

***Principio di legalità e stato di necessità al tempo del “COVID-19” \****

*di Marina Calamo Specchia – Professore Ordinario di Diritto costituzionale comparato nell’Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”*

ABSTRACT: Through a rereading of some classic positions on the relationship between the principle of legality, protection of fundamental rights and the emergency powers, the essay aims to question the constitutional legitimacy of the emergency COVID-19 powers and the impact of the pandemic at social and economic level and on the intra-institutional democracy, in order to reflect on the importance of the centrality of Parliament, rediscovering its fundamental role of formal and substantial protection of democracy.

SOMMARIO: 1. Costituzione ed emergenza: Schmitt? – 2. La “filiera normativa” dell’emergenza: Kelsen? – 3. La concatenazione produttiva dell’emergenza COVID-19. – 4. La democrazia “elettronica” come supporto alla democrazia “fisica”. – 5. Conclusioni.

**1. Costituzione ed emergenza: Schmitt?**

In un paese sospeso dalla pandemia, nel quale le giornate si susseguono tutte uguali, monopolizzate dalle notizie televisive sulla curva del contagio e cadenzate dal bollettino sul Covid-

---

\* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista. Il contributo si colloca nell’ambito del forum sull’emergenza CoViD-19.

19, quasi in un rituale taumaturgico, il rischio che rimangano altrettanto sospese molte questioni cruciali, che ci toccano da vicino, è tutt'altro che remoto.

La prima questione che balza prepotentemente ad evidenza è l'impatto della crisi sanitaria sull'impianto delle fonti del diritto che hanno prodotto la limitazione di un grande numero di diritti e libertà costituzionali: si tratta della relazione basica degli ordinamenti giuridici, per la quale vale l'equazione "sovranità=sicurezza=regolazione".

Alcune domande nascono spontanee dall'osservazione del dato empirico:

- In tempi di pandemia da Covid-19, in quale organo vanno collocati i poteri normativi?
- Cosa afferma la nostra Costituzione sullo stato di emergenza?
- È compatibile con la Costituzione l'uso da parte del Presidente del Consiglio di provvedimenti amministrativi-normativi restrittivi delle libertà fondamentali dei cittadini (gli ormai famosi DPCM)?

La Costituzione prevede 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>1</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.

In questo quadro normativo estremamente ampio, duttile ed elastico dal punto di vista semantico si è venuto a delineare un diritto dell'emergenza<sup>2</sup> che si basa sulla logica degli "stati di urgenza" e

---

<sup>1</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>2</sup>P. PICCIACCHIA, *Lo stato di emergenza e il tortuoso cammino del controllo parlamentare*, in C. Murgia (a cura di), *Scritti in onore di Sara Volterra*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 773 e ss

che in altri ordinamenti ricevono una disciplina dettagliata: 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 francese che prediligono espressioni quali “decreto di urgenza”, la prima, e “stato di assedio” o “*pleins pouvoirs*”, moderno retaggio dell'antica *plenitudo potestatis* di diritto canorico, la seconda, e tale variabilità semantica è indice della natura evolutiva del concetto di cui si discute.

Il concetto di stato di eccezione è stato<sup>3</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>4</sup>, posta in essere da parte della medesima autorità statale preposta alla sua garanzia: si tratta di una rivisitazione della dottrina di Carl Schmitt<sup>5</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>6</sup>).

La necessità come fonte del diritto va, però, tenuta ben distinta dallo “stato di necessità” come presupposto di legittimazione di un'attività legislativa straordinaria ma comunque adottata entro i limiti costituzionalmente previsti: in questo senso il decreto legge è un atto normativo tipizzato dalla temporaneità e dalla forza derogatoria, la cui fonte è la Costituzione, mentre la necessità-fonte è *extra ordinem*, ma non sempre viene indirizzata *contra Constitutionem*, soprattutto quando risulta che la necessità è diretta a salvaguardare la Costituzione medesima e non a porre in essere atti diretti a sovvertirla: in questo senso potrebbe identificarsi un nesso tra stato di necessità come “fonte potenziale implicita” e il diritto di resistenza, che rappresenta la difesa ultima dell'ordinamento democratico da parte del suo titolare, il popolo sovrano. Dall'Antigone di Sofocle

<sup>3</sup>G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Bollati Boringheri, Torino, 2003, pp. 13ss.

<sup>4</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 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>5</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, il Mulino, 1972, pag. 34.

<sup>6</sup>R. SIMONCINI, *Un concetto di diritto pubblico: lo stato di eccezione secondo Giorgio Agamben*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 8/2008, p. 199ss.

al *De legibus* di Cicerone, il diritto di resistenza trova la sua fonte nella necessità dell'agire giusto che si contrappone all'obbligo di obbedire a leggi positive ingiuste, dove la disobbedienza viene collegata all'esistenza di un diritto superiore alle leggi umane, che si spinge nel Medioevo sino a giustificare la liceità del tirannicidio dell'usurpatore (il *tyrannus absque titulo*, che va distinto dal *tyrannus quoad exercitium*, la cui azione era assoggettata al controllo del magistrato), che rende legittimo ribellarsi al sovrano secondo la logica trascendente dell'*omnia potestas a deo*, teorie che non impediscono l'evolversi del diritto di resistenza nell'ambito della cornice contrattualistica come destituzione da parte degli uomini del titolare del potere legislativo che avesse violato il *trust*, il patto sociale (Locke).

Dopo la prima istituzionalizzazione del diritto/dovere di resistenza avvenuta con la Magna Charta del 1215<sup>7</sup>, è la volta dei processi costituenti settecenteschi: dalla Dichiarazione di Indipendenza del 4 luglio 1776<sup>8</sup>, ancorata ancora a una visione giusnaturalistica, alla Costituzione francese del 1793<sup>9</sup>, fino a giungere al costituzionalismo del secondo dopoguerra, che, anche a seguito dell'orrore della Shoa, imponeva una riflessione forte sulla resistenza come diritto/dovere sussidiario a difendere l'ordinamento.

Il diritto di resistenza è stato così introdotto nella Costituzione francese del 19 aprile 1946, il cui articolo 21 recita “*Qualora il Governo violi le libertà e i diritti garantiti dalla Costituzione, la resistenza sotto ogni forma è il più sacro dei diritti e il più imperioso dei doveri*”<sup>10</sup> rispetto alla quale l'Assemblea costituente italiana optò per non inserire nel testo costituzionale una simile previsione, sebbene l'art. 50, secondo comma, del progetto di Costituzione così recitasse: “*Quando i pubblici poteri violino le libertà fondamentali e i diritti garantiti dalla Costituzione, la resistenza*

---

<sup>7</sup>L'art. 61, rubricato “clausola di sicurezza”, veniva imposto a Giovanni di concedere ad un Comitato di venticinque baroni il diritto, in caso di sua violazione del patto, “*di sequestrarlo e ridurlo alla miseria in tutti i modi, cioè con la requisizione dei suoi castelli, delle terre e di ogni altro possedimento in qualsiasi altro modo possibile*” (A. TORRE, Magna Charta (2015), Collezione *Il Monitore costituzionale*, Liberilibri, Macerata, 2007).

<sup>8</sup>“*Noi riteniamo che tutti gli uomini sono stati creati tutti uguali, che il Creatore ha fatto loro dono di determinati inalienabili diritti (...) che ogni qualvolta una determinata forma di governo giunga a negare tali fini, sia diritto del popolo il modificarla o l'abolirla, istituendo un nuovo governo che ponga le basi su questi principi (...) Allorché una lunga serie di abusi e di torti (...) tradisce il disegno di ridurre l'umanità ad uno stato di completa sottomissione, diviene allora suo dovere, oltre che suo diritto, rovesciare un tale governo*”

<sup>9</sup>Art. 33 della Costituzione giacobina del 1793 (mai entrata in vigore) secondo cui “*La resistenza all'oppressione è la conseguenza degli altri diritti dell'uomo*” e art. 35 secondo cui “*Quando il governo viola i diritti del popolo, l'insurrezione è per il popolo il più sacro dei diritti ed il più indispensabile dei doveri*”.

<sup>10</sup>Analoga formula è stata prevista circa tre anni dopo dalla costituzione federale tedesca del 1949, il cui art. 20 afferma “*Tutti i tedeschi hanno diritto alla resistenza contro chiunque intraprenda a rimuovere l'ordinamento vigente, se non sia possibile alcun altro rimedio*”.

*all'oppressione è diritto e dovere del cittadino*“. La proposta, com'è noto, non ebbe voto favorevole in Assemblea costituente, ma la discussione che accompagnò la disposizione offre interessanti spunti di riflessione: innanzitutto, perché il diritto/dovere di resistenza viene considerato l'altra faccia del principio di fedeltà ed obbedienza alla pubblica autorità e, poi, perché a fronte dei timori di possibili abusi da parte del cittadino si opponeva l'assoggettamento di tale diritto al controllo dell'autorità giurisdizionale<sup>11</sup>. L'idea di Dossetti del diritto di resistenza, condivisa anche da Mortati ma da questi non votata in Assemblea costituente<sup>12</sup>, sicuramente indica un percorso innovativo che proietta oggi un'eco suggestiva: non può trarsi, infatti, dal silenzio della Costituzione, l'antigiuridicità del diritto di resistenza in quanto contrario all'ordinamento giuridico, perché esso è direttamente collegato all'evoluzione di ogni organizzazione politica e ai mutamenti sociali<sup>13</sup> e trova il suo fondamento di giustificazione negli artt. 1, 2, 3, comma 2, Cost. e 54 Cost. in quanto dovere di difendere la Costituzione per realizzare la società democratica, per cui la resistenza, come massimo diritto alla disobbedienza civile, ha la sua fonte non solo nella sovranità popolare, ma anche nel dovere di garantire il rispetto di diritti inviolabili<sup>14</sup>, scindendo in tal modo il nesso tra resistenza e rivoluzione e traendo la sua esistenza dal diritto positivo.

Tornando alla pandemia, si è suggestivamente paragonata la situazione in atto ad una “guerra”<sup>15</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

---

<sup>11</sup>F. DE GIORGI, *Resistite fortes in fide. Giuseppe Dossetti e il “diritto di resistenza”*, in *Il Margine*, n.8-9/1997, pp. 32 ss

<sup>12</sup>Lo dimostra l'emendamento proposto dal giurista calabrese il 23 maggio 1947: “È diritto e dovere dei cittadini, singoli o associati, la resistenza che si renda necessaria a reprimere la violazione dei diritti individuali e delle libertà democratiche da parte delle pubbliche autorità” che fu illustrato mettendo in evidenza lo “scopo di chiarificazione formale del testo della Commissione. Esso ha di mira, da un lato, di distinguere l'aspetto della resistenza individuale da quello della resistenza collettiva; e, dall'altro, di mettere in rilievo il carattere di necessità che questa resistenza deve avere, onde potere considerarsi legittima”. Nella seduta del successivo 5 dicembre 1947, però, Mortati propose di non inserire tale diritto nella Costituzione.

<sup>13</sup>Sul punto si rinvia alle riflessioni ancora attuali di C. MORTATI, *Art. 1*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Roma, Zanichelli, vol. 1, 1975, p. 32, nota 1.

<sup>14</sup>A. BURATTI, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico. Per una genealogia del diritto dell'opposizione nello stato costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 267ss.

<sup>15</sup>M. DRAGHI, *We face a war against coronavirus and must mobilise accordingly*, in *Financial Time*, reperibile su: <https://www.ft.com/content/c6d2de3a-6ec5-11ea-89df-41bea055720b>.

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 cruenta barriere<sup>16</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 attuale, 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 senza fine. In questo solco di progressiva normalizzazione della straordinarietà come paradigma dell'azione di governo che domina la politica contemporanea, la quale a gravi minacce (crisi economica globale, terrorismo, ora pandemie) risponde con misure eccezionali che tendono a divenire una 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>17</sup>. La tesi dell'emendabilità, oggetto di oscillazione interpretativa giurisprudenziale, 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

<sup>16</sup>L. CARLASSARE, *L'art. 11 Cost. nella visione dei Costituenti*, in *Costituzionalismo.it*, 11 febbraio 2013, p. 2.

<sup>17</sup>G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 2010, pp.210-211.

parlamentare, nonostante la sanzione della Corte costituzionale con la sentenza n. 171/2007<sup>18</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 va, invece, tenuta ben distinta dallo stato di necessità/emergenza che legittima ex art. 77 l'intervento del Governo e del Parlamento e che deve, pertanto, muoversi nei confini tracciati della Costituzione, non nello spazio vuoto della volontà sovrana che, libera da vincoli giuridici, trasforma “*istantaneamente la propria forza in diritto*”<sup>19</sup>. La risposta va dunque ricercata nella Costituzione, atteso che “*assenza di previsioni puntuali non significa mutismo costituzionale*”<sup>20</sup>.

Esiste, allora, uno statuto costituzionale dell'emergenza? Esiste un principio fondamentale costituzionale quale fonte di legittimazione della normativa in deroga che sta reggendo, in questo delicato frangente storico, le sorti della nostra Repubblica?

## 2. La “filiera normativa” dell'emergenza: Kelsen?

Gli atti emergenziali di grado primario disciplinati dalla Costituzione repubblicana prevedono l'intervento della legge del Parlamento a monte (dichiarazione dello stato di guerra) o a valle (decreto-legge): per comprendere se la normazione prodotta a partire dalla dichiarazione dello stato di emergenza del 31 gennaio 2020 abbia un fondamento di legittimità può rivelarsi utile rispolverare la collaudata teoria kelseniana del “*fondamento giuridico dell'unità della concatenazione produttiva*”<sup>21</sup> che individua nella catena normativa che lega la fonte di grado inferiore a quella di grado superiore (e che a ritroso individua il principio di giustificazione nel

<sup>18</sup>A. GUAZZAROTTI, *Il rigore della Consulta sulla decretazione d'urgenza: una camicia di forza per la politica?*, in *forumcostituzionale.it*, 2007, pp. 1ss.; L. FASCIO, *La sentenza della Corte costituzionale, 23 maggio 2007, n. 171: una pronuncia realmente innovativa?*, in *Amministrazione in cammino*, 3 settembre 2007.

<sup>19</sup>G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in <https://www.unicost.eu/covid-19-e-costituzione/>, 10 aprile 2020, p. 3.

<sup>20</sup>M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber Amicorum*, consultaonline, 11 aprile 2020, p. 25.

<sup>21</sup>H. KELSEN, *Reine Rechtslehre* (1934), traduzione italiana *Le dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1961, p.81.

principio-base costituzionale) la fonte di legittimazione dell'ordinamento giuridico.

La “concatenazione produttiva”, posta in essere dal potere esecutivo, è stata la seguente: 1) deliberazione normativa del Consiglio dei ministri; 2) decreti-legge; 3) DDPCM/ordinanze.

La prima questione da verificare è quale sia il fondamento giustificativo della deliberazione dello stato di emergenza e se, pertanto, il decreto legge sia lo strumento corretto per adottare i provvedimenti necessari e urgenti in situazione di crisi sanitaria; in secondo luogo occorre chiedersi se è possibile che lo stesso decreto legge attribuisca una delega in bianco alla normazione secondaria, legittimando un DPCM, sottratto tanto all'emanazione del Presidente della Repubblica quanto al controllo della Corte costituzionale, ad adottare misure di limitazione di diritti e libertà fondamentali.

La nostra Costituzione non contiene la disciplina “tipizzata” dello stato di emergenza, come avviene ad esempio in Spagna<sup>22</sup> o in Francia<sup>23</sup>, ma uno statuto costituzionale dell'emergenza implicito fondato su principi fondamentali che letti insieme riassumono il fondamento della *salus Rei publicae*: l'inviolabilità territoriale della Repubblica (art. 5); il ripudio della guerra come strumento di offesa (art. 11 Cost.), i principi costituzionali che tutelano la salute pubblica e la pubblica sicurezza (16, 17 e 32 Cost.), le fonti sulla produzione dell'emergenza (art. 77 e 120 Cost.).

Questo dal punto di vista sostanziale, mentre dal punto di vista procedurale il quadro costituzionale non offre come strumenti governativi dell'emergenza atti alternativi al decreto-legge per gli espliciti presupposti di necessità e urgenza e pertanto la fonte di legittimazione dei provvedimenti amministrativi monocratici (DPCM/ordinanze) va individuata nella legge, ossia nel Codice della protezione civile: senonché l'art. 25, comma 1 cpv. e comma 2 lett a), del citato codice

---

<sup>22</sup>La Costituzione spagnola del 1978 contiene una disciplina dettagliata degli stati costituzionali di eccezione: art. 116 (stati di allarme, di eccezione e di assedio), art. 55 (casi in cui è possibile sospendere i diritti fondamentali) e art. 117 commi 5 e 6 (divieto di tribunali eccezionali e competenza del tribunale militare durante gli stati di eccezione e di assedio). Il Governo può, a norma dell'art. 155, adottare le misure necessarie nel caso in cui una Comunità autonoma non adempia agli obblighi imposti dalla Costituzione o agisca in modo che attenti gravemente all'interesse generale della Spagna e tale misura è stata attivata nei confronti delle istanze secessioniste della Catalogna. Con riferimento alla gestione dello stato di emergenza da coronavirus, V. ALVAREZ GARCÍA, *El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria*, in *El Cronista*, n. 86-87, Marzo-Abril 2020, pp. 6 ss.

<sup>23</sup>L'art. 16 della Costituzione prevede che il Presidente della Repubblica abbia la possibilità di concentrare i poteri legislativi, regolamentari e amministrativi in condizioni eccezionali (“*le istituzioni della Repubblica, l'indipendenza della nazione l'integrità del territorio o l'esecuzione degli impegni internazionali sono minacciati in maniera grave e immediata*” e “*il regolare funzionamento dei poteri pubblici costituzionali è interrotto*”), divenendo, come afferma la stessa dottrina, un *dictator* nell'accezione romana del termine (J. RIVERO, J. WALINE, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2004, p. 274). L'art. 16 è stato utilizzato una sola volta, dal 23 aprile 1961 al 29 settembre 1961, in occasione del tentato colpo di stato ad Algeri.

prevede che le ordinanze, ove rechino deroghe alle leggi vigenti, devono contenere l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare e devono essere specificamente motivate nonché organizzare ed effettuare gli interventi di soccorso e di assistenza alla popolazione interessata dall'evento.

Esistono pertanto due filiere normative dell'emergenza, entrambe aventi come fonte di legittimazione la Costituzione, ma che si diversificano nella concatenazione produttiva in relazione all'oggetto della misura. Il primo è dato dalla catena normativa “Costituzione, codice della protezione civile, dichiarazione dello stato di emergenza, DPCM/ordinanze anche integrative”: in questo ambito, i DPCM sono legittimati a adottare tutte le misure di soccorso e assistenza alla popolazione e devono essere espressamente motivati (art. 25, comma 2 lett a) del codice protezione civile).

Il secondo flusso normativo concerne, invece, la limitazione dei diritti fondamentali in caso di emergenza ed è dato dalla catena normativa “Costituzione, legge/decreto legge, (ed eventualmente) DPCM/ordinanze meramente esecutivi”.

Questi due percorsi normativi sono stati fusi insieme in un'unica filiera di disposizioni, generando non poche anomalie, soprattutto in quanto atti produttivi di limitazioni in materia libertà fondamentali: l'interposizione tra la dichiarazione dello stato di emergenza e le ordinanze di necessità (DPCM/ordinanze) del decreto legge, in quanto atto avente forza di legge e dunque atto del potere esecutivo ad essa equiparato e necessario a porre limitazioni costituzionalmente legittime alle libertà costituzionali, ha fatto sì che l'atto avente forza di legge divenisse fonte di giustificazione degli atti monocratici introducendo dei limiti all'esercizio delle ordinanze del potere esecutivo ulteriori rispetto a quelli contenuti nel codice della protezione civile, che concerne il regime generale delle situazioni derivanti da calamità naturali che prescinde dalla limitazione delle libertà fondamentali, ragione per cui, dovendosi invero procedere all'adozione di misure fortemente limitative di libertà fondamentali coperte da riserva (rinforzata) di legge, l'unico strumento costituzionalmente idoneo è apparso sin da subito la legge (o l'atto alla stessa equiparato).

Le fasi concitate di avvio del processo normativo di urgenza innescato dalla dichiarazione governativa dello stato di emergenza sanitaria del 31 gennaio 2020 (adottata sulla base della dichiarazione di rischio pandemia dell'OMS del 30 gennaio 2020, secondo quanto prescrive il codice della protezione civile), ha prodotto una proliferazione e sovrapposizione, per certi aspetti anomala, di atti amministrativi di grado secondario, non sempre rispettosi del principio di legalità,

inteso quale principio sostanziale e formal-procedurale di garanzia dei diritti, sicché attraverso la legge, che si pronuncia in prima battuta in quanto dotata di legittimazione democratica<sup>24</sup>, si rispetti il criterio gerarchico ordinatore delle fonti del diritto ed il principio della sovranità popolare, che ha la sua massima espressione nella volontà democratica che si forma nel Parlamento<sup>25</sup>: in tale senso va letto il principio di legalità formale che individua il fondamento della potestà normativa secondaria nell'espressa attribuzione di competenza con legge (C. Cost. n. 79/1970). Pertanto, l'osservanza della Costituzione vigente avrebbe richiesto un sistematico uso dello strumento del decreto-legge in materia di sospensione delle libertà fondamentali coperte da riserva rinforzata di legge (ex artt. 16, 17, 32 Cost.), senza cedere alla tentazione della degradazione amministrativa a carattere normativo delle misure restrittive.

E a questo riguardo, indicativa è la definizione da parte della Corte costituzionale delle condizioni contenute nell'art. 16 della Costituzione, a proposito dei limiti alla libertà di circolazione: *“Resta da considerare l'art. 16 della Costituzione: “Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza. Nessuna restrizione può essere determinata da ragioni politiche”. In alcuni commenti dell'art. 16 si è rilevata la frase “limitazioni che la legge pone in via generale”, affacciando il dubbio che le limitazioni debbano riferirsi a situazioni di carattere generale, quali epidemie, pubbliche calamità e simili. Tale interpretazione, che pure era affiorata durante i lavori dell'Assemblea costituente, è infondata e fu perciò respinta; la frase deve intendersi nel senso che la legge debba essere applicabile alla generalità dei cittadini, non a singole categorie”*<sup>26</sup>. Questa lettura della Corte aprirebbe la riflessione in merito all'incostituzionalità di quelle disposizioni del d.l. n. 19 del 2020 sul regime moratorio introdotto dall'art. 3, comma 1, che stabilisce che *“Nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2, comma 1, e con efficacia limitata fino a tale*

<sup>24</sup>L. CARLASSARE, *Regolamento (dir. Cost.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX, Milano, 1988, 622

<sup>25</sup>Sul principio di legalità si vedano i classici S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXIII, Milano, 1973, 662; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1991, 346; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1984, 58; R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Digesto Pubblico*, IX, Torino, 1998, 85; e più di recente, F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, Torino, Giappichelli, 2001, 9; L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia Giuridica*, XVIII, Roma, 1990, 1. ; G. U. RESCIGNO, *Qualità della legislazione e principio di legalità*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2000, 158; P. STANCATI, *Legalità (principio di)*, in *Il Diritto – Enciclopedia Giuridica del Sole 24 Ore*, VIII, Milano, 2007, 688.

<sup>26</sup>Corte Cost., Sent. 23 giugno 1956, n.2.

*momento, le regioni, in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso, possono introdurre misure ulteriormente restrittive”, in difetto di una norma di legge preventiva e che potrebbero causare la violazione del principio di eguaglianza, declinato nel senso della proporzionalità tra mezzi e fini, che discende dal carattere generale della legge e dal rispetto dei vincoli costituzionali. E questo perché occorre sempre una “disposizione legislativa: la quale, in apposita considerazione della materia, che volta a volta esige l'intervento degli organi centrali, vincoli e diriga la scelta del Governo, prima che questo possa, dal canto suo, indirizzare e coordinare lo svolgimento di poteri di autonomia. La fonte legislativa deve operare - si è detto nella pronunzia testé richiamata, e va ora ribadito - in guisa che si abbia "preventiva certezza delle competenze amministrative”<sup>27</sup>.*

Possiamo, pertanto, affermare che letti insieme, gli articoli 16, 17, 32 e 77 impongano uno statuto minimo dell'emergenza costituzionale in caso di crisi sanitaria nazionale, che stabilisce la centralità della funzione legislativa: la riserva rinforzata di legge prevista dalla Costituzione per stabilire limiti alla libertà di circolazione e di riunione e la riserva di legge che impone trattamenti sanitari obbligatori individuano nella legge, o in caso di urgenza, nell'atto avente forza di legge la fonte della compressione di tali libertà.

Così argomentando, non si vuole disconoscere il potere del governo di assegnare con decreto-legge, l'adozione con DPCM o con ordinanze regionali di misure attuative delle limitazioni delle libertà, ma che le stesse non potessero essere oggetto di quell'estensione oggettuale che ha trasformato tali strumenti da attuativi in innovativi.

L'art. 15, comma 3, della legge n. 400/1988 stabilisce che “*I decreti [legge] devono contenere misure di immediata applicazione e il loro contenuto deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo*”. Sul requisito dell'omogeneità del decreto-legge va precisato che la giurisprudenza costituzionale individua tale requisito tanto nell'omogeneità dell'oggetto quanto nell'omogeneità dello scopo: “*la semplice immissione di una disposizione nel corpo di un decreto legge non vale a trasmettere, per ciò solo, alla stessa il carattere dell'urgenza proprio delle altre disposizioni, legate tra loro dalla comunanza di oggetto o di finalità*”<sup>28</sup>. In tal senso, difetterebbe del requisito dell'omogeneità per mancanza del requisito dell'urgenza l'art. 4, comma 6, del d.l.

<sup>27</sup>Corte costituzionale sent. n. 159/1982.

<sup>28</sup> Corte costituzionale sent. n. 22/2012.

19/2020 che dispone la depenalizzazione dell'illecito previsto per l'inosservanza dell'obbligo di isolamento sociale stabilendo una sanzione amministrativa di carattere pecuniario in luogo della sanzione dell'arresto o dell'ammenda di cui all'art. 650 c.p. e trasformando l'illecito penale in illecito amministrativo che, comportando una fattispecie più favorevole al reo, non integra il requisito dell'urgenza, che avrebbe trovato giustificazione nell'inasprimento della sanzione a causa dell'emergenza sanitaria<sup>29</sup>.

La giurisprudenza costituzionale ha da tempo precisato che la riserva di legge contenuta nell'art. 16 Cost. è una riserva di legge relativa<sup>30</sup> e che pertanto il decreto-legge può demandare l'esecuzione ad atti amministrativi, nella specie il DPCM inteso quale ordinanza di necessità, purché esso si configuri come atto strettamente esecutivo in quanto operante in una materia coperta da riserva di legge rinforzata, e pertanto non innovativo rispetto al decreto legge e a carattere provvisorio, poiché ex art. 15 l. 400/1988 il decreto-legge deve essere immediatamente applicabile e tale disposizione *“pur non avendo in sé e per sé, rango costituzionale, e non potendo quindi assurgere a parametro di legittimità costituzionale [...] costituisce esplicitazione della ratio implicita nel secondo comma dell'art. 77 Cost., il quale impone il collegamento dell'intero decreto-legge al caso straordinario di necessità e urgenza, che ha indotto il Governo ad avvalersi dell'eccezionale potere di esercitare la funzione legislativa senza previa delegazione da parte del Parlamento”*<sup>31</sup>. Questo perché, come si è più volte ribadito, nella filiera normativa dell'emergenza, tra la Costituzione e il codice della protezione civile vi è stata l'interposizione della fonte di primo grado (decreto-legge) che deve circoscrivere l'ambito materiale e di operatività della fonte di secondo grado (DPCM).

Il decreto legge pertanto si configura come atto idoneo a regolare l'emergenza sanitaria nel rispetto della riserva di legge a tutela delle libertà fondamentali a condizione che sia a contenuto specifico, immediatamente applicativo, a carattere provvisorio e che tali caratteristiche, in particolar modo quella della temporaneità, si estendano anche ai DPCM che hanno nel decreto legge la fonte di legittimazione, altrimenti per il tramite dei DPCM si opererebbe un'elusione degli stessi: in questo senso va letto il termine decadenziale previsto nell'art. 77 della Costituzione, *“come un limite*

---

<sup>29</sup>Sul diritto penale intertemporale ed emergenziale, M.G. CILARDI, *Riflessioni sul regime intertemporale del trattamento sanzionatorio per violazione delle misure anti COVID-19*, in *Cammino Diritto* ([www.camminodorotto.it](http://www.camminodorotto.it)), 6 aprile 2020.

<sup>30</sup>Corte costituzionale sent. n. 68/1964.

<sup>31</sup> Corte costituzionale, sent. 22/2012.

*insuperabile, che - proprio ai fini del rispetto del criterio di attribuzione della competenza legislativa ordinaria alle Camere - non può essere né violato né indirettamente aggirato*<sup>32</sup>. Dunque, il DPCM autorizzato dal decreto-legge deve seguire le sorti di validità ed efficacia del decreto-legge che costituisce la sua fonte di giustificazione nella catena normativa. Diversamente argomentando, attribuiremmo al DPCM effetti indipendenti dalla fonte di legittimazione, trasformandolo implicitamente da fonte secondaria in fonte primaria dell'emergenza.

La condizione che ha orientato l'intera catena normativa innescata dall'emergenza va ravvisata nell'esigenza di garantire il rispetto della riserva di legge prevista dalla Costituzione a tutela delle libertà fondamentali: l'adozione del d.l. n. 6 del 2020 non è un atto legislativo previsto dalla filiera normativa emergenziale disciplinata dal codice della protezione civile, il quale si limita a prevedere solo DPCM e ordinanze (ministeriali, regionali e sindacali) come strumenti procedurali per adottare le misure necessarie a governare lo stato di crisi. L'interposizione del decreto-legge quale fonte di legittimazione dei provvedimenti emergenziali ha prodotto, pertanto, un ampliamento del parametro di legittimità dei provvedimenti monocratici di crisi incidenti sulle libertà costituzionali.

A tale riguardo, va però precisato che non può non prendersi in considerazione che esiste un'evidente differenza tra eventi catastrofici. A differenza di fatti puntuali come un'alluvione, i fatti che si sviluppano progressivamente, come le pandemie dall'evoluzione incerta, giustificano la concatenazione dei decreti legge (il primo dei quali già convertito in legge) formalmente autonomi ma sostanzialmente collegati all'evento straordinario e a fattispecie progressiva che si dilata temporalmente oltre il termine decadenziale di 60 gg, e la gradazione delle misure in relazione andamento pandemico senza trasformare la straordinarietà in ordinarietà: la Corte costituzionale ha difatti escluso questa possibilità solo qualora mancasse il presupposto dello stato di necessità, che si traduce in un vizio di legittimità costituzionale e in un vizio *in procedendo* della legge di conversione alla quale non si potrebbe attribuire un effetto sanante, in quanto se *“nella disciplina costituzionale che regola l'emanaione di norme primarie (leggi e atti aventi efficacia di legge) viene in primo piano il rapporto tra gli organi – sicché potrebbe ritenersi che, una volta intervenuto l'avallo del Parlamento con la conversione del decreto, non restino margini per ulteriori controlli – non si può trascurare di rilevare che la suddetta disciplina è anche funzionale alla tutela dei diritti e caratterizza la configurazione del sistema costituzionale nel suo complesso. Affermare che la*

---

<sup>32</sup>Corte costituzionale, sent. n. 360/1996.

*legge di conversione sana in ogni caso i vizi del decreto significherebbe attribuire in concreto al legislatore ordinario il potere di alterare il riparto costituzionale delle competenze del Parlamento e del Governo quanto alla produzione delle fonti primarie. Inoltre, se si ha riguardo al fatto che in una Repubblica parlamentare, quale quella italiana, il Governo deve godere della fiducia delle Camere e se si considera che il decreto-legge comporta una sua particolare assunzione di responsabilità, si deve concludere che le disposizioni della legge di conversione in quanto tali [...] non possono essere valutate, sotto il profilo della legittimità costituzionale, autonomamente da quelle del decreto stesso”<sup>33</sup>.*

Cerchiamo adesso di capire se questi principi regolatori della filiera normativa dell'emergenza siano stati rispettati dai provvedimenti adottati in regime di crisi sanitaria.

### **3. La concatenazione produttiva dell'emergenza COVID-19**

Il lasso di tempo di cui ci occuperemo è quello che va dalla dichiarazione di emergenza sanitaria, ossia il 31 gennaio 2020, al dl. n. 19 del 25 marzo 2020 per il carattere fortemente limitativo delle libertà fondamentali, come mai accaduto prima nella storia della nostra Repubblica.

Gli atti del governo, intervallati da ordinanze regionali e sindacali, tra le quali spicca la libertà di circolazione, per i limiti imposti alla possibilità di uscire dalle proprie abitazioni se non per comprovati motivi di lavoro, di sussistenza e di necessità, e sui quali si soffermerà la nostra attenzione, sono:

- d.l. n. 6 del 23 febbraio 2020;
- DPCM del 1 marzo 2020;
- DPCM dell'8 marzo 2020;
- DPCM del 9 marzo 2020;
- DPCM del 22 marzo 2020;
- d.l. n. 19 del 25 marzo 2020.

La confusione normativa è stata alimentata anche dalla tecnica normativa utilizzata, ossia quella di procedere *step by step*, che ha innescato una stratificazione e moltiplicazioni di fonti del diritto e

---

<sup>33</sup> Corte costituzionale, sent. n. 171/2007, che cita sent. n.29 del 1995.

che ha determinato una progressiva e sempre più intensa limitazione delle libertà fondamentali, soprattutto ingenerando nella popolazione uno stato di attesa permanente, e di forte prostrazione psicologica alimentata anche dalle conferenze stampa del Presidente del Consiglio dei Ministri che, al di fuori di qualunque prassi costituzionale e mostrando scarsa lungimiranza nella gestione dell'emergenza sanitaria, ha sovente anticipato i contenuti dei provvedimenti prima della loro entrata in vigore, circostanza che agli inizi di marzo ha prodotto il famoso esodo dal Nord al Sud dell'Italia, con il rischio di propagazione del contagio.

Il Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020 ha adottato la deliberazione con la quale ha disposto per sei mesi, ossia fino al 31 luglio, lo stato di emergenza costituzionale da Covid-19: la fonte di riferimento è il d. lgs n. 1/2018 (codice della protezione civile), per espressa ammissione della stessa deliberazione governativa (art. 1), in particolare l'art. 7, comma 1 lett. c), l'art. 24, comma 1 e l'art. 25, comma 2 lett. a) e b). A queste si sono aggiunte, a causa dello scoppio dell'epidemia, quelle relative al Servizio sanitario nazionale previste dalla sua legge istitutiva (l. n. 833 del 1978, art. 32).

L'art. 7 del d.lgs. n. 1 del 2018 disciplina i poteri della protezione civile in caso di calamità naturale, tra le quali rientrano anche le pandemie come calamità naturali di carattere biologico, per attivare il presupposto giuridico per l'operatività della protezione civile (la dichiarazione dello stato di emergenza); mentre gli artt. 24 e 25 fissano i limiti temporali dell'emergenza, che non possono eccedere i 24 mesi, le conseguenze e le caratteristiche delle ordinanze di protezione civile, tra le quali rientra il DPCM.

La dichiarazione di emergenza nazionale deve rispettare i presupposti contenuti nell'art. 7, comma 1 e 24 comma 1 del Codice della protezione civile, la cui sussistenza può essere accertata in sede di ricorso al giudice amministrativo, in quanto “se ci sono paradigmi normativi che devono essere rispettati il controllo del giudice non può difettare”<sup>34</sup>. Diversamente si accetterebbe l'esistenza di zone franche dell'ordinamento giuridico.

I presupposti richiamati sono:

- 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

---

<sup>34</sup> M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto ...*, cit., p. 7.

predefiniti periodi di tempo (art. 7);

- al verificarsi di tali eventi e a seguito della valutazione del Dipartimento della protezione civile sulla base dei dati e delle informazioni disponibili e in raccordo con le Regioni e Province autonome interessate ovvero nella loro imminenza, il Consiglio dei ministri, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, formulata anche su richiesta del Presidente della Regione o Provincia autonoma interessata e comunque acquisitane l'intesa, delibera lo stato d'emergenza di rilievo nazionale, fissandone la durata e determinandone l'estensione territoriale determinando altresì le prime risorse finanziarie (art. 24).

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, 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?

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.

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>35</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>36</sup>: il mancato rispetto di tali condizioni determinerebbe l'illegittimità costituzionale dei provvedimenti<sup>37</sup>, e considerato che i DPCM possono essere prorogati di 30 gg in 30 gg sino al 31 luglio, 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 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>38</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 sia 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>39</sup>. Ad avviso di chi scrive, la disposizione della quarantena, difettando del requisito della coazione fisica<sup>40</sup>, risponderebbe più alla logica di un trattamento sanitario obbligatorio ex art. 32, II co. Cost., che implica un complesso di misure volte a salvaguardare la salute collettiva, presupponendo la doverosità sociale del trattamento sanitario individuale coattivo. La qualificazione giuridico-costituzionale dei TSO risente della polisemanticità del diritto alla salute

---

<sup>35</sup>Corte costituzionale, sent. n. 8/1956 e n. 26/1961.

<sup>36</sup>Corte costituzionale sent. n. 127/1995.

<sup>37</sup>G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 2010, p. 257.

<sup>38</sup>G. AZZARITI, *I pieni e solitari poteri del capo del governo “extraordinem”*, in *Libertà e Giustizia*, sez. *Politica*, 21 marzo 2020;

<sup>39</sup>L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in *Federalismi.it*, 31 marzo 2020, pp. 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, p. 3. Contra M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto...*, cit., pp. 14-15

<sup>40</sup>In tal senso A.A. NEGRONI, *Sul concetto di “trattamento sanitario obbligatorio”*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, p. 7

individuato dalla giurisprudenza costituzionale come *“il dovere dell’individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, in osservanza del principio generale che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell’eguale protezione del coesistente diritto degli altri”*<sup>41</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. 260/2020 del 7 aprile 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 agosto 2000 n. 267 ed ex art. 2, comma 3, lett. p) della legge 23 agosto 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 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. (v. anche Cons. Stato, sez. I, n. 1472/2003), come si evidenzia nella richiamata decisione, storica ma sempre attuale sentenza della Corte costituzionale n. 23 del 1959 secondo cui *“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*

---

<sup>41</sup> Corte cost., sent. n. 258 del 1994.

*istituzionale è ordinato in modo da non contrastare col carattere unitario dello Stato*". Inutile rilevare che detto provvedimenti 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 decreti-legge n. 6 e n. 19 del 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>42</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. 303/2003).

Dal punto di vista politico-istituzionale, pertanto, uno degli effetti della pandemia più percepiti da parte dell'opinione pubblica e fortemente criticata dalla dottrina costituzionalistica<sup>43</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 offerta dai decreti-legge. Da una parte, i primi DDPCM adottati in attuazione del d.l., n. 6 del 2020 hanno progressivamente esteso le misure emergenziali

<sup>42</sup> L. CUOCOLO, I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana, in *Federalismi.it*, 31 marzo 2020 pp. 31 ss.

<sup>43</sup>G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit.

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. 6/2020 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 legge n. 400/1988 ed eludendo così la riserva di legge posta a livello costituzionale.

Da ultimo non può non essere stigmatizzato il procedimento *sui generis* e al di fuori delle riserve di legge costituzionalmente previste a difesa delle libertà fondamentali seguito per deliberare e mettere in atto la procedura di *contact tracing*, ossia la *App Immuni*, per tracciare i nostri spostamenti e in caso di contagio risalire alle persone con cui siamo entrati in contatto: il Governo ha proceduto in totale autonomia dal Parlamento, con una *call* lanciata da tre ministri, una selezione di un'impresa privata ad opera del Commissario straordinario Arcuri, l'avallo della Comitato dei tecnici (la “nuova” terza camera di burocrati) e infine un contratto stipulato a titolo gratuito tra il Commissario Straordinario e l'impresa prescelta al di fuori di qualunque procedura di evidenza pubblica e senza la necessaria copertura legislativa a tutela del diritto alla privacy, che avrebbe dovuto indicare con precisione le modalità di raccolta, di conservazione, di utilizzo e di cancellazione dei dati personali sensibili (che potrebbero costituire proprio il profitto dell'impresa, un profitto immateriale ma immenso)<sup>44</sup>. Senza considerare che la stessa utilizzazione della *App* sconterà la disegualianza infrastrutturale delle reti informatiche sul territorio nazionale, producendo una discriminazione tra i cittadini (cd. *Digital divided*). Anche qui il procedimento adottato non trova un'adeguata copertura di norma primaria nell'art. 14 del d.l. n. 14/2020, che si richiama, quanto ai soggetti incaricati di attuare le misure, al decreto-legge n. 6/2020, abrogato dal dl. 19/2020.

Per ricondurre ad unità la stratificazione normativa emergenziale, il Governo ha tentato fare chiarezza sul piano dei contenuti, se non altro per rendere intellegibili ai cittadini il contenuto dei propri obblighi: la soluzione adottata dal Governo desta tuttavia molte perplessità. L'art. 5 d.l. n. 19 del 25 marzo 2020 ha abrogato espressamente il d.l. n. 6/2020, già convertito con la legge 5

---

<sup>44</sup> G. DE MINICO, *La App Immuni e la democrazia*, ne *Il Sole 24ore*, 22 aprile 2020.

marzo 2020 n. 13, rendendo tuttavia salvi “*gli effetti prodotti e gli atti adottati sulla base dei decreti e delle ordinanze emanati ai sensi del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, ovvero ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833. Continuano ad applicarsi nei termini originariamente previsti le misure già adottate con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri deliberati in data 8 marzo 2020, 9 marzo 2020, 11 marzo 2020 e 22 marzo 2020 per come ancora vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto. Le altre misure, ancora vigenti alla stessa data continuano ad applicarsi nel limite di ulteriori dieci giorni*” (art. 2, comma 3). Al fine di porre rimedio ad una disciplina carente in merito alla specificazione contenutistica dei DPCM, la clausola autorizzativa di carattere generale contenuta nell'art. 2 del d.l. n. 6/2020 scompare dal nuovo decreto legge 19/2020, che diventerebbe il nuovo fondamento giuridico più ampio dei DPCM del 1, 8, 9 e 22 marzo, la cui portata precettiva, precisata da successive ordinanze del Ministero della Salute di concerto con il Ministero dell'Interno, ha destato alcune perplessità in dottrina<sup>45</sup>, soprattutto considerato che il principio di legalità presuppone che la norma abilitante preceda quella abilitata e che il nesso tra la situazione emergenziale e le misure adottate deve essere rigorosamente individuato in modo che possa essere rispettato il criterio di proporzionalità e adeguatezza a superare l'emergenza<sup>46</sup> e a ripristinare la normalità sociale e costituzionale. Il che presuppone un'esatta cognizione dei dati fedeli dell'andamento del virus (numero di contagiati, numero dei positivi asintomatici, numero dei guariti, numero dei decessi, concentrazione territoriale, ecc.). Dati certi, di cui non disponiamo o di cui disponiamo solo parzialmente<sup>47</sup>. Il che genera il paradosso dell'astratta normalizzazione, che sarà decisa dai comitati tecnici “a tavolino”, aprendo la fase due, indipendentemente dall'effettivo andamento pandemico.

#### **4. La democrazia “elettronica” come supporto alla democrazia “fisica”**

In questo clima da “guerra virologica”, si assiste a un Parlamento che delibera a ranghi e tempi

---

<sup>45</sup> G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *federalismi.it – Paper – Osservatorio Emergenza Covid-19*, 2020, p. 5.

<sup>46</sup> Corte costituzionale, sent. 127/1995.

<sup>47</sup> A questo riguardo parla di “federalizzazione” del virus, commentando l'insensatezza di alcuni dati sulla mortalità F. PALLANTE, *L'emergenza solo a misura della democrazia*, in *Libertà e Giustizia*, 27 marzo 2020, p. 2.

ridotti, a seguito del contagio di alcuni suoi componenti, per decisione dei Presidenti delle Camere, quasi a sanzionare, definitivamente, la “morte annunciata” del supremo organo rappresentativo: la decisione di limitare l'ingresso ai parlamentari per assicurare la distanza di sicurezza o di concentrare le sedute, rappresenta la rottura di quel principio di leale collaborazione tra Parlamento e Governo che la Costituzione richiede soprattutto nei momenti di crisi nazionale, quando le istituzioni sono poste sotto stress e la Costituzione impone dei percorsi deliberativi affinché si mantengano vivi e vitali i contrappesi costituzionali.

Prima di tutto, la questione ormai ineludibile è che il Parlamento deve recuperare il proprio ruolo centrale a presidio dei diritti e libertà costituzionali: il procedimento per decretazione d'urgenza richiede, infatti, che il Parlamento deliberi di volta in volta la legge di conversione e la crisi impone al Governo di riferire in Parlamento a cadenze determinate. E così accade che la Camera dei deputati deliberi alla presenza del solo numero legale, per assicurare la distanza di sicurezza tra i deputati, non potendosi ricorrere alla conversione in sede decentrata, poiché il decreto-legge si pone nella stessa logica della delegazione legislativa ossia di eccezione alla regola del titolare della funzione legislativa. Con l'aggravante, se vogliamo, che si tratta di un'eccezione di tipo straordinario e dunque sottoposta a particolari e stringenti condizioni tra cui la legge di conversione a valle e l'assunzione di responsabilità politica del Governo. Proprio per questo, infatti, il divieto previsto dall'art. 72.3 è stato esteso dai regolamenti parlamentari anche ai disegni di legge di conversione (96 bis reg. Camera, in modo implicito, e 35 reg. Sen., in modo esplicito) che richiedono l'approvazione in aula: il Parlamento è il titolare della potestà legislativa e il Governo può intervenire o su espressa legge delega o per motivi di necessità e urgenza e per tempi determinati. *Tertium non datur.*

La scelta di contingentare la presenza durante la discussione e i tempi della deliberazione senza consentire il ricorso in via eccezionale a forme telematiche di partecipazione ai lavori parlamentari si pone inoltre in contraddizione con la scelta del Governo di stabilire nell'art. 73 decreto legge n. 18 del 17 marzo 2020 per tutti gli organi collegiali, ivi comprese le assemblee elettive territoriali, la possibilità di deliberare e di votare attraverso videoconferenze, utilizzando l'innovazione tecnologica a servizio della democrazia.

Sul punto la dottrina costituzionalistica si sta ampiamente confrontando: da una parte, vi sono

coloro che ritengono<sup>48</sup> che la presenza fisica sia necessaria per deliberare essendo “la presenza” collegata al quorum strutturale, pertanto le riunioni possono avvenire alla presenza di un qualunque numero di parlamentari e che tale previsione si applichi solo alle commissioni in sede legislativa, ossia chiamate a svolgere la funzione deliberativa mentre le questioni relative alla verifica del numero legale e alla definizione delle modalità di deliberazione sono sempre state considerate dalla giurisprudenza costituzionale materie “*di esclusiva spettanza di ciascuna camera*”, come pure la disciplina dei comportamenti dei parlamentari che trovano “*nel diritto parlamentare la loro esaustiva qualificazione*”<sup>49</sup>; dall'altra vi è chi pone alla base della cornice costituzionale che disegna la procedura di deliberazione delle Camere la presenza reale e non virtuale, argomentando dall'interpretazione letterale dei termini “sedute”, “riunione” e “presenti” contenuti negli artt. 55, 61, 62, 63 e 64 Cost<sup>50</sup>.

Ad avviso di chi scrive, considerato che l'articolo 64 della Costituzione richiede in aula la presenza dei parlamentari, tale concetto ben può essere agevolmente reinterpretato come “presenza virtuale”, proprio alla luce dell'evoluzione giuridica e tecnologica: nel senso di aprire le aule parlamentari alla deliberazione collegiale telematica, sia nella fase dialettica (teleconferenze) sia nella fase più strettamente deliberativa (voto telematico). La riduzione del numero dei parlamentari in presenza fisica a causa del rischio di contagio è stata decisa sulla base un accordo politico tra il presidente della Camera dei deputati e i capigruppo che hanno convenuto un numero ridotto di presenze, salvaguardando il solo numero legale per la validità delle deliberazioni richiesto dall'art. 64 della Costituzione. Una scelta, questa, che riuscirebbe a preservare il principio democratico tanto nella sua dimensione partecipativa soprattutto durante la fase della discussione quanto sotto

---

<sup>48</sup>N. LUPO, *Perché non è l'art. 64 Cost. a impedire il voto “a distanza” dei parlamentari. E perché ammettere tale voto richiede una “re-ingegnerizzazione” dei procedimenti parlamentari*, in *Osservatori AIC*, 3/2020, 31 marzo 2020, pp. 1ss.; S. CURRERI, *L'attività parlamentare ai tempi del Covid-19: fiat iustitia et pereat mundus?*, in *Lacostituzione.info*, 11 marzo 2020; P. CARLOTTO, *Il voto elettronico nelle democrazie contemporanee*, Padova, Cleup, 2015. L'esigenza di introdurre il voto elettronico non è recente ma è stata oggetto di approfondimento dottrinario risalente: si vedano A. AGOSTA, F. LANCHESTER, A. SPREAFICO, *Elezioni e Automazione. Tutela della regolarità del voto e prospettive di innovazione tecnologica*, Milano, Franco Angeli, 1989; E. BETTINELLI, *La lunga marcia del voto elettronico in Italia*, in *Quaderni dell'Osservatorio elettorale della Regione Toscana*, n. 46, 2002, liberamente disponibile anche al link:

<https://www.regione.toscana.it/documents/10180/452241/lunga%20marcia%20-%20Q46/14f7eab7-beeb-4d1a-b2fa-4bd84b9fdf2a>; A. GRATTERI, *Il valore del voto. Nuove tecnologie e partecipazione elettorale*, Padova, Cedam, 2005.

<sup>49</sup>Corte costituzionale, sent. n. 78/1984 e n. 379/1996.

<sup>50</sup>R. DICKMANN, *Alcune questioni di costituzionalità in tema di voto parlamentare a distanza*, in *Federalismi.it*, 1 aprile 2020, p. 5.

il profilo della trasparenza nella scelta dei deputati ammessi, che non può essere rimessa all'esclusiva volontà dei capigruppo parlamentari. D'altra parte, nello stesso senso si sono orientate istituzioni parlamentari di antichissima tradizione come il Parlamento di Westminster e il Congresso americano, come pure il Parlamento europeo e la Corte costituzionale.

Senonché, il contingentamento nel numero e nelle sedute del Parlamento, in un momento in cui la gravità della crisi e l'eccezionalità del procedimento normativo, introdotto dalla deliberazione dello stato di emergenza, avrebbe richiesto un Parlamento insediato nel *plenum*, a presidio della nostra democrazia, stante la limitazione in atto dei diritti e delle libertà fondamentali: ci si chiede se il *vulnus* inferto dall'alterazione del principio della separazione dei poteri, come quella che si è realizzata attraverso la concentrazione della produzione normativa in atti amministrativi monocratici, possa essere sanato dal principio di effettività e non determinare l'illegittimità costituzionale dei risultati del suddetto processo di produzione normativa.

Si tratterebbe, in ogni caso, di procedimenti eccezionali, che suggeriscono in futuro una prudente normazione attraverso una oculata modifica dei Regolamenti parlamentari, che preservino, in casi futuri di necessità, il diritto di partecipazione e di deliberazione dei parlamentari in cui si sostanzia il principio della sovranità popolare (art. 1 Cost.): perché il Parlamento resti aperto, come in più di un'occasione è stato affermato dai Presidenti di Camera e Senato, ma non vuoto (come tristemente traspare dalle dirette televisive).

Possiamo dire che tutto ciò sia un effetto diretto della situazione emergenziale? In parte sì e in parte no.

Inutile sottolineare che il *vulnus* causato al nucleo duro della Costituzione attraverso l'adozione di atti amministrativi in grado di inasprire le misure limitative imposte con i decreti legge, non pare facilmente superabile esclusivamente sotto il profilo formale: e questo per la *communis opinio* per la quale, definendo la nostra forma di Stato, i diritti inviolabili contenuti nella prima parte della Costituzione non sono modificabili in quanto la loro modificazione attiverebbe un incontrollabile potere costituente<sup>51</sup>, e la loro compressione, nel bilanciamento di interessi tra loro confliggenti nell'eterno binomio libertà/sicurezza, richiede la legge (o atto a essa equiparato).

Da più di venticinque anni è in atto una progressiva presidenzializzazione della nostra forma di

---

<sup>51</sup>G. AZZARITI, *Revisione costituzionale e rapporto tra prima e seconda parte della Costituzione*, i *Nomos*, n. 1/2016, p. 3.

governo, avviata con le riforme elettorali a tendenza maggioritaria degli anni novanta, che di fatto ha trasformato la percezione dei rapporti tra gli organi costituzionali da parte della società civile, ribaltando la relazione tra Parlamento e Governo: è il Governo che viene ormai percepito dalla *communis opinio* come il legislatore per natura, determinando sul piano dell'apparenza giuridica un'inversione della posizione dei due attori istituzionali (Governo e Parlamento). Tale slittamento dalla forma di governo costituzionale 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<sup>52</sup>.

La pandemia ha semplicemente dato evidenza a una prassi (extra)costituzionale, che è passata in secondo piano, prevalendo lo sconcerto sociale che ha reso accettabili e accettate l'abbandono delle posizioni di principio: *“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>53</sup> e lo spirito di critica va tenuto alto.

Occorre, pertanto, restituire centralità al Parlamento rendendo esplicito lo statuto costituzionale dell'emergenza potenziando l'attivazione di meccanismi di bilanciamento e di garanzia, che appaiono quantomai opportuni, prendendo ad esempio quanto praticato in Francia<sup>54</sup>: questo obiettivo potrebbe essere realizzato attraverso una legge quadro dell'emergenza che disciplini forme di rafforzamento procedurale della tutela dei diritti costituzionali (prevedendo una riserva assoluta di legge per la limitazione degli stessi) e stabilisca le forme di coordinamento tra lo Stato e le

---

<sup>52</sup> A. DIGIOVINE, *Un modello di democrazia in linea con i tempi*, in A. Digiovine, A. Mastromarino (cur.), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Torino, Giappichelli, 2007, pp.1ss. Più di recente a conferma di tale evoluzione si veda V. Lippolis, N. Lupo (a cura di), *Il Parlamento dopo il referendum costituzionale*, in *Il Filangieri-Quaderni 205-2016*, 2017 e i contributi ivi raccolti.

<sup>53</sup>N. FERRARIS, *Responsabilità sociale e diritto al dissenso*, in [www.lincontro.news](http://www.lincontro.news)

<sup>54</sup>La legge n. 55-395 del 3 aprile 1955, modificato dal decreto del 15 aprile del 1960, disciplina lo stato di emergenza in modo uniforme allo stato di assedio, prevedendo la dichiarazione con decreto del Consiglio dei ministri per un periodo massimo di 12 giorni che può essere prorogato con deliberazione del Parlamento, e un successivo decreto del Consiglio dei ministri deve indicare il territorio e la durata della sua applicazione. La dichiarazione dello stato di emergenza prevede l'estensione dei poteri del ministro dell'interno e del prefetto, che possono limitare la libertà di circolazione in luoghi e orari precisi e possono determinare zone di protezione. La Francia è risorsa allo stato di emergenza in diverse circostanze (disordini urbani in Algeria nel 1955 e Nuova Caledonia nel 1985): proprio per evitare il rischio insito nella forte limitazione del principio di legalità, l'attivazione dello stato di emergenza la giurisprudenza amministrativa circoscrive il ricorso a tale istituto (P. Passaglia (a cura di), *Poteri emergenziali e deroghe al principio di legalità*, Dossier Corte costituzionale, marzo 2011, pp. 10-11).

Regioni nella gestione dell'emergenza, o ancora con una riforma del codice della protezione civile che preveda il coordinamento del Governo con il Parlamento nella gestione dell'emergenza, o ancora il parere preventivo di costituzionalità delle misure adottate, la cui necessità volta al ripristino della normalità costituzionale presuppone una valutazione di proporzionalità e adeguatezza, e infine con la riforma dei Regolamenti parlamentari che prevedano in caso di emergenza la possibilità di attivare una commissione parlamentare paritetica formata da un congruo numero di deputati e di senatori che sia *dominus* della graduale normazione dell'emergenza<sup>55</sup>. La valorizzazione delle virtualità multiple della forma di governo parlamentare, anche con un profondo ripensamento dei Regolamenti parlamentari, consentirebbe all'istituzione rappresentativa di uscire dall'isolamento e dall'ambiguità in cui è stata collocata dalla deriva maggioritaria di questi ultimi anni, per recuperare la propria identità e senza cedere alle lusinghe di facili revisioni costituzionali, alla spasmodica ricerca di quell'“erba del vicino” che una volta spiantata rischierebbe di seccare!

## 5. Conclusioni

Alla luce delle precedenti considerazioni è quantomai urgente interrogarsi su quale strada occorrerà intraprendere.

La pandemia ci ha svelato la fragilità delle nostre certezze giuridiche e ha messo a dura prova il rapporto tra cittadini e istituzioni: a fronte di un Presidente del Consiglio che attraverso i suoi atti si è eretto in motore della normazione emergenziale, si colloca un Parlamento, formalmente aperto, ma sostanzialmente indebolito nel suo ruolo, quasi che si metta in scena un'anticipazione di quello che potrebbe essere l'esito delle riforme in atto, ma rinviate a causa del Coronavirus.

Lo stato di crisi non può essere fonte che legittima tutto. Il Parlamento è la massima espressione del popolo sovrano (il Governo no, in quanto è espressione della maggioranza parlamentare, dunque di una parte del tutto) ed è impellente salvaguardare la centralità dell'organo espressivo della sovranità popolare, contro quelle spinte presidenzialiste estranee alla nostra cultura repubblicano-parlamentare.

---

<sup>55</sup>In senso ampiamente favorevole a riforme costituzionali di impianto, F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020 (7 aprile 2020), pp. 14-15.

In questa ottica, cruciale è l'appuntamento con la consultazione referendaria sulla riduzione del numero dei parlamentari, che unita agli altri progetti di revisione costituzionale e di riforma dell'assetto delle autonomie territoriali muterebbe il cuore della forma di Stato, trasformandolo da Stato unitario rappresentativo in Stato a tendenza federalista e a democrazia diretta. Ed è quello che si sta ponendo in essere con il pacchetto complessivo di riforme del Governo Conte bis: la riduzione del numero dei parlamentari è solo un primo passo del disegno di superamento dell'assetto della nostra democrazia costituzionale, in dispregio del risultato del referendum del 2016, con il quale il popolo italiano ha voluto preservare la Costituzione repubblicana. Ridurre il numero dei parlamentari in un contesto politico così fragile come quello attuale produrrà, pertanto, effetti irreversibili sugli equilibri istituzionali del nostro ordinamento costituzionale<sup>56</sup>.

Noi cittadini stiamo facendo il nostro dovere e combattiamo la nostra “guerra” rimanendo nelle nostre case. Ma mantenendo la guardia alta, perché è proprio nei momenti di crisi che si annida il rischio dell'invasione di campo di un potere sull'altro. La libertà di circolazione e le altre libertà possono essere sacrificate solo di fronte a beni supremi, come la salute pubblica. Ma con gli strumenti previsti dalla Costituzione. E se non si pone un freno agli sconfinamenti del Governo sul Parlamento, la pandemia ci lascerà in eredità una democrazia moribonda.

Il rischio di involuzioni autoritarie è insito nella pericolosa assuefazione all'abbandono delle forme costituzionali. E non ci si riferisce alle involuzioni formali, a un ipotetico ritorno del fascismo (sebbene la recente ricomparsa di fenomeni di antisemitismo e di razzismo sembra spostare indietro le lancette dell'orologio, a 80 anni fa!), ma a quelle cripto-involuzioni striscianti (e

---

<sup>56</sup> Sul piatto delle riforme costituzionali c'è: 1) la riduzione del numero dei parlamentari, che produrrà l'effetto di sotto-rappresentazione di intere aree del paese, in particolare delle aree marginali che non vedranno più rappresentati i propri interessi; e questo si pone in collegamento diretto con la riforma delle autonomie, che i partiti avranno più facilità di realizzare venendo meno la funzione di opposizione della rappresentanza delle aree più deboli; 2) l'autonomia differenziata, che così come congegnata renderà una parte del Paese definitivamente dipendente e lasciato al suo destino di sottosviluppo economico e infrastrutturale e che sarà amplificata dal taglio della rappresentanza; 3) la riforma del sistema elettorale che se non fungerà da contrappeso - attraverso la formula proporzionale puro - taglierà fuori dalla rappresentanza le forze politiche minoritarie; 4) la riforma sull'elezione diretta del capo dello stato avanzata dalle destre; 5) l'introduzione del cd. referendum legislativo approvativo, che confinerà il Parlamento nel ruolo di camera di registrazione di decreti-legge e di disegni di legge in modo molto ma molto più accentuato di quanto accada oggi e concentrando il centro della decisione politica nelle mani di due o tre leader di partito; 6) la proposta di revisione costituzionale n. 142 presentata il 23 marzo 2018 su iniziativa del deputato forzista Paolo Russo e che prevede l'introduzione dell'elezione diretta a suffragio universale del Presidente della Repubblica e della forma di governo semi-presidenziale, che segnerà il definitivo superamento della forma di democrazia parlamentare e garantista voluta dai Costituenti. Per una disamina degli effetti del taglio lineare dei parlamentari si consenta di rinviare a M. CALAMO SPECCHIA, *Il “taglio” dei parlamentari e il fine della “quality over quantity”: tanto rumore per nulla?*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna on line*, 1/2020, p. 22.

silenziose) che operano, nell'inconsapevolezza del cittadino comune, sul piano dello svuotamento del potere decisionale dell'istituzione rappresentativa e degli istituti di garanzia, che comprimono i diritti e le libertà fondamentali garantiti dalla Costituzione repubblicana e che si pongono in funzione servente di un sistema politico ed economico *global-directed*, che prescinde dalle caratteristiche giuridiche, economico-finanziarie e produttive dei singoli territori imponendo una forma di omologazione alla lunga non sostenibile proprio a causa delle diversità delle singole realtà statuali non superabili.

E significative, in questo particolare momento storico che deve indurre a una riflessione che travalichi gli steccati culturali che una certa indulgenza ideologica ha eretto a difesa di una visione *global-centred*, appaiono le riflessioni di un autore forse poco citato, (lo storico e filosofo, economista e antropologo ungherese Karl Polanyi<sup>57</sup>), che, pur nel rigido automatismo delle sue conclusioni in merito alla correlazione tra società di mercato e regimi autoritari, ha dimostrato l'insostenibilità sociale e il potenziale disgregativo e distruttivo delle teorie liberiste classiche, che ispirano oggi la gran parte delle politiche europee e che dimostrano la fallacia del governo del mercato e le conseguenze negative delle politiche economiche neo-liberiste sulla coesione della società civile, amplificate dalla globalizzazione dei mercati<sup>58</sup>.

La valorizzazione di simili argomentazioni rappresentano, in realtà, un ritorno alla nostra Costituzione repubblicana rivalutando alcune disposizioni costituzionali che sono state anestetizzate nella loro applicazione: la Costituzione sociale ed economica ci impone una formula di economia mista che, bilanciando iniziativa economica individuale e intervento pubblico nell'economia, riecheggia molte delle riflessioni storicamente contestualizzate che si ritrovano nell'opera di Polanyi e dei suoi epigoni.

---

<sup>57</sup>K. POLANYI, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, Torino, Einaudi, 2000. L'opera è stata pubblicata per la prima volta nel 1944.

<sup>58</sup>L'attualità della teoria di Karl Polanyi è stata negli ultimi riaffermata per mettere in evidenza i limiti intrinseci nell'anomalia della non neutralità della società di mercato, che al contrario rifiuta l'identificazione tra economia e mercato e accoglie una visione dell'economia *embedded*, vale a dire "in modalità integrata" attraverso la rivalutazione di forme di intervento pubblico nell'economia in funzione correttiva e redistribuiva delle logiche di mercato (F. BLOCK, *Karl Polanyi and the writing of the Great Transformation*, in *Theory and Society*, 2003, n. 32, pp. 275-306; in linea con una rivisitazione critica della logica capitalistica basata sull'economia di mercato M. ESTEVEZ-ABE, T. IVERSON, D. SOSKICE, *Social protection and the formation of skills: a reinterpretation of the welfare state*, in Hall and Soskice (eds.), *Varieties of capitalism*. Oxford, Oxford University Press, 2001, pp.146-183; J. DELWAIDE, *The return of State?*, in *European Review* (<https://www.cambridge.org/core/journals/european-review>), vol. 19, February 2011, pp. 69-91).

Occorre, dunque, tornare alla Costituzione, correggendo quello scollamento “*tra ciò che questa dice e ciò che gli interpreti le fanno dire*”<sup>59</sup> al solo fine di legittimare determinate opzioni politiche che in realtà si pongono al di fuori del solco costituzionalmente tracciato, degradando la prescrittività della Costituzione in mera descrittività<sup>60</sup> e affrancando l'azione della politica dal rispetto dei principi costituzionali in nome delle prassi, anche quando non è la Costituzione a suggerirle: pertanto la Costituzione viene configurata come “*limite dell'interpretazione e non come suo fondamento*” e mero “*strumento di legittimazione del reale*”, prescindendo da un elemento fondamentale, la storia<sup>61</sup>, che mai come oggi torna a essere la lente privilegiata attraverso cui leggere i fenomeni attuali, diversi per forme e contesti ma simili quanto ai contenuti.

E l'esigenza di tornare alle parole della Costituzione ci deve indurre a recuperare concetti che abbiamo da tempo relegato in una polverosa soffitta: solidarietà, redistribuzione economica, perequazione finanziaria dei territori, interventi pubblici nell'economia, che non sono parole vuote ma scritte a lettere di fuoco dai Padri Costituenti. E sono quelle stesse parole che i paesi fondatori scrissero dei trattati che hanno istituito la comunità europea, prima, e l'unione europea, poi, sintagmi che richiamano prepotentemente il principio di solidarietà ma che il rigore delle politiche neoliberiste di austerità a trazione tedesca e l'applicazione brutale dei meccanismi europei di stabilità finanziaria ha definitivamente cancellato dal vocabolario europeo, con questo mettendone in seria crisi la sopravvivenza se non si realizza in futuro un serio cambio di rotta<sup>62</sup>: la pervicace imposizione da parte dell'UE di un sistema economico sovranazionale a regolamentazione e a vincoli rigidi, che si fonda sulla separazione tra politiche finanziarie e monetarie saldamente guidata dall'Ue e politiche sociali governate dagli Stati in un quadro economico bloccato dal pareggio di bilancio e dalla disciplina uniforme del mercato che rende impossibile il ricorso a strumenti di intervento di tipo keynesiano in caso di crisi di sistema come quella appena vissuta e quella che ci accingiamo a vivere, ci ha consegnato un'Unione europea fragile e impreparata a gestire gli shock sistemici e che rischia la “*più straordinaria crisi di legittimazione mai raccontata*”

---

<sup>59</sup>I. DE CESARE, *Ritorno alla Costituzione: dall'integrazione valoriale alla centralità del testo. Una rilettura dell'interpretazione letterale*, in Rivista Gruppo di Pisa (www.gruppodipisa.it), n. 3/2017 (22 settembre 2017), p. 2.

<sup>60</sup>R. BIN, *Che cos'è la Costituzione*, in *Quad. Cost.*, 2007, pp. 11 ss.

<sup>61</sup>G. AZZARITI, *I Costituzionalisti al tempo di Babele*, in *Diritto Pubblico*, 2010, pp. 752 ss.

<sup>62</sup>C. DE FIORES, *L'illusione neoliberale e la costituzione senza custode*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, Special issue, 2015, pp. 203ss.

*in sociologia politica o in diritto costituzionale*<sup>63</sup>. Anche la recentissima sospensione del Patto di Stabilità per consentire l'indebitamento degli Stati necessari a fronteggiare la crisi Covid-19, decisione della Commissione europea con la quale viene annunciato una sorta di cambio di direzione dell'UE è intrinsecamente contraddetto dalla “*general escape clause*” che ammette un aumento del debito pubblico per eventi inconsueti e non controllabili dagli Stati membri, purché la sostenibilità di bilancio a medio termine non ne risulti compromessa e la deviazione dagli obiettivi di bilancio sia temporanea: il nocciolo resta sempre lo stesso, il cambiamento radicale della filosofia di fondo dell'UE mediante l'accoglimento del principio-base su cui si fondano tutte le comunità sociali e politiche, ossia la solidale redistribuzione delle risorse riconoscendo alla BCE il ruolo di prestatore di ultima istanza e di regolatore del mercato dei titoli di stato, che superi le trappole poste dagli egoismi dei singoli paesi membri e a liberi le comunità dalla speculazione dei mercati finanziari. Questo cambio di passo, necessario per rendere sostenibile quanto affermato dalla Commissione europea, a livello nazionale dovrà essere accompagnato dal recupero del “*controllo della politica sull'attività delle banche centrali, ovvero superare la loro indipendenza come presidio di una concezione tecnocratica del governo dell'economia, buona solo ad alimentare l'ortodossia neoliberale*”<sup>64</sup>: altrimenti, come ultima difesa, non ci resterà che rendere operativi quei controlimiti costituzionali insiti nella nostra Costituzione economica, *ab origine* incompatibile con la filosofia mercantilistica e ordoliberalista dell'UE<sup>65</sup>.

L'emergenza terminerà e ci troveremo, ancora storditi dai mesi di isolamento sociale e prostrati dalla nuova crisi economica, a dover affrontare scelte cruciali per il nostro futuro: e ci troveremo anche al cospetto di un'inversione di priorità, data l'incombenza del referendum sul taglio dei parlamentari<sup>66</sup> che inevitabilmente anticiperà e condizionerà le scelte politiche future, anche in materia di autonomia differenziata, per le connessioni evidenziate.

Solo l'organo rappresentativo delle istanze sociali e territoriali potrà arginare la pressione

---

<sup>63</sup>G. DI PLINIO, *La velocità delle costituzioni economiche tra passato e presente della UEM*, in A. Ciancio, *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai Trattati di Roma*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 207-208.

<sup>64</sup>A. SOMMA, *Il Coronavirus e la bufala dell'Europa che cambia*, in *micromega-online*, 31/03/2020, pp. 1-3.

<sup>65</sup>L. F. PACE, *Il principio dell'indipendenza della banca centrale e la stabilità dei prezzi come obiettivo della politica monetaria: quale influenza dell'ordoliberalismo in Germania e nell'Unione europea?*, in *Moneta e Credito*, 72(288), 2019, pp. 349ss.

<sup>66</sup>Per un'analisi dei differenti progetti di riforma presentati in prima battuta dal Governo Conte e riconfermati dal Governo Conte bis 1, E. DE MARCO, *Democrazia rappresentativa e democrazia diretta nei progetti di riforma del “Governo del cambiamento”*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2018, 10 dicembre 2018, p. 589 ss.

centrifuga innescata dai progetti di autonomia differenziata<sup>67</sup>, il cui effetto devastante è stato evidenziato e amplificato dalla pandemia sia sotto il profilo della tutela alla salute e della disegualianza del servizio sanitario nazionale, sia per quel che concerne la compressione del diritto allo studio considerando la sperequazione dei territori in merito alla informatizzazione delle scuole e all'accesso ad internet delle famiglie<sup>68</sup>.

C'è, dunque, un filo rosso che lega la riforma sul taglio dei Parlamentari a quella sulle autonomie differenziate: smantellare la Costituzione repubblicana che è molto scomoda per certi aspetti, perché solidale e redistributiva. Man mano che si allargheranno le circoscrizioni elettorali prenderanno sempre più corpo "territori elettorali" che saranno sganciati dalle regioni, che rispondono invece alla logica della valorizzazione delle identità culturali in una cornice unitaria.

Se i territori vengono accorpati tra di loro attraverso circoscrizioni che rompono i confini regionali è chiaro che quelle istanze territoriali difficilmente riusciranno ad arrivare in Parlamento. E prenderanno forza le istanze autonomiste del blocco di regioni che hanno avanzato le istanze di autonomia differenziata selettiva, competitiva e disgregante (Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna, cui si sono aggiunte anche Piemonte e Liguria, che insieme rappresentano una sorta di macro-regione settentrionale, centro motore della realtà economica e industriale del paese).

Pertanto, se il fine è quello di allontanare il Parlamento dai territori sia strutturalmente in un'ottica di semplificazione, attraverso la riduzione del numero dei parlamentari e la compressione della rappresentanza, sia funzionalmente, attraverso la sottrazione di materie affidate alla legislazione centrale dello Stato e l'affidamento alla competenza esclusiva del blocco di materie di competenza concorrente, occorre fermarsi e riflettere sul futuro della democrazia che vogliamo lasciare alle generazioni future.

E se appare, pertanto, doveroso mettere in discussione il processo di autonomia differenziata, le cui falle sono state evidenziate dall'emergenza Covid-19, imponendo, *in primis* per la materia sanitaria, una ri-centralizzazione delle funzioni (come già operato dalla giurisprudenza costituzionale degli ultimi quindici anni), inserendo la clausola di supremazia della legislazione dello Stato (come già previsto a livello amministrativo dall'art. 120, comma 2, della Costituzione) e

---

<sup>67</sup> Cfr. le riflessioni di S. PRISCO, F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *Federalismi.it*, n. 6/2020 (24 marzo 2020), pp. 6ss.

<sup>68</sup> In questa logica promozionale il d.l. 18/2020 ha stanziato ingenti risorse per dotare le istituzioni scolastiche di attrezzature informatiche anche da cedere in comodato gratuito alle famiglie bisognose.

preservando il principio di eguaglianza sostanziale dei diritti e delle prestazioni sociali, che presuppone solidarietà e perequazione economica, non può non riflettersi seriamente anche sul grado e sulla qualità della rappresentanza che dovrà dare voce a dette istanze sociali e territoriali.

*Perché tout se tient.*