaneità delle misure emergenziali, considerato che «Qualora il Parlamento non dovesse essere coinvolto per approdare ad una soluzione dialetticamente condivisa, si rischierebbe una indefinita proroga di uno stato di emergenza che in realtà cela uno stato di eccezione nell'accezione di stato di sospensione della stessa Costituzione»<sup>28</sup>. Questa considerazione va messa in relazione con la constatazione che la proroga disposta il 14 dicembre 2021 spinge i suoi termini ben oltre il limite massimo previsto dall'art. 24 del codice di protezione civile: siamo dunque al cospetto non di una proroga dell'emergenza dichiarata il 31 gennaio 2020, ma di un "nuovo" stato di emergenza, che fonderebbe sé stesso sulla base di una previsione instabile (il probabile aggravamento della situazione sanitaria a seguito della comparsa della variante Omicron e la riduzione dell'efficacia dei vaccini contro questa variante). L'incertezza relativa all'andamento pandemico finisce con l'identificarsi nella permanente incertezza della disciplina emergenziale, con particolare riguardo al suo orizzonte temporale, quando sono in gioco incisive limitazioni dei diritti fondamentali. Come ebbe modo di affermare la Corte costituzionale in una celebre sentenza, confermata dalla giurisprudenza successiva, «l'emergenza, nella sua accezione più propria, è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea. Ne consegue che essa legittima, sì, misure insolite, ma che queste perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo»<sup>29</sup>. Il nuovo stato di emergenza si pone fuori dal perimetro delineato dal codice di protezione civile, che individua ex ante i presupposti dell'azione del governo e le condizioni per il ripristino della normalità, e si pone in una zona grigia della Costituzione, che com'è noto non disciplina procedure emergenziali.

---

<sup>28</sup> D. Trabucco, C. Della Giustina, *Sulla possibile proroga dello stato di emergenza*, in *dirittifondamentali.it*, 14/07/2020, 4.

<sup>29</sup> Corte costituzionale, sent. n. 15 del 14-1-1982 e, tra le successive, n. 127 del 5-4-1995 e n. 237 del 18-6-2007. Lo stesso requisito della temporaneità come presupposto di legittimazione delle misure adottate è stato ritenuto essenziale dalla Corte costituzionale nella vicenda della proroga del blocco degli sfratti a causa della pandemia: «se l'eccezionalità della pandemia da COVID-19 giustifica, nell'immediato e per un limitato periodo di tempo, la sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili (anche perché, in particolare, vi è stato, da parte del legislatore, un progressivo aggiustamento del bilanciamento degli interessi e dei diritti in gioco, nei termini sopra indicati), d'altra parte però questa misura emergenziale è prevista fino al 31 dicembre 2021 e deve ritenersi senza possibilità di ulteriore proroga, avendo la compressione del diritto di proprietà raggiunto il limite massimo di tollerabilità, pur considerando la sua funzione sociale (art. 42, secondo comma, Cost.)» (Corte cost., sent. n. 213 del 19-10-2021)

Questa considerazione apre la riflessione su una questione cruciale: la differenza tra stato di emergenza e stato di eccezione. La differenza tra queste due manifestazioni del potere risiede indubbiamente nella fonte sulla produzione: lo stato di eccezione, nell'accezione schmittiana, si caratterizza per originarietà e assenza di vincoli ed è espressione per eccellenza della politicità, che può giungere a sospendere il diritto; al contrario, lo stato di emergenza si muove entro i limiti definiti dallo Stato di diritto e non prevede alcuna forma di sospensione della Costituzione (rectius: delle garanzie costituzionali) e i suoi limiti temporali sono stabiliti dal diritto. In altre parole, il primo è espressione del potere costituente; il secondo è espressione del potere costituito. La linea di demarcazione tra le due figure è data dall'imprescindibile temporaneità e dal coinvolgimento di tutti gli attori istituzionali, che per lo stato di emergenza discende dall'applicazione delle regole di diritto. Elementi questi che sono messi in discussione quando la procedura emergenziale produce la marginalizzazione del Parlamento e le ripetute proroghe.

Una scelta che implica valutazioni di politica sanitaria nazionale incidenti sull'esercizio di diritti fondamentali richiede, infatti, l'assunzione di una decisione in un quadro di trasparente dibattito pubblico e con il coinvolgimento di tutti gli attori istituzionali: il processo decisionale impiegato in Francia per l'adozione del *pass* sanitario ha visto, nella prima dichiarazione dello stato di emergenza del marzo 2020, il coinvolgimento del Consiglio di Stato, del Parlamento e del Consiglio costituzionale, adito dallo stesso Primo ministro promotore, insieme al Presidente Emmanuel Macron, del disegno di legge governativo. Sotto il profilo procedurale, il Governo francese ha dunque scelto la via maestra dell'atto legislativo e del dibattito parlamentare per adottare una misura che, al pari di quella italiana, impatta su diritti e libertà fondamentali, mentre l'azione del Governo italiano si è appiattita sulla logica emergenziale del decreto-legge, sottraendo ancora una volta al Parlamento il potere di orientare – anche attraverso il contributo delle minoranze parlamentari che sono logicamente escluse dalla deliberazione sul decreto legge, dominio della maggioranza governativa – la scelta politica in un ambito, come quello dell'adozione del *green pass*, nel quale principi fondamentali, diritti individuali di libertà e interesse della collettività alla salute devono trovare una loro equilibrata coesistenza.

Quando sono in discussione diritti fondamentali della persona, che l'art. 2 della Costituzione italiana definisce inviolabili e non appannaggio di una "maggioranza", occorre essere molto cauti perché essi innervano la forma di Stato e non sono diritti disponibili *ad libitum*, in quanto rappresentano un elemento indefettibile di sopravvivenza di quella stessa comunità sociale, perché tali diritti integrano il nucleo duro della Costituzione<sup>30</sup>. E questa affermazione è confermata dal fatto che i diritti

---

<sup>30</sup> C. Mortati, voce *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano,

inviolabili dell'uomo non sono modificabili neanche con il procedimento a tale scopo previsto dall'art. 138 Cost. perché la loro modifica implicherebbe esercizio di potere costituente<sup>31</sup>, nel mentre sappiamo che il potere di revisione costituzionale è potere costituito, secondo la notissima distinzione consegnataci dall'Abate Sieyès nel suo memorabile “*Qu'est-ce que le Tiers Etat?*”<sup>32</sup>.

Di qui la necessità che la forma che traduce la garanzia procedurale di produzione normativa, sia rigorosamente rispettosa della massima fonte di produzione, che è la Costituzione: perché dal rispetto dell'aspetto formale discende anche la tutela delle situazioni giuridiche sostanziali, disciplinate dalle fonti del diritto.

In questo contesto si inserisce, mirabilmente, la cd. dottrina del “diritto tiranno” elaborata dalla Corte costituzionale, che occorre tener sempre ben presente quando si tratta di mettere in relazione principi, diritti e libertà fondamentali: afferma la Corte che «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. Per

---

1962, ora in “*Una e indivisibile*”, Milano, 2007, 216. Più recentemente si veda per tutti G. Azzariti, *Revisione Costituzionale e rapporto tra prima e seconda parte della Costituzione*, in *Nomos, Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato e storia costituzionale*, n. 1-2016, 3.

<sup>31</sup> Per la distinzione tra potere costituente e potere di revisione costituzionale si consenta di rinviare a M. Calamo Specchia, *La Costituzione tra potere costituente e mutamenti costituzionali*, in *RivistaAic*, 1/2020 (17/02/2020), 266 ss. e alla dottrina ivi richiamata.

<sup>32</sup> Ecco le parole di Sieyès : « La Nation existe avant tout, elle est l'origine de tout. Sa volonté est toujours légale, elle est la Loi elle-même. Avant elle, et au-dessus d'elle il n'y a que le droit naturel. Si nous voulons nous former une idée juste de la suite des lois positives qui ne peuvent émaner que de sa volonté, nous voyons en première ligne les lois constitutionnelles, qui se divisent en deux parties : les unes règlent l'organisation et les fonctions du corps législatif ; les autres déterminent l'organisation et les fonctions des différents corps actifs. Ces lois sont dites fondamentales, non pas en ce sens, qu'elles puissent devenir indépendantes de la volonté nationale, mais parce que les corps qui existent et agissent par elles, ne peuvent pas y toucher. Dans chaque partie, la constitution n'est pas l'ouvrage du pouvoir constitué, mais du pouvoir constituant. Aucune sorte de pouvoir délégué ne peut rien changer aux conditions de sa délégation. C'est ainsi, et non autrement, que les lois constitutionnelles sont fondamentales. Les premières, celles qui établissent la législature, sont fondées par la volonté nationale avant toute constitution ; elles en forment le premier degré. Les secondes doivent être établies de même par une volonté représentative spéciale. Ainsi toutes les parties du Gouvernement se répondent et dépendent en dernière analyse de la Nation » (J. E. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers état?*, Document électronique (Données textuelles), 111- 112, notice n. : FRBNF37237001, cote : NUMM-41687, in gallica.bnf.fr.).

le ragioni esposte, non si può condividere l'assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l'aggettivo «fondamentale», contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un «carattere preminente» del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell'ambiente e della salute come «valori primari» (sentenza n. 365 del 1993, citata dal rimettente) implica una «rigida» gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi... Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale» (Corte costituzionale, sent. n. 85 del 9-4-2013).

Tale costruzione interpretativa, com'è noto, è stata richiamata dall'ex Presidente della Corte costituzionale, Marta Cartabia, nella Relazione annuale della Corte del 2019 del 28 aprile 2020, che ha ribadito che il sistema delle garanzie costituzionali non ammette eccezioni neanche in periodi di crisi.

Un'opzione potrebbe essere quella di prorogare soltanto le norme necessarie al contenimento della pandemia, senza ricorrere ad un'estensione dello stato d'emergenza. In questo contesto ci si limiterà a sottolineare come, ai fini della scelta, entrano in bilanciamento da una parte il «principio di precauzione», dall'altro i principi di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità<sup>33</sup>. È il Parlamento il luogo deputato a realizzare il bilanciamento necessario tra i principi e i diritti fondamentali, ed è qui utile ricordare un passaggio di una sentenza del Consiglio di Stato: «Nel conseguente bilanciamento delle più opportune iniziative di contenimento del rischio, la scelta del c.d. «rischio zero» entra in potenziale tensione con il principio di proporzionalità, il quale impone misure «congrue rispetto al livello prescelto di protezione» ed una conseguente analisi dei vantaggi e degli oneri dalle stesse derivanti: dunque, non è sempre vero che un divieto totale od un intervento di contrasto radicale costituiscano «una risposta proporzionale al rischio potenziale», potendosi configurare situazioni e contesti specifici che rendono una tale strategia inopportuna, inutilmente dispendiosa, se non sostanzialmente improduttiva. In siffatte ipotesi, per coniugare in modo bilanciato esigenze di precauzione e di proporzionalità» va modulata «l'azione cautelativa in relazione alla evoluzione dei suoi risultati, sottoponendo le misure adottate ad un'opera di controllo e di revisione, alla luce dei nuovi dati scientifici» (Consiglio di Stato, sez. III, sent. n. 6655 del 3-10-2019).

---

<sup>33</sup> A. M. Cecere, *Ruoli e competenze nei diversi livelli istituzionali nella gestione della pandemia Covid-19 in Italia tra distonie sistemiche e carenze strutturali*, in *Rivista AIC*, n. 3/2021, 374 ss.,

La pandemia ha dato, invece, evidenza a una prassi costituzionale, che, complice lo sconcerto sociale, ha reso accettabile e accettato l'abbandono della logica dei principi e, pertanto, va tenuto costantemente presente che «i periodi di crisi sono pericolosi per la democrazia: in essi trova più facilmente presa sulla pubblica opinione la richiesta di coesione intorno a chi esercita il potere in quel momento, così come è più agevole fare apparire come giustificato il ricorso a poteri eccezionali, a misure estreme»<sup>34</sup>.

Per questo, ancora una volta, l'allentamento delle maglie della Costituzione concorre a rendere più instabili i rapporti interistituzionali, cedendo alla via più facile che è quella di accentrare la decisione pubblica nell'organi esecutivo: non a caso, però, come ci ricordava John Potter Stockton, «le Costituzioni sono catene con le quali gli uomini legano sé stessi nei momenti di lucidità, per non morire di mano suicida nei giorni della follia».

Tale plastica rappresentazione del costituzionalismo occidentale individua nella Costituzione un argine al potere della maggioranza, facendo sì che attraverso un complesso sistema di contrappesi istituzionali (tra i quali rientra la funzione dell'opposizione, elemento indefettibile di ogni sistema parlamentare), essa non si trasformi nella tirannide dei "cinquantuno"<sup>35</sup>, funzione questa di limite al potere e al governo arbitrario già propria delle Costituzioni liberali ottocentesche in grado di delimitare i poteri dei sovrani. Come ebbe ad affermare la Corte Suprema statunitense in una celebre sentenza, vi sono «materie che necessitano di essere sottratte alle vicissitudini della lotta politica, per essere poste oltre la portata delle maggioranze» poiché «i diritti fondamentali non possono essere soggetti al voto» né dipendere «dall'esito delle elezioni»<sup>36</sup>. Questo prezioso lascito del costituzionalismo liberale, per il quale il presupposto filosofico dello Stato ottocentesco è la dottrina dei diritti dell'uomo, «secondo cui l'uomo, tutti gli uomini indiscriminatamente, hanno, per natura, e quindi indipendentemente dalla loro stessa volontà, tanto più dalla volontà dei pochi o di uno solo, alcuni diritti fondamentali»<sup>37</sup>, viene trasfuso nello stato costituzionale di diritto e reso più efficace sotto il profilo delle garanzie, superando il limite puramente formale della *rule of law*, attraverso «la costituzionalizzazione dei diritti naturali, ovvero la trasformazione di questi diritti in diritti costituzionalmente protetti, cioè in veri e propri diritti positivi»<sup>38</sup>.

Una vigilanza attenta va quindi riservata nei confronti di ogni tentativo, più o meno esplicito, di intaccare i diritti fondamentali che sono il tessuto connettivo delle Costituzioni contemporanee; pericolo che si manifesta, con particolare frequenza, al cospetto di situazioni emergenziali,

---

<sup>34</sup> N. Ferraris, *Responsabilità sociale e diritto al dissenso*, su [www.linconto.news](http://www.linconto.news).

<sup>35</sup> L. Einaudi, *Il buongoverno. Saggi di economia e politica (1897-1954)*, Bari, 1954, 92 ss.

<sup>36</sup> US Supreme Court, *West Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).

<sup>37</sup> N. Bobbio, *Liberalismo e democrazia*, Milano, 2006, 32.

<sup>38</sup> N. Bobbio, *Liberalismo*, cit., 38.

spesso occasione di discussi interventi di compressione dei diritti e delle libertà costituzionali. Queste sono le ragioni per cui, proprio nei momenti di crisi, lo spirito di critica va mantenuto alto.

Marina Calamo Specchia  
Dip.to di Giurisprudenza  
Università degli Studi di Bari  
[marina.calamospecchia@uniba.it](mailto:marina.calamospecchia@uniba.it)