

Rivista N°: 1/2021
DATA PUBBLICAZIONE: 12/01/2021

AUTORE: Ida Angela Nicotra *

STATO DI NECESSITÀ E DIRITTI FONDAMENTALI. EMERGENZA E POTERE LEGISLATIVO**

Sommario: 1. Introduzione. - 2. L'emergenza nel diritto romano. - 3. L'emergenza nelle costituzioni liberali. - 4. L'emergenza e lo "stato di guerra" nella Costituzione italiana. - 5. L'emergenza e il divieto di proroga della durata delle Camere. - 6. L'emergenza nei decreti-legge. - 7. Le fonti dell'emergenza Covid in Italia e l'impatto sulla Costituzione. - 8. Il Parlamento al tempo dell'emergenza. - 9. Il diritto parlamentare per tempi eccezionali. - 10. Uno modello per l'emergenza. - 11. In conclusione.

" (...) Quando nell'egregia città di Fiorenza, oltre a ogn'altra italyca bellissima, pervenne la mortifera pestilenza: la quale per operazioni dei corpi superiori o per le nostre inique opere da giusta ira di Dio a nostra correzione mandata sopra i mortali, alquanti anni nelle parti orientali incominciata, quelle di innumerabile quantità de' viventi avendo private, senza ristare da un luogo in un altro continuandosi, verso l'Occidente miserabilmente s'era ampliata. (...) A cura delle quali infermità né consiglio di medico né virtù di medicina alcuna pareva che facesse o valesse profitto: anzi, o che natura del malore non potesse o che la ignoranza dei medicanti (de' quali, oltre al numero degli scienziati, così di femine come d'uomini senza avere alcuna dottrina di medicina avuta giammai, era il numero divenuto grandissimo) non conoscesse da che si muovesse e per conseguente debito argomento non vi prendesse, non solamente pochi ne guarivano, anzi quasi tutti 'l terzo giorno dalla apparizione de' sopra detti segni, chi più tosto e chi meno e i più e i più senza alcuna febbre, o altro accidente, morivano (...). In tanta afflizione o miseria della nostra città era la reverenda autorità delle leggi, così divine come umane, quasi caduta e dissoluta tutta per li ministri e esecutori di quelle, li quali, si come gli altri uomini, erano tutti morti o infermi o sì di famigli rimasti stremi, che ufficio alcuno non potean fare: per la qual cosa era a ciascun licito quanto a grado gli era d'operare (...)". Giovanni Boccaccio, *Decameron, Introduzione alla giornata prima, La descrizione della peste a Firenze*, 1348.

* Ordinario di Diritto Costituzionale nell'Università di Catania.

** Seminario di Studi dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Roma, 4 dicembre 2020.

1. Introduzione

La Crisi da Covid -19 “*non ha precedenti e in futuro dovremo ripensare i nostri modi di gestione delle crisi sia a livello di Stati membri che di Unione europea*”. Con queste parole si apre la Risoluzione del Parlamento europeo sull’impatto delle misure connesse all’emergenza sanitaria sulla democrazia, sullo stato di diritto e sui diritti fondamentali¹.

L’emergenza sanitaria da Covid-19 ha prodotto esiti di formidabile portata sulle democrazie liberali. Il 2020 sarà ricordato come l’anno della pandemia globale. L’ondata travolgente del virus sta ponendo sotto stress anche le categorie costituzionali abitualmente adottate in tempi di calma istituzionale, con un impatto vistoso sulla forma di governo e sullo stato dei diritti costituzionali². Parafrasando l’espressione di *Rudolf Virchow*, noto medico tedesco di fine Ottocento³, si potrebbe dire che “*l’epidemia è un fenomeno sociale e istituzionale che ha anche aspetti medici*”. In questo periodo turbolento di crisi sanitaria il dibattito pubblico si è incentrato sulla legittimità delle restrizioni delle libertà fondamentali dinanzi all’emergenza e sul grado di democraticità dei processi deliberativi. Il Parlamento europeo invita gli Stati dell’Unione a rispettare lo stato di diritto, le libertà fondamentali e la responsabilità democratica nell’uso delle misure di emergenza necessarie per combattere la Pandemia.

Anzi, siffatti principi dovrebbero costituire la “pietra angolare” per valutare la ragionevolezza della dilatazione degli strumenti emergenziali mirati a controllare la diffusione del Covid – 19. I poteri di emergenza, infatti, comportano un rischio di abuso di potere da parte dell’esecutivo e di sussistenza del quadro giuridico nazionale una volta superato il periodo emergenziale. Di conseguenza deve essere garantito un controllo parlamentare e giudiziario con efficaci meccanismi di contrappeso per limitare tale rischio⁴.

Nessuna tra le generazioni presenti aveva vissuto prima d’ora l’esperienza di una pandemia mondiale e questo ha sicuramente influito anche sul tipo di risposte emergenziali fornite dalle istituzioni al Covid – 19. Una inedita situazione di rischio senza frontiere e al di là di ogni confine territoriale. L’ultima crisi virale di proporzioni enormi risale esattamente ad un secolo fa: tra il 1918 e il 1920, nell’arco di un biennio, l’influenza spagnola, definita come la più grande epidemia della storia dell’umanità, provocò la morte di cento milioni di persone⁵.

¹ Cfr. *Parlamento europeo, Risoluzione su Impatto delle misure connesse alla Covid-19 sulla democrazia, sui diritti fondamentali e sullo stato di diritto*, 13 novembre 2020.

² ... che la sofferta congiuntura del tempo del Covid – 19 abbia coinvolto alcuni schemi istituzionali validi per i periodi di quiete non ha dubbi A. Ruggeri, *Il Coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti Regionali*, 21 marzo 2020, 368.

³ Rudolf Ludwig Karl Virchow (1821 – 1902) fu uno scienziato e antropologo tedesco che ha contribuito allo sviluppo dell’antropologia come scienza moderna; Cfr. *Virchow, Rudolf*, in *Enciclopedia Treccani on line*.

⁴ Così, *Parlamento europeo, Risoluzione su Impatto delle misure connesse alla Covid-19, cit.*

⁵ Da recente è stato messo in luce il legame tra la catastrofe epidemiologica dell’inizio del Novecento, la grande depressione economica del 1929, la Seconda Guerra mondiale e la nascita di regimi illiberali in alcuni Stati europei. Un recente studio, (*Pandemics Change Cities: Municipal Spending and Voter Extremism in Germany, 1918 – 1933*, uno staff report della Federal Reserve Bank di New York realizzato da Kristian Bilcke pubblicato il 20 maggio 2020) intende offrire una dimostrazione di come la drammatica situazione sociale, economica e sanitaria connessa alla pandemia da “Spagnola” ebbe come conseguenza lo spostamento di molta parte dell’elettorato tedesco verso i partiti estremisti e in particolare quello nazionalsocialista di Hitler. Più vicina ai

Per l'appunto un secolo dopo, l'Italia è stato il primo Paese occidentale a doversi confrontare con un evento eccezionalissimo, sconosciuto e inimmaginabile come l'infezione da Coronavirus. Le vittime da Coronavirus hanno, ad oggi, superato nel mondo il milione e ottocento mila vittime, più di 500 mila nella sola Europa⁶. L'Italia detiene il tragico primato per numero dei morti nel vecchio Continente⁷, con un tasso di letalità tra i più alti in assoluto.

Una crisi planetaria capace di svilire anche il diritto di morire e di vivere la propria morte, per dirla con le parole di Foucault, "*il momento più intimo e privato dell'esistenza*". Con i corpi senza vita coperti in sacchetti di plastica e l'ultimo saluto affidato ad un messaggio di *Whats app*. Rimarranno indelebili le immagini da scenario di guerra con la lunga colonna dei furgoni dell'esercito per trasportare le bare da Bergamo verso i forni crematori di altre Regioni perché la città non era più in grado di accogliere i feretri delle vittime da Coronavirus.

La c.d. seconda ondata della Pandemia ha fatto ripiombare l'Europa in un incubo, con le città nuovamente avvolte dalla paura e da un silenzio innaturale, dove il giorno sembra uguale alla notte⁸. La reazione degli Stati, connotata da un regime giuridico emergenziale pressoché omogeneo, non si è fatta attendere. In queste eccezionali circostanze il "fatto" non può non condizionare il diritto. Dopo la crisi mondiale determinata dal terrorismo internazionale che, a partire dall'11 settembre 2001, ha seminato morte e paura in quasi tutte le aree del mondo⁹, l'epidemia da *Sars Cov- 2* mette nuovamente a dura prova la quiete sociale e la sicurezza delle persone. Il senso di impotenza di fronte al virus *Sars – Cov-2* che resiste e accumula mutazioni mostra la vulnerabilità delle vite collettive e individuali¹⁰. Per tenere sotto controllo l'infezione, la situazione odierna rischia di incidere pesantemente su diritti e libertà fondamentali per tanto tempo ancora.

Il "coprifuoco"¹¹ deciso, per primo, dal Presidente *Macron* per la capitale parigina, poi adottato da quasi tutte le cancellerie europee, evoca una letteratura di altre epoche storiche

giorni nostri, nel 1968, si ricorda l'influenza di Hong Kong che ha stroncato un milione di persone. Dieci anni prima l'epidemia asiatica, proveniente dalla Cina, aveva causato la morte di due milioni di persone, di cui 200 mila negli Stati Uniti d'America e in Francia. Sulle grandi epidemie nella storia si possono leggere: R. Chiaberge, *La grande epidemia 1918*, Utet 2016; W. H. McNeill, *La peste nella storia, trad. italiana* di L. Comoglio, Einaudi 1976; Res Gestae 2020; C. M. Cipolla, *Contro un nemico invisibile*, il Mulino 1985; B. Gallavotti – F. M. Galassi, *Le grandi epidemie*, Donzelli 2019; W. Naphy – A. Spicer, *La Peste in Europa*, Milano 2006.

⁶ Dato aggiornato al 4 gennaio 2021.

⁷ *L'Italia prima in Europa per numero dei morti Covid*, in *Fanpage.it*, 13 dicembre 2020.

⁸ Così, B. H. Lévy, *Il virus rende folli*, Milano 2020, 34.

⁹ Sul terrorismo internazionale come "*guerra del nuovo millennio*" si soffermano, M.Hart -A.Negri, *Moltitudine. Guerra e democrazia nel nuovo ordine mondiale*, Milano 2004; F. Heisbourg, *Iper terrorismo. La nuova guerra*, Roma 2020; G. De Minico, *Emergenza e terrorismo*, Napoli 2016, 14 la quale mette in luce come tra guerra e terrorismo ci siano molti punti di contatto, anche se il terrorismo mantiene una sua autonomia concettuale rispetto alla guerra. Ragione per cui al fenomeno terroristico difficilmente sarebbe applicabile la disciplina contenuta nell'art. 78 della Costituzione italiana che si riferisce espressamente alla guerra.

¹⁰ E. Boille, *Coronavirus, Cosa sappiamo della variante inglese*, in *Internazionale.it*, 21 dicembre 2020.

¹¹ Nel XIII secolo proprio in Francia è nato il coprifuoco. Si trattava di una misura adottata per evitare gli incendi, soffocando il fuoco sotto la cenere o coprendolo con una lastra di ghisa. Le case, in quell'epoca, erano soprattutto di legno e per prevenire gli incendi si procedeva al *couvre-feu*. *Macron: Coprifuoco a Parigi e in altre 8 città per 4 settimane*, in *Il Sole 24Ore del 14 ottobre 2020*.

e rappresenta la cifra più evidente di come le società europee stiano provando a rispondere al dilagare della pandemia, nel tentativo di salvare vite umane.

Eppure, posizioni estreme trovano fondamento in una forma di intolleranza nei confronti della dimensione del limite che l'imperversare dell'infezione ha riportato prepotentemente sulla scena dell'esistenza individuale e collettiva. Le libertà fondamentali sembrerebbero concepite avulse da vincoli, noncuranti di una concezione solidaristica della vita comunitaria. Portare la mascherina, limitare gli spostamenti, rinunciare alla movida e alle festività natalizie vengono visti alla stregua di attentati alla sfera inalienabile di ciascun singolo e non piuttosto come limiti ragionevoli all'esercizio di un diritto o di una libertà per preservare il diritto altrettanto inalienabile alla salute e alla vita.

La libertà *“non è uguale all'arbitro ma è un'intrinseca finalità morale che si completa sul piano della solidarietà umana”*¹² e si connota per i limiti entro cui le libertà, per essere davvero tali, vanno contenute. Come ha ricordato il Presidente della Repubblica - *“la libertà non è un fatto esclusivamente individuale ma si realizza insieme agli altri richiedendo responsabilità e collaborazione”*¹³. Gli avversari delle regole anti - Covid, i c.d. negazionisti, in Italia *“restano ancora una minoranza, sia pure amplificata dal web”*.

Libertà non significa essere liberi di far ammalare gli altri. Intere generazioni di anziani sono state decimate, insieme ai più fragili. La disponibilità limitata delle terapie intensive ha posto l'operatore sanitario di fronte alle scelte “tragiche”, molto conosciute nella “medicina delle catastrofi” per la quale la riflessione bioetica ha elaborato nel tempo concrete indicazioni per gli operatori sanitari¹⁴.

Le risposte degli Stati costituiscono il tentativo di conciliare il diritto alla salute e alla vita con le altre libertà, da quella di circolazione e soggiorno fino alla sfera dei diritti economici e politici. Infatti, la pandemia globale *“sta comportando costi elevatissimi per le nostre società ed è necessario uno sforzo comune e un impegno convergente da parte delle istituzioni, delle imprese e di tutte le componenti sociali”*¹⁵.

Piuttosto lascia sorpresi la mancanza di certezza delle norme scritte per l'emergenza, la volatilità delle stesse, il cambiamento repentino delle prescrizioni che regolano la vita pubblica e privata delle persone. In diverse occasioni si tratta di un intreccio caotico di provvedimenti che disorientano l'opinione pubblica e alimentano “la crisi di fiducia dei cittadini nella legislazione”¹⁶.

¹² A. Moro, *Intervento nella I Sottocommissione dell'Assemblea Costituente*, seduta del 2 ottobre 1946, in *Atti Assemblea Costituente*, in *Camera.it*.

¹³ Queste sono le parole del Presidente della Repubblica pronunciate durante il ricevimento al Quirinale della nuova presidente della Repubblica Ellenica, 9 ottobre 2020.

¹⁴ Parla chiaro il documento elaborato dall'Accademia Svizzera delle scienze mediche e dalla Società Svizzera di medicina intensiva. Il protocollo prevede che, in caso di sovraffollamento delle terapie intensive, la rianimazione sarà negata agli anziani malati da coronavirus cfr. *In Svizzera rianimazione negata agli anziani malati di coronavirus*, in *Huffingtonpost.it*, 24.10.2020. Sul tema anche una mia riflessione, *L'epidemia da Covid - 19 e il tempo della responsabilità*, in *Diritti regionali.it*, n.1/2020, 398 ss.

¹⁵ Così Il Presidente della Repubblica, S. Mattarella in un messaggio inviato a un convegno sul *Made in Italy* organizzato da *Sole24ore* e *Financial Times*, 5 ottobre 2020.

¹⁶ Così S. Cassese, *Troppe norme scritte senza buon senso. Così si alimenta la sfiducia dei cittadini*, in *Il Messaggero*, 20 dicembre 2020.

I “problemi pratici delle libertà”, per usare le parole di Carlo Arturo Jemolo¹⁷, si intensificano dinanzi ai comportamenti delle istituzioni che, per provare a contrastare l’avanzata del virus, impongono il cambiamento di consolidati stili di vita. In tale contesto, si afferma la tendenza delle autorità politiche e sanitarie a divenire sempre più invadenti, con la riduzione sempre crescente degli spazi di libertà.

Le libertà appaiono come assopite in attesa di potersi risvegliare, appena l’emergenza sanitaria svanirà.

Lo spostamento verso la sorveglianza e il controllo diffuso passa attraverso una serie di provvedimenti che incidono sull’autonomia individuale e rendono particolarmente complessa la ponderazione tra tutti gli interessi in gioco.

Sono state oggetto di critiche, anche severe, le misure adottate che, per limitare il propagarsi dell’infezione, richiedono il sacrificio delle libertà costituzionali¹⁸. L’obbligo di rimanere a casa ne ha ridotto il contenuto ai minimi termini; la chiusura delle attività produttive dalla cultura allo sport sta generando una catastrofe economica. L’emergenza ha comportato un affievolimento dei diritti e delle libertà quasi a farli scolorire, come in una sorta di spirale involutiva che fa da contrappeso all’idea universalistica dei diritti, intoccabili e sempre in continua espansione, tipica del costituzionalismo contemporaneo¹⁹. Un percorso di crescita dei diritti che si arresta bruscamente.

Autorevoli voci di intellettuali si sono alzate da tutto il mondo, preoccupate per come la gestione dell’emergenza epidemiologica, stia generando il rischio di una svolta autoritaria degli ordinamenti liberal democratici²⁰. Una forma di oppressione sanitaria si starebbe imponendo, con il progressivo svuotamento delle libertà fondamentali attraverso l’uso eccessivo di provvedimenti del governo, la debilitazione dei Parlamenti con gli organi legislativi sempre più marginalizzati e una normazione dominata dall’emergenza²¹. Da più parti si lamenta la tendenza generalizzata degli esecutivi ad utilizzare misure che consentono di operare, sia pure parzialmente, fuori dal controllo del massimo organo di rappresentanza politica.

¹⁷ A. C. Jemolo, *I problemi pratici delle libertà*, Milano 1972.

¹⁸ Per tutti, G. Silvestri, *Covid -19 e Costituzione*, in *UniCost.eu*; A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, n.2/2020, 558; F. Clementi, *Il lascito della gestione normativa dell’emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *Osservatorio AIC*, fasc.3/2020, 33 ss.

¹⁹ Per G. Cerrina Feroni, (*Diritti e libertà fondamentali alla prova del virus*, in *Nazione Futura, Rivista di approfondimento politico, economico e culturale*, n. 10/2020, 16) si tratta “*Diritti talmente forti dal porre nel nulla i concetti di confini di uno Stato e di controllo delle frontiere, tanto da fare sostenere, ad esempio, che il diritto di immigrare in un Paese di propria scelta, senza restrizioni, si iscrive nell’elenco dei diritti dell’uomo universalmente riconosciuti (...) con la conseguenza aberrante, che l’atto politico, discrezionale per eccellenza, come la chiusura delle frontiere ai fini di regolazione delle politiche di immigrazione, perderebbe la sua stessa ragion d’essere e sarebbe sindacabile dalla magistratura*”.

²⁰ U. Magri, S. Mattarella un appello contro il virus, in *La Stampa* 10 ottobre 2020; M. Recalcati, *I paradossi della tirannia sanitaria*, 13 ottobre 2020.

²¹ “*Né ci conforta il fatto che questa maggioranza di governo finga di spiegare il suo operato schizofrenico a un Parlamento, che da spettatore inerme assiste a una pantomima, scritta in ogni sua battuta prima di essere rappresentata in aula (...) né ci sarà compensazione in Corte Costituzionale perché l’illegittimo dequotamento della fonte primaria a decisione amministrativa, tale è il Dpcn sottrae l’atto di Conte al sindacato del giudice supremo*” così, G. De Minico, *La livella forzosa del lockdown e il rifiuto sdegnoso del Mes*, in *Ilsole24ore.com*, 3 dicembre 2020.

Eppure, la partecipazione del Parlamento alle decisioni politiche prese nei tempi di crisi trova la sua ragion d'essere proprio nel fatto che le Camere non possono essere estromesse dai processi deliberativi che, per il loro dirompente impatto politico, economico e sociale, esigono il coinvolgimento delle Assemblee elettive. Ciò, in quanto le situazioni emergenziali producono quale effetto inevitabile l'accentuazione dei poteri decisionali sull'Esecutivo²².

Le normative di prevenzione anti - Covid sono chiamate a misurarsi con precisi parametri: la proporzionalità rispetto al fine, la durata temporanea, la sindacabilità giurisdizionale. Così che, il diritto "eccezionale" consente deroghe provvisorie ma non può trasformarsi in diritto "normale".

Bisogna provare ad accendere i riflettori non tanto sull'oggi, quasi completamente assorbito dalla drammatica crisi sanitaria, quanto sul domani, perché non si abbassi la guardia. Il rischio che si corre è la "normalizzazione" futura per il lascito della vicenda emergenziale²³. La preoccupazione è che quando la tempesta pandemica sarà solo un brutto ricordo le scelte normative di adesso possano imprimere una trasformazione della società a venire.

Anche la serie di provvedimenti di degradazione delle libertà personali e delle libertà economiche adottata nel nostro ordinamento non ha precedenti nella storia repubblicana²⁴. Provvedimenti restrittivi che hanno toccato l'apice prima durante il *lockdown* nazionale e poi nel corso della seconda ondata nel c.d. *semi-confinamento*²⁵.

Il bisogno di essere liberati dalla paura di ammalarsi e la domanda di sicurezza nascono da una situazione di oggettivo pericolo per la salute pubblica, richiedendo risposte veloci e appropriate per gestire una delicatissima fase di straordinaria emergenza²⁶. Ma nella strategia di contrasto al virus le decisioni pubbliche, assunte ad ogni livello istituzionale, devono trovare un punto di caduta capace di salvaguardare anche i diritti economici ed arginare il disagio sociale, perché la crisi sanitaria è divenuta anche una crisi economica²⁷.

²² Cfr. G. Morbidelli, *Le dinamiche della Costituzione*, in *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Bologna 1995, 129 ss.

²³ M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n.2/2020, 119.

²⁴ Sul frenetico ricorso a provvedimenti emergenziali nella c.d. prima fase della pandemia, sia consentito rinviare a I.A. Nicotra, *L'epidemia da Covid - 19 e il tempo della responsabilità*, cit.

²⁵ Il *Dpcm* del 25 ottobre 2020 dispone fino al 24 novembre la chiusura di bar, ristoranti alle 18, la chiusura totale di cinema, teatro, palestre e piscine. Il testo del *Dpcm* "raccomanda fortemente" di "non spostarsi, con mezzi di trasporto pubblici e privati, salvo che per esigenze lavorative, di studio, per motivi di salute, per situazioni di necessità, per svolgere attività o usufruire di servizi non sospesi".

²⁶ Una ricerca condotta dal *Censis* dimostra come la maggioranza degli italiani sia favorevole ai provvedimenti restrittivi posti in essere dal Governo per le festività natalizie. La paura dell'arrivo di una terza ondata pandemica costituisce il motivo dell'accettazione di ulteriori limiti alle libertà di spostamenti e di riunioni familiari anche in occasione della tradizionale ricorrenza del Natale, contenuti nel Decreto - legge del 2 dicembre 2020, n. 158. Con tale provvedimento viene previsto che le misure restrittive di cui decreto - legge 25 marzo 2020, n. 2020, n. 19 possono essere adottate per periodi predeterminati di durata non superiore a cinquanta giorni (non più trenta giorni come originariamente previsto) reiterabili e modificabili fino al termine dello stato di emergenza. Il successivo d. l. n. 172 del 18 dicembre 2020 mette l'Italia in "zona rossa" nei giorni festivi e prefestivi, con spostamenti consentiti solo con autocertificazione per motivi di lavoro, salute e necessità.

²⁷ La pandemia potrebbe portare anche ad una crisi di salute mentale: la disoccupazione crescente, il confinamento sociale e l'ansia stanno mettendo a dura prova lo stato di salute psico-fisica delle persone. Secondo quanto riporta la *Cnn*, che parte dal racconto di *Eriko Kobayashi*, i cittadini del Paese del Sol Levante che hanno manifestato intenti suicidari per paura di cadere in povertà a causa delle conseguenze della pandemia

Soprattutto, nella c.d. seconda ondata, la pandemia non è stata un “meteorite inaspettato”. Il ritorno del virus era stato ampiamente previsto dalla comunità scientifica ed era illusorio pensare che l’infezione si sarebbe esaurita in un arco di tempo relativamente breve²⁸. Per riprendere le parole di Sabino Cassese, si tratta “di misure dettate in nome dell’emergenza che tale non è, visto che durante la prima ondata si prevedeva la seconda e ora si teme la terza”²⁹. Fra le due ondate pandemiche si sarebbe dovuto intensificare le terapie intensive, aumentare la capacità diagnostica e strutturare un sistema di trasporti pubblici che garantisse il distanziamento sociale³⁰.

La crisi epidemica ha, invero, agito da potente amplificatore delle disuguaglianze sociali, ha aumentato le differenze, tra gli anziani e le generazioni più giovani, tra territori, tra donne e uomini, tra categorie garantite e lavoratori “non garantiti”³¹. Con una larga fascia di lavoratori autonomi e precari “che ha visto azzerare o bruscamente calare il proprio reddito” come ha ricordato nel suo messaggio di fine anno il Presidente della Repubblica³². Basta osservare le lunghe code dei nuovi poveri che, in ogni città della Penisola, fanno la fila per un pasto caldo davanti alla Caritas.

Si affaccia in tutto il mondo il flagello di una crisi umanitaria provocata dalla pandemia che ha generato nuove povertà per la perdita del lavoro.

Anche il diritto alla salute va tutelato, trovando un giusto equilibrio, con gli altri beni di primaria importanza come la libertà di circolazione, il diritto al lavoro, al commercio, alla produzione. La Corte Costituzionale con la sentenza n.85 del 9 aprile 2013 sulla vicenda Ilva - in cui il caso concreto esaminato non era, comunque, neanche lontanamente assimilabile ad una crisi pandemica - ha parlato di “un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione”, in particolare alla salute e alle libertà economiche³³. La Corte ha rite-

sono cresciuti in modo esponenziale. In Giappone si sta verificando una situazione di estrema gravità con il numero di suicidi ha superato i decessi per Covid.

²⁸ I. Capua, *Seconda ondata si può evitare, serve collaborazione*, in www.adnkronos.com 26 agosto 2020. I. Capua, *Possibile seconda ondata di coronavirus in autunno*, in Huffingtonpost.it, 22 aprile 2020.

²⁹ Intervista a Sabino Cassese, *Troppe norme scritte senza buon senso*, cit.

³⁰ Come osserva uno studio dell’Istituto Superiore di Sanità pubblicato nell’agosto 2020 (Circolare 11 agosto 2020) sul c.d. Scenario Quattro. Si tratta di “una situazione di trasmissibilità non controllata con criticità sulla tenuta del sistema sanitario nazionale nel breve periodo, con valori Rt regionali sistematicamente e significativamente maggiori di 1,5. Anche se una epidemia con queste caratteristiche porterebbe a misure di mitigazione e contenimento più aggressive nei territori interessati, uno scenario di questo tipo potrebbe portare rapidamente a una numerosità di casi elevata e chiari segnali di sovraccarico dei servizi assistenziali, senza la possibilità di tracciare l’origine dei nuovi casi. La crescita del numero dei casi potrebbe comportare un sovraccarico dei servizi assistenziali entro 1 - 1,5 mesi, a meno che l’epidemia non si diffonda prevalentemente tra le classi di età più giovani, come osservato nel periodo luglio – agosto 2020 e si riuscisse a proteggere le categorie più fragili (es. gli anziani). A questo proposito si rimarca che appare subito piuttosto improbabile riuscire a proteggere le categorie più fragili in presenza di un’epidemia caratterizzata da questi valori di trasmissibilità”.

³¹ Con l’utilizzo del criterio di precauzione nel periodo dell’emergenza il legislatore ha ritenuto conforme al principio di proporzionalità le restrizioni, fino quasi ad annullarle, della libertà di circolazione, del diritto al lavoro e di impresa di intere categorie di intere categorie produttive, di derogare al principio di equilibrio di bilancio per contenere la diffusione del contagio; sul punto F. Scalia, *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, in Federalismi.it 18 novembre 2020, 186.

³² Il testo integrale del messaggio pronunciato il 31 dicembre 2020 si trova in Quirinale.it

³³ A. Morelli, *Il drammatico bilanciamento tra principi costituzionali*, in *Dir. Pen. contem.*, n.1/2013, 7ss.; D. Pamelin, *Il difficile bilanciamento tra diritto alla salute e libertà economiche: i casi Ilva e Texaco Chevron*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2017, parte III. Per il bilanciamento tra diritto alla salute e equilibrio di bilancio cfr. F.

nuto che *“tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile, pertanto, individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri”*. In caso contrario, infatti, *“si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette e che costituiscono, nel loro insieme espressione della dignità della persona”*.

Secondo il giudice delle leggi, inoltre, la tesi secondo cui *“l’aggettivo fondamentale, contenuto nell’art.32 della Costituzione sarebbe rilevatore di un carattere preminente del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona”* non è convincente in assoluto, poiché non esisterebbe nella nostra Carta una rigida gerarchia tra diritti fondamentali. Invero, i diritti fondamentali esigono *“un continuo e vicendevole bilanciamento senza pretese di absolutezza per nessuno di essi”*.

Le Costituzioni democratiche e pluraliste esigono un costante bilanciamento tra diritti meritevoli di tutela, senza presunzione di absolutezza per nessuno di essi. Il Tribunale federale tedesco ha ritenuto che i potenziali assembramenti nei luoghi di culto avrebbero potuto aumentare i rischi del contagio e elevare l’appesantimento delle strutture sanitarie. Dopo una attenta ponderazione di tutti gli aspetti dell’emergenza è ragionevole dare la precedenza alla protezione della vita e dell’incolumità fisica sulla libertà di culto. A ben guardare, infatti, durante l’attuale fase pandemica il diritto alla salute va declinato come pretesa degli ammalati gravi di avere un posto in terapia intensiva. Purtroppo, il diritto alla terapia intensiva è messo a dura prova dalla carenza di strutture sanitarie che potrebbero non essere in grado di accogliere tutti i pazienti affetti da Coronavirus ³⁴.

Seguendo il medesimo ragionamento, il Tribunale costituzionale spagnolo ha reputato conforme al principio di proporzionalità la limitazione della libertà di riunione in rapporto all’emergenza sanitaria,

sulla base della prevalenza del diritto alla vita e alla integrità fisica della popolazione sul diritto di riunione. Mentre l’Alta Corte di Giustizia di Madrid ha stimato che il confinamento della capitale e di altri nove Comuni non rispettasse le libertà fondamentali dei cittadini. Secondo i giudici madrileni *“l’ordine ministeriale implica un’ingerenza delle autorità pubbliche nei diritti fondamentali dei cittadini senza l’autorizzazione legale per farlo, ovvero senza l’autorizzazione dei loro rappresentanti nelle Cortes Generales”*³⁵. Le restrizioni sono ammissibili purché siano proporzionate e avvengano tramite legge. Misure nel rispetto del principio di proporzionalità e di adeguatezza vengono richieste pure dal Tribunale amministrativo di

Pallante, *Diritti costituzionali ed equilibrio di bilancio: il Consiglio di Stato torna agli anni Cinquanta*, in *Dem. Dir.* n. 1/2015.

³⁴ Sul punto si rinvia al Documento della SIAARTI che contiene le raccomandazioni da seguire nell’ambito della c.d. medicina delle catastrofi; I. A. Nicotra, *L’epidemia da Covid- 19 e il tempo delle responsabilità*, cit.

³⁵ *A Madrid lo stop dei giudici: il lockdown viola le libertà*, in *Informazione.it* 9 ottobre 2020.

Berlino che ha giudicato sproporzionato l'ordine di chiusura dei negozi di ristorazione dalle 23 alle 6 come misura di contenimento della diffusione del virus³⁶.

Dello stesso avviso la pronuncia del Tribunale amministrativo di Strasburgo sul decreto prefettizio che aveva imposto l'uso obbligatorio di mascherine anche all'aperto. I casi di utilizzo del dispositivo devono - secondo i giudici francesi - essere subordinati a necessità specifiche dovute alla densità della folla durante alcune fasce orarie e alcuni luoghi³⁷, solo in tal modo sono compatibili con la libertà di circolazione. Secondo la Corte dello Stato americano del Wisconsin neanche nel corso di una grave epidemia i diritti garantiti dalla Costituzione dovrebbero essere vanificati per ragioni di salute pubblica. Insomma, secondo i giudici americani, l'inefficienza del sistema ospedaliero non può giustificare discipline di deroghe indeterminate ai diritti individuali³⁸.

In altre parole, occorre che sia la legge ad effettuare un bilanciamento proporzionale e ragionevole di tutti i diritti in gioco nella vicenda della vita, di volta in volta considerata³⁹. Il sopraggiungere di una situazione di emergenza non può consentire la restrizione indefinita dei diritti fondamentali senza l'osservanza dei principi di adeguatezza e provvisorietà.

Anche in tempi meno recenti la Corte Costituzionale italiana ha ritenuto che, in situazioni di grave emergenza per la pubblica incolumità, l'introduzione di "misure insolite", di carattere restrittivo, devono ritenersi illegittime solo "se ingiustificatamente protratte nel tempo"⁴⁰.

Effettivamente nell'era della paura e della chiusura le società subiscono profondi cambiamenti. Il bisogno delle persone di sentirsi al sicuro supera spesso il desiderio di libertà e le leggi emergenziali per contrastare il terrorismo e oggi l'emergenza sanitaria, nascono autorizzando misure in deroga ai diritti fondamentali.⁴¹

Anche nella prospettiva dell'ordinamento dell'Unione europea il diritto alla sicurezza e il diritto alla salute devono trovare spazio in un delicato bilanciamento. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nel capo dedicato alle libertà, proclama il diritto di ogni individuo alla sicurezza, analogamente alla Convenzione Edu, secondo cui "ogni persona ha

³⁶ Mentre il giudice amministrativo bavarese aveva ritenuto illegittimo perché adottato in violazione del principio di adeguatezza il provvedimento di chiusura totale delle palestre durante il lockdown parziale nella Repubblica federale. Qualche giorno più tardi il governo bavarese ha nuovamente adottato un provvedimento di chiusura di tutti gli impianti sportivi, cfr. *Deutschland e Welt.it*, 13.11. 2020.

³⁷ *Tribunal Administratif de Strasbourg, Ordonnance n.2005349*, del 2 settembre 2020 che dispone "il est enjoint à la préfète du Bas – Rhin d'édicter un nouvel arrêté excluant de l'obligation du port du masque les lieux des communes visées par son arrêté du 28 août 2020 et les périodes horaires qui ne sont pas caractérisés par une forte densité de population ou par des circonstances locales susceptibles de favoriser la propagation de la covid -19, au plus tard le lundi 7 septembre 2020 à 12 heures".

³⁸ Sul punto si rinvia alle considerazioni di B. Raganelli, *Stato di emergenza e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, in *Diritto dell'economia*, n.3/2020, 50.

³⁹ I.A. Nicotra, *Diritto alla salute e diritti economici dei cittadini*, in *Interris.it*

⁴⁰ *Sent. Corte Cost.* n. 15 del 1982.

⁴¹ La dichiarazione federale dello stato di emergenza del 14 settembre 2001 con il "Declaration of National Emergency by Reason of Certain Terrorist Attacks" ha comportato anche la limitazione delle libertà costituzionali, come il sequestro della proprietà privata e il blocco di qualsiasi transazione di cittadini stranieri sospettati di sostenere il terrorismo. Sul punto, E. Raffiotta, *Norme d'ordinanza, Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna 2019, 265.

diritto alla libertà e alla sicurezza". Annoverata tra i valori forti del moderno costituzionalismo, la sicurezza costituisce un diritto super primario, la cui tutela è in grado di legittimare la limitazione di altri diritti fondamentali. Il bisogno di sentirsi al sicuro acquista progressivamente un ruolo centrale nella cornice valoriale sia a livello interno, sia sovranazionale.

Ai sensi dell'art. 20 TFUE il cittadino dell'Unione Europea *"ha il diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi"*. La libertà di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, declinazione del riconoscimento della cittadinanza europea, deve fare i conti con i flussi migratori, le minacce terroristiche e le crisi sanitarie.

Durante la pandemia, la libera circolazione è stata limitata, sia pur con differenti graduazioni, in tutti gli Stati membri mediante il confinamento obbligatorio o raccomandato e il divieto di spostamenti non essenziali. La maggior parte degli Stati appartenenti allo spazio Schengen ha ripristinato i controlli alle frontiere o le ha chiuse a determinati tipi di viaggiatori, compresi cittadini dell'UE.

Come ha fatto notare anche il Parlamento europeo, tali misure sono state adottate in *"una palese mancanza di coordinamento tra gli Stati e le istituzioni dell'Unione"*⁴². Di fronte ad un fenomeno di insolita drammaticità, la risposta avviene da parte di ogni singolo Stato con legislazioni d'emergenza che comportano una restrizione dei diritti fondamentali, a cominciare proprio dalla libertà di circolazione e soggiorno, per garantire salute e sicurezza dei cittadini.

Pur tuttavia, l'Unione europea è tra le aree del mondo più colpite dalla seconda offensiva del virus e sta attraversando uno dei momenti più complessi dalla fine del secondo conflitto mondiale. All'Europa viene richiesto uno sforzo condiviso, una politica di coordinamento per far fronte alla emergenza sanitaria che porta con sé una disastrosa crisi economica. La Commissione europea si è impegnata per la costruzione dell'Unione europea della salute con una serie di proposte per rendere più resilienti i sistemi sanitari dell'UE e intensificare gli sforzi comuni nella lotta contro la pandemia e le future emergenze sanitarie.

La dimensione solidaristica viene ancora una volta evocata, come succede in tutte le fasi difficili, per l'assunzione di decisioni condivise a tutela della salute e dei diritti economici dei cittadini. Come prevede il Trattato sul funzionamento dell'Unione, per contrastare le situazioni di pericolo o di emergenza l'Unione e gli Stati devono agire congiuntamente in uno spirito solidale (art.122). Malgrado il non facile cammino dell'integrazione europea, intralciato dalla complessità dei processi decisionali, nei periodi emergenziali la fratellanza tra le Nazioni costituisce il collante per il perseguimento dei diversificati interessi che inevitabilmente si

⁴² *Parlamento europeo, Risoluzione su impatto, cit.* che invita la Commissione europea a esercitare un adeguato controllo sull'applicazione dell'*acquis* di Schengen, in particolare a valutare le misure già adottate dagli Stati membri e a migliorare la sua comunicazione con il Parlamento sul modo in cui esercita le sue prerogative a norma dei trattati.

trovano in tensione con un'azione coordinata e condivisa da parte degli Stati membri⁴³. Davanti al potente virus l'Europa ha agito compatta. Il *Next Generation Eu* rappresenta la risposta dell'Unione alla sfida emergenziale⁴⁴. Diversamente da quanto accadde con la crisi finanziaria del 2012 in cui prevalsero vecchi schemi politici ed economici. Come ha osservato il Presidente Mattarella nel tradizionale messaggio di fine anno, dinanzi alla crisi di salute pubblica ha avuto la meglio l'Europa dei cittadini e dei valori comuni.

I Governi dei singoli Stati sono chiamati ad elaborare dettagliate linee guida di voci spesa nazionali e programmi di riforme, per stabilire progetti e investimenti da realizzare con le risorse europee.

In Italia è in fase di elaborazione il c.d. *Piano Nazionale di ripresa e resilienza*, cioè il programma di investimenti da presentare alla Commissione europea nell'ambito del *Recovery Plan*. I fondi europei dovranno essere impiegati nel rispetto di specifiche raccomandazioni: investire sulla trasformazione digitale e sulla crescita sostenibile, sul miglioramento dell'efficienza della pubblica amministrazione e del sistema giudiziario e attivare politiche di bilancio tali da essere considerate prudenti nel medio termine e garantire una più ampia sostenibilità del debito pubblico. Nel rispetto delle prerogative costituzionali, il Piano sul *Recovery* dovrà essere sottoposto alle Camere l'unica sede appropriata per valutare le scelte sul modo di destinazione delle risorse che servono a ridurre l'impatto sociale ed economico della pandemia, sostenere la transizione verde e digitale, innalzare il potenziale di crescita dell'economia e la creazione di maggiori livelli occupazionali, realizzare una rete di infrastrutture strategiche per unire il Paese da Sud a Nord.

Il ruolo del Parlamento e delle Regioni è fondamentale al fine di orientare le scelte del Governo⁴⁵.

Sul fronte del piano di distribuzione dei vaccini a tutta la popolazione, indispensabile per porre fine alla pandemia in tutta Europa, l'Unione e gli Stati membri stanno mettendo in campo un disegno comune sia in termini di accessibilità economica che di prossimità fisica, in modo che i cittadini abbiano accesso a vaccini sicuri ed efficaci contro il Covid-19⁴⁶. Un

⁴³ Fa osservare A. Ruggeri, *Il Coronavirus contagia*, cit., 373 come l'Unione Europea ha denunciato, durante la prima ondata di Pandemia, "vistose, complessive carenze ed un ingiustificato ritardo nell'adozione delle misure richieste dall'emergenza".

⁴⁴ Il Pacchetto per la ripresa dalla Covid- 19, il c.d. *Next Generation Eu*, è un piano per la ripresa adottato dalla Commissione europea e concordato dal Parlamento europeo e dai leader dell'Ue. Il provvedimento è stato pensato come aiuto agli Stati membri per uscire dalla crisi pandemica. Si tratta di uno strumento temporaneo elaborato per stimolare la crescita e costituisce il più cospicuo pacchetto di misure economiche mai finanziato dall'Unione. L'accordo raggiunto in sede di Consiglio andrà a rafforzare programmi specifici nel quadro del bilancio a lungo termine per il periodo 2021 – 2027, per un totale di 750 miliardi di finanziamenti di prestiti e sovvenzioni per sostenere le riforme e gli investimenti effettuati dagli Stati membri.

⁴⁵ *La task force per il Recovery fa il lavoro dei ministeri. Lo dice Cottarelli*, in *Agi.it*, 8 dicembre 2020.

⁴⁶ La Commissione europea ha concluso accordi con diverse società farmaceutiche (*AstraZeneca, Moderna, Cure Vac, Biontech-Pfizer*) per l'acquisto di un vaccino contro il Covid, anche al fine di donarlo a paesi a reddito medio - basso e di ridistribuirlo ai paesi dello Spazio economico europeo. La Commissione ha pattuito l'acquisto per conto di tutti gli Stati membri di milioni di dosi di vaccini e gli accordi sono finanziati attraverso lo strumento per il sostegno di emergenza, che dispone di fondi dedicati alla creazione di un portafoglio di vaccini potenziali prodotti da diverse imprese. La Commissione europea partecipa allo strumento COVAX per un accesso equo a vaccini anti - Covid a prezzi contenuti.

piano di vaccinazione iniziato lo stesso giorno in tutta Europa. Mai prima d'ora l'Unione europea si era assunta una missione così imponente per i propri cittadini, con un piano vaccinale iniziato lo stesso giorno in tutti gli Stati dell'Unione⁴⁷.

2. L'emergenza nel diritto romano

La pandemia da Coronavirus fa ritornare in auge l'antico brocardo latino "*necessitas non habet legem, sed ipsa sibi facit legem*". E invero, il diritto pubblico si confronta da millenni con il tema dell'emergenza⁴⁸. Lo stato di crisi nell'ordinamento costituzionale romano è caratterizzato per il ruolo centrale assunto dal senato. La gestione dell'emergenza veniva affidata esclusivamente all'assemblea dell'antica Roma, con l'intervento dei magistrati nella fase esecutiva; così realizzandosi un vero e proprio dualismo per fronteggiare lo stato di necessità che metteva a repentaglio la *civitas*.

Il *de Legibus* di Cicerone contiene un concetto interessante: "*vi siano due che esercitano il potere regio, e per procedere, giudicare, provvedere siano chiamati pretori, giudici, consoli: essi abbiano il supremo potere militare, a nessuno siano soggetti; sia loro suprema legge la salute del popolo*".

Il diritto costituzionale di Roma introdusse l'istituto del *iustitium*. Il Senato dinanzi ad una situazione che poneva in pericolo la Repubblica era solito emettere un *senatus consultum ultimum*, cioè un decreto senatorio adottato come *extrema ratio* nel tentativo di risolvere una situazione di emergenza. Nella Roma repubblicana era stata di fatto modificata la "costituzione" con l'introduzione di una clausola sullo stato di emergenza. La costituzione, infatti, non era scritta, né tantomeno rigida e poteva essere derogata da una legge o da prassi consolidate.

Il *Senatus consultum de re publica defendenda*, cioè la decisione del Senato per la difesa della Repubblica, abilitava i consoli, il pretore e anche i tribuni della plebe ad adottare qualsiasi misura indispensabile per la salvezza dello Stato. Tale senatoconsulto aveva quale presupposto un decreto che dichiarava il *tumultus* e dava luogo alla proclamazione del *iusti-*

⁴⁷ Covid, in Europa è il V-Day. Gli stati Ue iniziano le vaccinazioni, in www.eunews.it, 27 dicembre 2020.

⁴⁸ Il primo istituto emergenziale risale al tempo della Grecia antica. A Corinto nel 657 a. C. l'affermazione della tirannia avvenne in seguito alla grave sconfitta militare subita dall'ex colonia Corcira. Nel V secolo a. C. il regime tirannico si affermò nella città di Atene, dopo la fine della guerra del Peloponneso e la sconfitta di Atene da parte di Sparta. In generale l'ascesa del tiranno venne preceduta da fatti eccezionali, determinata da fattori esterni come una sconfitta militare o interni quali gravi lacerazioni sociali. Con l'apertura di una nuova fase Atene venne governata da una Commissione di trenta membri dotata di pieni poteri che amministrò la *polis* in modo dispotico e cruento. La tirannide fu una reazione ad un fatto emergenziale. Il verificarsi di tali congiunture imprevedibili e drammatiche fu il presupposto per l'instaurazione di un potere dispotico che apre una fase di straordinarietà, determinando altresì un'interruzione della continuità "costituzionale" della *polis*. Il tiranno è infatti colui che governa da solo e che accentra un potere assoluto e illimitato che non trova confini nel diritto, né si basa sulla legittimazione del gruppo sociale. Proprio per conquistare il consenso della comunità, in una prima fase, il tiranno portò avanti una gestione moderata del potere, solo in un secondo momento l'attuazione di una politica dispotica e personalistica gli procurò l'avversione del popolo. Sul punto si rinvia alle considerazioni di G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Milano 2003, 46 ss.

tium. Il tumultus costituiva la prima fase di una procedura complessa che di solito veniva seguito dall'*edicere iustitium*.

Il *tumultus* rappresentava un fatto emergenziale derivante da una guerra esterna, da una insurrezione o anche da uno stato di disordine o di agitazione⁴⁹. L'espressione *tumultus* serviva anche a descrivere lo stato di emergenza decretato dal Senato in occasione di una guerra civile o in presenza di un pericolo capace di minacciare da vicino la città⁵⁰. Lo stesso termine veniva utilizzato anche in senso atecnico per descrivere una situazione di tensione che non aveva raggiunto il grado di pericolosità tipica del *bellum* tradizionale. In un passo dell'ottava filippica di Cicerone il *tumultus* (*timor multus*) descriveva una situazione di sconforto derivante da un'intensa paura o da un grande spavento.

Alla proclamazione del *tumultus* - che vedeva coinvolto direttamente solo il senato e non anche le magistrature ordinarie e straordinarie - faceva seguito la dichiarazione del *iustitium* che comportava una sospensione del diritto e la possibilità di utilizzare misure eccezionali. Il *tumultus* costituiva, quindi, una sorta di antecedente logico del *iustitium*.

In circostanze straordinarie il Senato decretava il tumulto, una sorta di stato di allerta, per favorire l'arruolamento dei soldati e per preparare la popolazione all'imminenza di un evento bellico.

In epoca repubblicana, infatti, "*i legami tra tumulto e iustitium sono in qualche modo strutturali: in presenza di un tumulto – provocato sia da un pericolo esterno sia dall'evenienza di una dissensione interna – viene appunto proclamato iustitium, in genere per provvedere in prima istanza alla leva*"⁵¹.

Il senato, infatti, constatata la presenza di una situazione di necessità, come il pericolo imminente di una offensiva nemica o il rischio di una guerra civile, poteva adottare la procedura del *iustitium*. Il *iustitium* veniva indetto in situazioni di particolare crisi, allorché una aggressione esterna metteva in discussione la sopravvivenza dello Stato. In tale contesto, il *iustitium* si traduceva in una temporanea sospensione dell'attività giudiziaria per consentire un rapido reperimento di soldati e agevolare le operazioni di leva straordinaria prevista dall'indizione dello stato di tumultus.

Secondo una lettura, la derivazione del termine da "*ius e stare*" farebbe propendere per la tesi che l'istituto comportasse una vera e propria paralisi del diritto, addirittura un blocco totale dell'ordinamento giuridico *tout court*, da cui sarebbe scaturita una sfera discrezionale assai ampia per i magistrati⁵².

La tesi più plausibile fa, invece, derivare il termine *iustitium* da "*ius e sistere*", ovvero il diritto che viene arrestato provvisoriamente e che, dunque, non evoca una sospensione assoluta dell'ordinamento giuridico, prevedendo un nucleo minimo di garanzie costituzionali.

⁴⁹ Si ritiene comunemente che il termine *tumultus* sia nato a causa delle frequenti invasioni dei Galli che hanno spesso posto Roma in uno stato di emergenza, di qui l'espressione molto diffusa di *tumultus Gallicus*; cfr. D. Capanelli, *Note su istituzioni e lotte sociali a Roma nell'epoca del tumultus Gallicus*, in *Gerion* 4, 1986, 101.

⁵⁰ Il riferimento si trova in E. Antonini, *Il "senatus consultum ultimum". Note differenziali e punti di contatto col moderno stato di assedio*, Torino 1914, 52.

⁵¹ Così, A. Frascchetti, *Roma e il principe*, Bari 1990, 119.

⁵² Cfr. G. Agamben, *Stato di eccezione*, Torino 2017, 56.

Tale interpretazione trova conferma nella traduzione dello *ius sistere*, cioè del diritto che subisce un blocco soltanto momentaneo, diversamente dal diritto che rimane immobile (*ius stare*), producendo un vero e proprio vuoto giuridico⁵³.

Secondo le fonti, i magistrati ordinari (cioè i consoli e i pretori) erano gli unici soggetti istituzionali capaci di dichiarare la sospensione delle attività pubbliche – dopo la proclamazione del *iustitium* – in quanto si trattava di soggetti cui l'ordinamento riservava un ruolo di grande responsabilità politica.

Tuttavia, soprattutto durante la prima repubblica, non era infrequente che il collegio dei senatori, nel momento successivo alla dichiarazione del *tumultus* procedesse alla nomina di un dittatore⁵⁴. Il *tumultus* poteva essere preceduto dalla *dictio* del dittatore, oppure poteva comportare la nomina dello stesso che avrebbe adottato tutte le misure per fronteggiare lo stato di crisi, compreso il *iustitium*. Diversamente, nel caso in cui non si ricorreva alla dittatura, la gestione dell'emergenza spettava agli organi magistratuali.

La differente natura del *iustitium* rispetto alla dittatura si coglie guardando alle caratteristiche dei due strumenti di gestione dell'emergenza. La dittatura, infatti, si distingueva per essere un potere monocratico, differente dalla fisionomia collegiale tipica dell'ordine repubblicano, con cui si istituiva un governo di emergenza⁵⁵.

Le prerogative del *dictator* non erano definite in modo puntuale, né era previsto alcun rimedio giuridico per impedirne un uso improprio. Il dittatore cumulava nella sua persona tutti i poteri civili e militari. L'istituto dittatoriale costituisce un momento della fase di transizione nel passaggio della forma di stato, tra monarchia e repubblica⁵⁶. Con la nomina di un dittatore sarebbero venute meno le "garanzie costituzionali", con l'unico limite consistente nel divieto di abrogare la Costituzione⁵⁷. Infatti, la dittatura – che con l'ascesa di Silla divenne anche una carica a tempo indeterminato – si caratterizzava per un ventaglio di attribuzioni talmente esteso da non potersi paragonare all'istituto del *iustitium* previsto per gestire un'emergenza dal carattere, comunque, contingente e contenuto entro i binari ordinamentali.

Le prerogative del *dictator perpetuus* erano svincolate dal verificarsi di uno specifico accadimento eccezionale⁵⁸ e piuttosto rivolti a porre le basi per una vasta riforma ordinamentale e l'instaurazione di un governo assoluto e incondizionato. In effetti, numerosi provvedimenti assunti durante la dittatura risultarono preordinati a far fronte ad un contesto "post-emergenziale" più che a risolvere una emergenza ancora in atto (modifiche

⁵³ L. Garofalo, *In tema di iustitium*, in *Piccoli scritti di diritto penale romano*, Padova 2008, 69.

⁵⁴ A. Ormanni, *Necessità (stato di)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXVII, Milano 1995, 838, il quale fa notare che la dichiarazione del *tumultus* "viene compiuta dal *dictator* su ordine del senato quando la città è in pericolo per imminente invasione: in questi casi viene sospesa ogni esenzione dal servizio militare".

⁵⁵ Come nell'antica Repubblica romana *in asperioribus bellis aut in civili motu difficilior* si provvedeva alla nomina di un *dictator* oggi dinanzi a situazioni emergenziali "non v'è ordinamento che non preveda o, comunque, non consenta la temporanea paralisi delle regole ordinarie, in funzione di estrema difesa dello Stato", così G. Morbidelli, *Diritto costituzionale e comparato*, Bologna 1995, 128.

⁵⁶ S. Mazzarino, *Dalla monarchia allo stato repubblicano*, Milano 2001, 170 ss.

⁵⁷ G. Marazzita, *op. cit.*, 60.

⁵⁸ Sebbene le dittature di Silla e Cesare furono procedute da un contesto assolutamente emergenziale come la guerra civile, effettivamente la nomina di *dictator* venne assunta solo successivamente alla fine degli scontri.

dell'organizzazione politica, riforme economico – sociali, amnistie, allargamento della cittadinanza)⁵⁹. In definitiva, la dittatura si contraddistingueva per l'esercizio di prerogative emergenziali al di fuori del verificarsi di fatti eccezionali.

Diversamente, il *iustitium* si presentava alla stregua di una sorta di legittima difesa collettiva quando vi era un pericolo imminente per la collettività. Dinanzi all'incapacità del diritto ordinario di garantire il bene comune, lo stato d'eccezione consentiva la creazione di una zona provvisoria entro la quale al magistrato era attribuito un potere di azione *extraordinem*, per preservare la *res publica*.

Insomma, soltanto al cospetto di situazioni gravi e imprevedibili trovava giustificazione l'adozione di una procedura di emergenza che veniva attivata nel caso di avvenimenti che mettevano a repentaglio la sopravvivenza stessa della *civitas*. L'effetto del *iustitium* non comportava l'automatica sospensione di qualsiasi attività ma la misura da adottare di volta in volta veniva calibrata tenendo conto del pericolo concreto.

Le conseguenze che derivavano dal *iustitium* erano l'impedimento temporaneo dell'attività giudiziaria in ambito civile e penale, (aste pubbliche, attività di gestione dell'erario, la repressione dei crimini secondo le regole ordinarie), ad eccezione di quelle indispensabili per superare lo stato di eccezione. Solo in rare circostanze siffatto istituto comportava il blocco totale delle attività commerciali e negoziali, in altre occasioni veniva stabilito un divieto limitato a quelle botteghe ubicate intorno al foro.

Alla cessazione dello stato di pericolo faceva seguito la fine del *iustitium*. Con la formale revoca dello stato di emergenza riprendevano efficacia tutte le regole in vigore. Ciò porta a ritenere che quanti avessero compiuto azioni illegali durante il periodo del *iustitium* sarebbero stati perseguiti in base alla naturale riespansione delle norme comuni, una volta decretata la fine dell'emergenza. Si riattivava ogni attività pubblica, concernente anche alla amministrazione della giustizia in ambito criminale⁶⁰. Ciò a dimostrazione del fatto che una volta usciti dallo stato di crisi era possibile adottare tutti i provvedimenti nel rispetto delle leggi vigenti.

Il *iustitium* repubblicano quindi era un istituto del diritto pubblico che segnava una frattura temporanea del diritto ordinario, ma non con l'effetto di determinarne l'interruzione assoluta del diritto, bensì allo scopo di giustificare misure eccezionali per affrontare l'emergenza.

Infatti, la sua cessazione conduceva al naturale ripristino delle ordinarie prescrizioni giuridiche.

3. L'emergenza nelle costituzioni liberali

Con le situazioni di grave emergenza istituzionale si sono misurati tutti gli ordinamenti giuridici moderni: dalle Costituzioni liberali della seconda metà dell'Ottocento ai principali testi costituzionali del Novecento, adottati dopo il secondo conflitto mondiale.

⁵⁹ Così, G. Marazzita, *op.cit.*, 72.

⁶⁰ L. Garofalo, *In tema di iustitium*, in *Piccoli scritti di diritto penale romano*, Padova 2008, 98.

L'emergenza è una circostanza improvvisa, impreveduta e imprevedibile che determina un pericolo, un danno o una sofferenza che richiede l'assunzione di rimedi immediati, per impedire che le conseguenze peggiorino o si amplifichino. Sull'esempio del vocabolo inglese *emergency* si è soliti definire una particolare condizione di cose, un momento critico che richiede un intervento tempestivo⁶¹.

Il lemma "emergenza" viene utilizzato per descrivere una situazione di fatto di particolare difficoltà e di estremo pericolo, che richiede provvedimenti speciali e urgenti⁶². L'emergenza indica inoltre uno stato, cioè la situazione giuridica che consegue all'accertamento ufficiale della stessa situazione di fatto ai fini dell'adozione degli interventi che risultano necessari per accompagnare fuori l'evento, per fronteggiare i pericoli che ne derivano⁶³.

Essa è stata tradizionalmente collocata in uno spazio di confine, in un crocevia che interseca la relazione tra autorità e libertà⁶⁴. Lo stato di emergenza viene ricostruito come una congiuntura straordinaria in cui l'esercizio dei diritti e delle libertà può essere limitato per ristabilire l'ordine costituzionale.

I poteri di crisi rappresentavano un presidio per scongiurare il rischio della dissoluzione degli ordinamenti statali per situazioni di pericolo gravi e improvvise, che potevano provenire dall'esterno o dall'interno. Tali poteri incidono temporaneamente sul normale riparto delle attribuzioni tra i diversi organi costituzionali e sulle libertà fondamentali che subiscono un affievolimento reso necessario proprio per risolvere la situazione emergenziali.

Il profilo relativo alle limitazioni delle libertà per ristabilire l'armonia istituzionale non può tralasciare di considerare le ricadute che l'emergenza comporta sul versante degli assetti tra i diversi organi e dunque sulla forma di governo. In effetti, lo studio dell'emergenza è stato affrontato sul terreno delle cause di giustificazione alle restrizioni delle libertà e alla deroga al principio di separazione dei poteri. Sicché, le scelte compiute dalle diverse Costituzioni per fronteggiare situazioni di grave crisi istituzionale consentono di valutare il livello di democraticità raggiunto da un determinato ordinamento.

Le valutazioni espresse in merito alla disciplina dell'emergenza sono strettamente correlate ad una situazione di eccezionalità che, appunto, per il suo carattere anomalo non può essere gestita con misure ordinarie. Proprio tale straordinarietà costituisce la base giustificativa per introdurre strumenti che possono derogare provvisoriamente alla ordinata ripartizione degli organi costituzionali, nonché, alla normale espansione delle libertà individuali.

Tuttavia, nelle monarchie costituzionali del VXIII e del XIX secolo la previsione dello stato di crisi finiva per costituire, sovente, un "pretesto", una sorta di "clausola di salvaguar-

⁶¹ Secondo la definizione dell'*Enciclopedia Treccani*, vocabolario online, voce "emergenza".

⁶² La definizione si trova alla voce "emergenza", in *Dizionari.repubblica.it*.

⁶³ Per la duplice valenza dello stato di emergenza, A. Pizzorusso, *Emergenza, stato di*, in *Enciclopedia delle scienze sociali* 1993, 2.

⁶⁴ Sul punto, T.E. Frosini, *La libertà costituzionale nell'emergenza costituzionale*, in *Teoremi e problemi di diritto costituzionale*, Milano 2008, 116 ss.

dia dell'assolutismo"⁶⁵, per ristabilire regimi a forte accentrimento di poteri a favore della corona. Lo stato di emergenza prevedeva una "*tendenziale concentrazione dei poteri*" in capo all'esecutivo monarchico cui si accompagnava una serie di limitazioni alle libertà.

La Costituzione francese del 1802 rispondeva allo stato di emergenza, connesso a minacce esterne capaci di mettere in pericolo le istituzioni, con la sospensione dei diritti e una poderosa concentrazione del potere nelle mani del Sovrano. Analogamente, la Costituzione austriaca del 1867, in cui il Governo poteva sfruttare la previsione dello stato di crisi e decideva senza la verifica parlamentare.

In linea di principio, lo Statuto Albertino non prevedeva una disciplina costituzionale dell'emergenza. Anzi, l'art. 6 stabiliva che il "Re nomina tutte le cariche dello Stato, fa i decreti e i regolamenti necessari per l'esecuzione delle leggi, *senza sospendere l'osservanza o dispensarne*". Eppure, la prassi costituzionale ha conosciuto una significativa eccezione. Con i proclami di Moncalieri, il Re minacciò di sospendere lo Statuto appena concesso. Il Sovrano si rivolse al popolo dopo aver sciolto la Camera, la cui maggioranza era contraria a deliberare l'indennità di guerra che il Piemonte si era impegnato a pagare all'Austria. Con il Proclama pronunciato il 20 novembre 1849 dalle mura del Castello della città di Moncalieri, Vittorio Emanuele II fece appello agli elettori del Regno di Sardegna affinché si impegnassero a portare in Parlamento una maggioranza favorevole alla ratifica del trattato di pace con l'impero austriaco⁶⁶.

I Proclami di Moncalieri risultano indicativi della pienezza di poteri "dormienti" da poter utilizzare da parte del Re, in caso di necessità istituzionale e rendono chiaramente la riluttanza della Corona a condividere il potere con l'Assemblea rappresentativa⁶⁷.

Alcune delle Costituzioni elaborate nei primi decenni del Novecento risentirono della teoria elaborata da Carl Schmitt, teoria secondo la quale "*sovrano è chi decide sullo stato di eccezione*"⁶⁸. Il costituzionalista tedesco chiarisce il suo pensiero affermando che 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 poiché a lui tocca la competenza di decidere se la costituzione in toto possa essere sospesa*"⁶⁹.

La prospettiva schmittiana ha rappresentato un aggancio per una lettura della Costituzione di Weimar giustificativa dei decreti di emergenza per la difesa del popolo e dello Stato adottati in Germania nel febbraio 1933, che hanno spalancato di fatto la strada alla dittatura nazista⁷⁰.

⁶⁵ Così, G. De Vergottini, *La Costituzione secondo d'Annunzio*, Milano 2020, 95.

⁶⁶ *Il Proclama di Moncalieri*, in *Studi piemontesi.it*.

⁶⁷ A. Vidaschi, *À la guerre comme à la guerre?. La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Torino 2007, 266.

⁶⁸ C. Schmitt, *Le categorie del "politico"*, *Saggi di teoria politica a cura di G. Miglio e P. Schiera*, Bologna 1972, 33.

⁶⁹ C. Schmitt, *op.cit.*, 34.

⁷⁰ In questo caso le minacce di sovversione furono create ad arte per legittimare l'uso di misure emergenziali, come testimonia la vicenda dell'incendio del *Reichstag* del 27 febbraio 1933. Per un'ampia e sistematica ricostruzione degli sviluppi politici della Repubblica di Weimar drammaticamente conclusa con l'ascesa al potere

In particolare, l'art. 48, al secondo comma stabiliva che *“quando la sicurezza o l'ordine pubblico del Reich siano gravemente turbati o compromessi, il Presidente del Reich può prendere le misure necessarie per ristabilirli facendo ricorso, se necessario, alla forza armata. All'uopo egli può temporaneamente sospendere l'esercizio di tutti o di parte dei diritti fondamentali garantiti dagli artt. 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153”* che riguardavano la libertà personale, la libertà di domicilio, la segretezza della corrispondenza, la libertà di manifestazione del pensiero, la libertà di riunione, la libertà di associazione e la tutela della proprietà”. Il terzo comma precisava che le misure così adottate dovevano essere portate senza indugio a conoscenza del *Reichstag* ed essere revocate ove questo lo richiedesse.

La sciagurata vicenda del passato ha convinto i Costituenti contemporanei a rifiutare con forza l'idea che fatti emergenziali possano legalizzare l'esercizio di poteri svincolati dall'osservanza dei principi fondamentali dell'ordinamento. Così si è realizzata una graduale razionalizzazione degli stati emergenziali, attraverso la costruzione di una cornice di limiti e di prescrizioni ai poteri eccezionali. Si tratta di una questione cruciale della teoria del costituzionalismo moderno, quale tecnica di limitazione del potere sovrano a fini di garanzia dei diritti.

Anche dinanzi agli stati di crisi il corollario sancito nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto del 1789, secondo cui *“ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata, non ha Costituzione”*, deve essere la bussola per orientare i comportamenti dei pubblici poteri.

Corollario che deve essere riportato in auge soprattutto nei periodi di crisi epocali e che viene ripreso quasi due secoli più tardi in diversi documenti internazionali. La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, stipulata a Roma il 4 novembre 1950, all'art.15 stabilisce che *“in caso di guerra o di altro pericolo che minacci la vita della nazione, ogni altra parte contraente può prendere misure in deroga alle obbligazioni previste nella presente convenzione nella stretta misura in cui la situazione lo esiga e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale”*. Aggiunge che nessuna deroga in caso di stato d'urgenza è autorizzata per le norme che tutelano il diritto alla vita.

Analogo principio si trova nel Patto internazionale sui diritti civili e politici, approvato dall'Assemblea generale dell'Onu il 16 dicembre del 1966. Nel documento si legge all'art.4 che *“in caso di pericolo pubblico eccezionale, che minacci l'esistenza della nazione e venga proclamato con atto ufficiale, gli Stati possono prendere misure le quali derogano agli obblighi imposti dal presente patto, nei limiti in cui la situazione strettamente lo esiga”* e purchè tali misure non comportino limitazioni al diritto alla vita e alle libertà della persona. La Convenzione americana sui diritti dell'uomo, c.d. Patto di *San José di Costa Rica* del 1969, nel titolo IV dedicato alle deroghe per gli stati di emergenza, prevede che *“in caso di guerra, di pericolo pubblico e in ogni altra situazione di crisi che minacci l'indipendenza e la sicurezza di uno*

del nazismo, si rinvia a Erich Eyck, *Storia della Repubblica di Weimar (1918 – 1933)*, traduzione italiana, Torino 1966, in particolare 609 ss.

Stato parte, questo potrà adottare le disposizioni nella misura e per il tempo strettamente limitati alle necessità della situazione”, a condizione che tali misure non siano incompatibili con il rispetto delle libertà fondamentali, dei diritti di partecipazione politica e del principio di irretroattività della legge penale.

4. L'emergenza e lo “stato di guerra” nella Costituzione italiana

La Costituzione italiana scelse di non disciplinare le situazioni di emergenza nazionale. Piuttosto il nuovo Testo si preoccupò di evitare forme di concentrazione di potere nelle mani del Governo.

La preferenza del Costituente fu chiara nella direzione di non codificare in alcun modo lo stato di necessità, eccezion fatta per il caso di guerra.

L'Italia si comportò come gli altri Paesi che uscirono sconfitti dal secondo conflitto mondiale e che avevano sperimentato regimi illiberali. Prevalse una certa diffidenza nei confronti della costituzionalizzazione di contesti emergenziali che avrebbero potuto avere conseguenze sulla forma di governo, alterando l'equilibrio della separazione dei poteri.

La scelta di prevedere una clausola generale esplicita sullo stato di emergenza, riferibile a ogni evenienza imprevedibile che si fosse presentata in futuro per fronteggiare contingenze fuori dalla normalità, fu scartata consapevolmente, come dimostrano i lavori dell'Assemblea Costituente⁷¹.

Il terreno delle misure emergenziali, di quelle solitamente adottate *“in nome della legge di necessità, per la tutela dell'ordine pubblico, per la sicurezza dello Stato, è un campo irto di pericoli; e può diventare il terreno dell'arbitrio”*⁷². Al riguardo, nel corso dei lavori preparatori, venne ricordato come lo Statuto Albertino sul punto tacesse, sebbene, con una disposizione categorica, vietasse al Capo dello Stato di sospendere le leggi, per l'angusto ricordo della monarchia francese, che nel periodo della Restaurazione era passata sul *“cadavere della libertà”*.

Deve essere, dunque, risolta in senso negativo l'estensione della norma contenuta nell'art. 78 a situazioni emergenziali che non si manifestano nella forma di aggressione da parte di una potenza straniera ma si concretizzano in modi differenti, attentando comunque alla sicurezza, all'ordine pubblico, alla sopravvivenza stessa della comunità nazionale.

⁷¹ Nei lavori della II Sottocommissione si suggerì di prevedere in Costituzione la procedura diretta a dichiarare lo stato di assedio. In particolare, l'on. La Rocca propose di attribuire tale potere al Presidente della Repubblica che *“dovrà procedere all'esame della situazione con il Consiglio della Repubblica e constatata la necessità e l'urgenza di una misura straordinaria a garanzia della vita del Paese”* e potrà proclamare lo stato d'assedio totale o parziale con l'approvazione espressa del Consiglio della Repubblica. Si decise, tuttavia, del senso del non inserimento della proposta per i pericoli che sarebbero potuti derivare alle libertà fondamentali dall'attribuzione di un tale potere ad un organo monocratico, cfr. in proposito, www.nascitacostituzione.it

⁷² Così l'on. La Rocca in II Sottocommissione, www.nascitacostituzione.it/appendice/I/ sottocommissione.

Il dibattito che si svolse in Assemblea Costituente vide, in proposito, posizioni tra loro distanti⁷³. In sede di Commissione per la Costituzione, la prima sottocommissione prendeva in considerazione “*casi di natura eccezionale come la guerra e il pericolo determinato da turbamento dell’ordine pubblico in cui esigenze di carattere generale derivate dal pericolo per la vita stessa dello Stato devono prevalere sui diritti individuali dei cittadini*”. Una disposizione dal contenuto simile venne proposta dall’on. Crispo con un articolo specifico in cui si stabiliva che: “*l’esercizio dei diritti di libertà può essere limitato o sospeso per necessità di difesa, determinate dal tempo e dallo stato di guerra, nonché per motivi di ordine pubblico durante lo stato di assedio. Nei casi suddetti le Camere, anche se sciolte, saranno immediatamente convocate per ratificare o respingere la proclamazione dello stato di assedio ed i provvedimenti relativi*”.

Alla fine, le proposte di inserimento di poteri all’esecutivo per fronteggiare emergenze differenti dallo stato di guerra non vennero mai posti in votazione. Pertanto, in Costituzione non è possibile rinvenire alcun riferimento preciso allo stato d’assedio, alla emergenza interna ed alla competenza degli organi responsabili a gestire gravi eccezionalità⁷⁴.

La preoccupazione era sempre di evitare accuratamente di scrivere norme simili a quella contenuta nella Costituzione di *Weimar* del 1919, per le conseguenze infauste che esse ebbero, favorendo, in sostanza, l’instaurazione del regime nazionalsocialista.

In altre parole, prevalse il timore che l’introduzione di una clausola sull’emergenza avrebbe potuto influire negativamente sulla tenuta democratica dell’ordinamento e sull’effettivo godimento dei diritti e delle libertà fondamentali. Le lezioni del passato e l’obbligo di difendere l’avvenire dal ritorno di un regime illiberale consigliarono cautela nella scrittura di norme sui poteri emergenziali.

Non si è trattato, dunque, né di una svista, né di una dimenticanza ma di una consapevole omissione.

Così la Costituzione non affronta il tema delle emergenze interne, latamente politiche e finalizzate a sovvertire l’ordine costituito. Cioè quelle situazioni di pericolo ricollegabili a sommosse e ribellioni, che possono giungere fino alla guerra civile.

Ma il Testo fondamentale tace anche con riferimento a situazioni eccezionali di carattere oggettivo provocate da catastrofi, come quelle di carattere sanitario (pandemie) o calamità naturali (come terremoti, alluvioni, eruzioni vulcaniche) o crisi di tipo economico – finanziario o energetico, ovvero sui fatti emergenziali connesse allo sviluppo della criminalità organizzata⁷⁵.

⁷³ G. Motzo, *Assedio (stadio di)*, in Enc. Dir., vol. III, Milano 1958, 258 ss.

⁷⁴ Così si esprime G. Motzo, *Assedio (stato di)*, cit., 260.

⁷⁵ L’ipotesi delle crisi economiche si presenta con una combinazione di effetti economici con problematiche di altro tipo (carestie, difficoltà di approvvigionamento di beni di prima necessità). I rimedi rispetto a tali situazioni di crisi non comportano solitamente restrizioni dei diritti civili, quanto piuttosto misure per agevolare determinati effetti economici (come ad esempio provvedimenti di carattere fiscale). Le situazioni di emergenza derivanti da fatti di criminalità organizzata richiedono interventi che hanno un impatto sul regime delle libertà fondamentali e sull’introduzione di particolari regimi per l’accertamento di fatti di reato (ad esempio la disciplina sui pentiti con forme di protezione e incentivazione per i componenti di organizzazioni criminali che si sono dissociati e hanno deciso di collaborare con gli inquirenti).

Non è un caso, dunque, sia stata solo la guerra - ritenuta, in quel particolare momento, la situazione più drammatica per la comunità nazionale - ad essere disciplinata in Costituzione. Lo "stato di guerra" è l'unica situazione di fatto assolutamente anomala presa in considerazione dal Costituente, la cui deliberazione spetta al Parlamento.

La Costituzione italiana, a differenza di quanto era avvenuto nella fase prerepubblicana, fin dallo Statuto albertino⁷⁶, ha privilegiato un modello che coinvolgesse le Assemblee legislative, anche al cospetto di una situazione di eccezionale emergenza, come l'evento bellico. Proprio per rimarcare l'importanza di attribuire in via esclusiva all'organo direttamente rappresentativo della sovranità popolare la fase instaurativa della guerra si scelse di escluderne il potere esecutivo⁷⁷.

Secondo l'art.5 dello Statuto spettava al Re dichiarare la guerra e con una formula simile la Costituzione attribuiva tale potere al Capo dello Stato. La dichiarazione del Sovrano era autonoma e svincolata da ogni preventivo atto di un altro organo, con la Costituzione repubblicana il suo significato muta: si tratta di un atto vincolato alla previa deliberazione del Parlamento, ma anche dovuto e meramente dichiarativo⁷⁸. Il Capo dello Stato potrebbe, comunque, rifiutarsi di dichiarare una guerra solo qualora fosse contraria ai principi ispiratori dell'art. 11 della Costituzione⁷⁹.

La decisione delle Assemblee è centrale nel muovere una guerra di difesa, l'unica legittima, avendo l'Italia solennemente ripudiato "*la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali*"⁸⁰.

Le Camere – secondo quanto disposto dall'art. 78 - deliberano lo stato di guerra e conferiscono i poteri necessari al Governo.

Il silenzio della disposizione sulla qualificazione giuridica con cui si delibera lo stato di guerra ha prodotto oscillazioni nella letteratura: tra una prospettazione che propende per la necessità del procedimento legislativo⁸¹ e l'altra che, diversamente, ritiene preferibile un atto bicamerale di natura non legislativa. Secondo Leopoldo Elia la forma dell'atto bicamerale non legislativo sarebbe da preferire per ragioni di rapidità e per evitare interventi preclusivi (l'atto di promulgazione del Presidente della Repubblica e del corpo elettorale in sede di referendum abrogativo)⁸².

Non è chiaro, inoltre, se il conferimento debba avvenire contestualmente alla deliberazione dello stato di guerra o in un momento successivo, attraverso un nuovo apposito atto delle Camere⁸³.

⁷⁶ G.F. Ferrari, *Guerra (stato di)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Milano 1970, 822.

⁷⁷ Sottolinea tale profilo, G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale*, cit. 295.

⁷⁸ G. F. Ferrari, *Guerra (stato di)*, cit. 823.

⁷⁹ S. Galeotti – B. Pezzini, *Il Presidente della Repubblica nella Costituzione italiana*, Torino 1996, 472.

⁸⁰ Se la parola ripudio significa qualcosa la guerra offensiva è vietata incondizionatamente, in questi termini di esprime G.U. Rescigno, *Gli interventi militari all'estero tra Governo, Presidente della Repubblica e Consiglio supremo di difesa*, in Il Filangieri, *Missioni militari all'estero e principi costituzionali*, *Quaderno 2017*, 41.

⁸¹ Così, ad esempio, G. F. Ferrari, *Guerra (stato di)*, cit., 834; P. Carnevale, *Il Parlamento*, in *Lineamenti di diritto pubblico*, a cura di F. Modugno, Torino 2008, 329.

⁸² L. Elia, *Gli atti bicamerali non legislativi*, in *Studi della Costituzione*, vol.II, Milano 1958, 431 ss.

⁸³ G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale*, 2003, 303.

Il Parlamento attraverso una delibera è chiamato a concedere al Governo “i poteri necessari”. Tale delibera richiama lo schema della delegazione previsto nell’art. 76 a proposito dei decreti legislativi, fissando limiti temporali e di materia.

Anche se la realtà fattuale potrebbe superare la volontà parlamentare, almeno nelle intenzioni dei Costituenti, la legge di deliberazione dello stato di guerra non è ascrivibile allo schema del controllo vero e proprio, perché la fase instaurativa della guerra è di esclusiva competenza delle Camere e solo in un momento successivo è previsto l’intervento dell’Esecutivo⁸⁴.

L’espressione “poteri necessari” esclude, in definitiva, che il Governo possa ottenere la pienezza dei poteri e ne impone una declinazione alla luce del criterio di proporzionalità⁸⁵. Con tale formula il Costituente ha voluto segnare un momento di discontinuità dal classico conferimento dei pieni poteri e, definendoli necessari, ha posto l’accento sulla puntuale correlazione tra l’evento bellico e l’estensione delle prerogative da trasferire al Governo⁸⁶. In tal modo, si è inteso evitare la concentrazione di potestà e funzioni nelle mani dell’esecutivo anche dinanzi alle necessità sorte in periodi di emergenze eccezionali, permettendo alle Camere di poter effettuare una verifica costante sull’operato del Governo⁸⁷.

L’organo legislativo può conferire al governo poteri all’interno di un perimetro ben definito, anche se ciò non esclude, in una situazione di estrema gravità, che essi possano incidere sull’esercizio delle libertà individuali⁸⁸.

La disposizione costituzionale dell’art. 78 non ha mai trovato attuazione; essendo limitata la sua previsione allo stato di guerra in “senso stretto” non annovera neanche i casi oramai frequenti di conflitti che per il diritto internazionale non si possono definire guerra⁸⁹.

Probabilmente si è trattato di una disposizione già antiquata al tempo della sua redazione⁹⁰, a maggior ragione oggi, dato che un eventuale evento bellico, magari svolto

⁸⁴ G. U. Rescigno, *Corso di diritto pubblico*, Bologna 1984, 415.

⁸⁵ Cfr. A. Patroni Griffi, *Commento art. 78*, in *Commentario Utet 2006*, 1534.

⁸⁶ Il fatto stesso della loro esplicita previsione nella norma costituzionale rende chiaro che si tratta di poteri *extra ordinem*, volti a far fronte a situazioni del tutto particolari come quelle che possono determinarsi in caso di guerra, così, F. Sorrentino, in G. Amato – A. Barbera, *Manuale di diritto pubblico*, Bologna 1986, 158.

⁸⁷ P. G. Grasso, *Pieni poteri*, in *Novissimo Dig. It. XIII*, Torino, 1966, 61, P. Pinna, *L’emergenza nell’ordinamento costituzionale italiano*, Milano 1988, 51 ss.

⁸⁸ Per F. Rimoli, (*Emergenza e adattamento sistemico. Sui limiti di resilienza degli ordinamenti democratici. Parte Prima*, in *Lo Stato, Rivista Semestrale di Scienza costituzionale e teoria del diritto*, n.14, 2020, 164) il richiamo al principio di proporzionalità “non esclude affatto che i poteri conferiti siano, appunto, tutti quelli che potrebbero servire secondo una prognosi affatto incerta, ossia senza limiti preordinati, né preordinabili, in un contesto di estrema difficoltà e rapidità operativa (e di certo non quelli costituiti dalle libertà individuali, che sarebbero inevitabilmente incise)”. La Corte Costituzionale con la sentenza n. 15 del 1982 ha ritenuto ammissibili in caso di grave emergenza per la pubblica incolumità misure di tipo restrittivo, se circoscritte ad un tempo limitato, precisando che le medesime misure dovevano ritenersi illegittime “se ingiustificatamente protratte nel tempo”.

⁸⁹ G. De Vergottini, *Guerra e Costituzione*, 2004, 229, Ciò a dimostrazione del fatto che il concetto costituzionale di guerra non si pietrifica al momento delle scelte dei Costituenti ma segue l’evolversi dei rapporti giuridici e politici dei soggetti operanti nella comunità internazionale. D’altra parte, la mancata attuazione della norma in oltre settant’anni di storia repubblicana è la dimostrazione della sua poca adattabilità al cambiamento del concetto di guerra rispetto ai modelli tradizionali.

con armi nucleari, “*si giocherebbe nell’arco di pochi minuti, con buona pace di ogni Parlamento*”⁹¹.

Le situazioni di emergenza internazionale si sono risolte con l’ausilio dell’art.11 della Costituzione, quale fonte di vincoli internazionali assunti in tema di sicurezza, ciò testimonia ancora una volta l’inadeguatezza della formula contenuta nell’art. 78⁹².

Da tempo è avvertita l’esigenza di coinvolgere in via preventiva il Parlamento anche dinanzi a situazioni diverse dalla guerra in senso stretto⁹³. Con riferimento ai c.d. interventi umanitari, consistenti nell’impegno di contingenti militari in territori di altri Stati, al fine di salvaguardare i cittadini dal rischio di genocidio o di compressione delle libertà fondamentali e delle c.d. operazioni di *peace – keeping*, si è instaurata una prassi che richiede il necessario raccordo tra legislativo ed esecutivo per legittimare tali interventi.

La legge 21 luglio 2016, n.145 si occupa di disciplinare ambiti diversi da quelli in cui venga deliberato lo stato di guerra. Il provvedimento contiene disposizioni concernenti la partecipazione dell’Italia alle missioni internazionali, razionalizzando le procedure costituzionali da seguire nel caso di invio di missioni all’estero.

Si prevede che la decisione relativa alle missioni avvenga con la delibera del Consiglio dei ministri “*previa comunicazione al Presidente della Repubblica*” che viene trasmessa dal Governo al Parlamento. Le Camere tramite appositi atti di indirizzo ai sensi dei propri regolamenti provvedono ad autorizzare la missione.

La disciplina legislativa relativa alle missioni internazionali, pur prescindendo dalla fattispecie tipica prevista nell’art.78 della Costituzione, ribadisce il criterio guida che richiede la partecipazione del Parlamento e del Presidente della Repubblica nelle decisioni sull’impiego della forza armata⁹⁴. Ed invero, nelle missioni a carattere militare all’estero che riguardano

⁹⁰ Secondo C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico, parte seconda*, Padova 1967, 618 tale procedura che appariva anacronistica fin dall’origine “*di fronte all’usanza invalsa di prescindere da ogni dichiarazione formale di guerra, o di farla coincidere con l’inizio effettivo delle ostilità*” intendeva rispondere alla ulteriore finalità di coinvolgere il Parlamento con un giudizio complessivo “*sulla situazione che ha portato o sta per portare il Paese in guerra e così consentirgli di prendere eventualmente le misure per far cessare le ostilità o impedire che scoppino*”.

⁹¹ F. Rimoli, *Emergenza e adattamento sistemico. Sui limiti di resilienza degli ordinamenti democratici*, cit., 164.

⁹² Per la necessità di una revisione della Costituzione bellica nel suo complesso, cfr. A. Vidaschi, *Commento art. 78 della Costituzione, in la Costituzione italiana vol. II, parte II, a cura di F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G. E. Vigevani*, Bologna 2018, 136, la quale ricorda che il progetto di riforma Renzi – Boschi prevedeva una revisione solo marginale dell’art. 78, da ricollegare alla modifica del sistema bicamerale, eliminando il riferimento al Senato nei passaggi procedurali concernenti la deliberazione dello stato di guerra. Anche qualora la riforma fosse stata approvata “*altro non sarebbe stata che una modifica di coordinamento, imposta dal superamento del bicameralismo paritario*”.

⁹³ Al fine di rendere utilizzabile la norma costituzionale è stata ipotizzata la predisposizione di una legge – quadro che disciplini i rapporti tra parlamento e governo e fissi i criteri puntuali per gli atti governativi da adottare durante le emergenze internazionali ; sul punto G. De Vergottini, *Diritto Costituzionale*, Padova 2012, 232, che ricorda la proposta formulata dalla Commissione istituita dal Governo Goria nel 1987, per l’esame dei problemi costituzionali concernenti il comando e l’impiego delle forze armate (c.d. Commissione Paladin).

⁹⁴ In proposito si rinvia alle puntuali considerazioni di G. De Vergottini, *Guerra, difesa e sicurezza nella Costituzione e nella prassi*, in *Missioni militari all’estero e principi costituzionali*, cit. 24 e 7, il quale osserva come la Costituzione italiana tace sull’invio di missioni all’estero da cui può scaturire il ricorso alla violenza armata. Si tratta di una evidente lacuna che dimostra “*pesantemente i segni del tempo*”. Occorre una costante lettura evolu-

l'impiego delle nostre forze armate il coinvolgimento del Parlamento è fondamentale, non soltanto per gli aspetti di carattere finanziario connessi a tali missioni, ma soprattutto per gli inevitabili riflessi di tale scelta sull'indirizzo politico⁹⁵.

5. L'emergenza e il divieto di proroga della durata delle Camere

C'è un filo che lega la norma sullo stato di guerra, come unico fatto emergenziale regolato dalla Costituzione, con la previsione del divieto esplicito di eventuali proroghe della durata delle Camere, con l'unica deroga a tale divieto, appunto, per il caso di guerra. Da questo punto di vista, assume interesse il dibattito che si svolse in Assemblea Costituente proprio intorno alla portata del divieto della proroga delle Camere, contenuto nell'art.60, 2° co.

Si prevede, infatti, che la durata di ciascuna Assemblea legislativa *“non può essere prorogata se non per legge e soltanto in caso di guerra”*. L'esigenza di una interpretazione letterale della norma risponde al bisogno di una continua sintonia delle Camere con il sentimento politico.

Non solo. Il necessario ricorso allo strumento della legge avvalorava l'idea che nei momenti di emergenza estrema l'atto legislativo costituisce *“l'unica garanzia delle minoranze nei confronti di un preteso tentativo della maggioranza di mantenersi arbitrariamente tale, sottraendosi ad uno scontato giudizio negativo dell'elettorato e al tempo stesso costituire un'indubbia remora per quest'ultima, ad avvalersi di strumenti, soltanto in apparenza, legittimi che perseguono disegni eversivi dell'ordinamento”*⁹⁶.

Così, il Costituente ha inteso preservare la correlazione tra Camere e corpo elettorale, escludendo in modo tassativo lo slittamento del momento elettivo e dunque la proroga della durata quinquennale del Parlamento, con l'unica eccezione del caso di guerra⁹⁷. Visto che la proroga delle Camere costituisce un fatto di eccezionale portata, l'espressione “caso di guerra” va intesa restrittivamente, quindi non è sufficiente un evento bellico soltanto temuto o in preparazione. Neanche sarebbe possibile invocare la proroga delle Assemblee elettive per casi emergenziali differenti dalla guerra, come l'utilizzo di forze armate italiane per missioni militari internazionali o l'erompere di calamità naturali o catastrofi sanitarie.

A riprova di ciò, venne accolto con una certa freddezza l'emendamento proposto da Costantino Mortati (e poi dallo stesso ritirato) allo scopo di ammettere la proroga al verificarsi di eventi di gravità eguale al conflitto bellico che avrebbero potuto rendere impossibile la convocazione dei comizi elettorali.

tiva che tenga conto del ruolo dei trattati internazionali istitutivi di organizzazioni le cui determinazioni impegnano lo Stato italiano.

⁹⁵ Tuttavia, la deliberazione dello stato di guerra - com'è noto - non ha mai preceduto l'invio di contingenti italiani nelle diverse missioni, in Kosovo, in Afghanistan, in Iraq, in Libia, in Niger e Somalia; in proposito si rinvia a G. Razzano, *L'amministrazione dell'emergenza, profili costituzionali*, Bari 2010, 157.

⁹⁶ S. Traversa, *Proroga e prorogatio delle Camere*, Roma 1983, 21.

⁹⁷ Purché la guerra sia stata già deliberata, v. C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo I, Padova 1967, 408.

Ancora una volta l'emergenza sanitaria ci ha colto di sorpresa. La crisi epidemiologica e la conseguente necessità di contenimento dei contagi da *Covid – 19* hanno portato alla decisione, tutt'altro che indolore, del rinvio delle elezioni amministrative e del referendum costituzionale che si sarebbero dovuti tenere nella primavera del 2020. Tuttavia, è plausibile che in Italia l'eccezionale pandemia abbia avuto l'effetto di allontanare, almeno fino ad ora⁹⁸, l'eventualità dello scioglimento anticipato delle Assemblee parlamentari⁹⁹.

Solo per una "fortuita" combinazione temporale non si è posta la questione di rinnovare le Camere durante la crisi pandemica, la scadenza regolare è, infatti, prevista per il 2023. Non è possibile sapere adesso cosa sarebbe potuto accadere nel caso in cui il termine naturale della legislatura fosse intervenuto durante l'emergenza sanitaria. L'esempio delle elezioni presidenziali negli Stati Uniti d'America celebrate regolarmente nel pieno dell'ondata pandemica, anche grazie al voto postale, induce a ritenere possibile e sempre auspicabile lo svolgimento puntuale di ogni appuntamento elettorale.

Tuttavia, a causa delle misure di confinamento imposte durante la prima fase della crisi epidemiologica numerosi Stati dell'Unione Europea hanno deciso di posticipare le elezioni¹⁰⁰.

Come ha avuto modo di ricordare la "*Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto*", meglio nota come Commissione di Venezia, la questione relativa all'indire o rinviare le consultazioni di voto è un delicato esercizio di equilibrio tra diversi interessi coinvolti¹⁰¹. Il suffragio universale libero, segreto e diretto viene preservato solo se si garantiscono campagne elettorali aperte ed eque, libertà di espressione, libertà dei media e libertà di

⁹⁸ Mentre questo scritto va alle stampe uno dei partiti politici dell'attuale maggioranza chiede una verifica di governo; *Italia Viva "punge" ancora. Nuove tensioni nella maggioranza*, in *Agi.it*, 21 dicembre 2021; L. Palmerini, *Al Quirinale il timore di una crisi al buio*, in *Il Sole24Ore*, 5 gennaio 2021.

⁹⁹ Ne è convinto S. Ceccanti, *La responsabilité des gouvernants face à la crise sanitaire*, 2 dicembre 2020.

¹⁰⁰ Oltre all'Italia, Germania, Francia, Spagna, Austria, Repubblica ceca, Polonia e Lettonia (elezioni straordinarie del consiglio comunale di Riga). In Polonia le elezioni presidenziali, inizialmente programmate per il 10 maggio 2020, sono state rinviate di quaranta giorni a causa dell'emergenza da Covid 19. Per garantire la sicurezza dei cittadini, è stato disposto che il voto potrà essere espresso sia nell'urna che per posta. In alcune località polacche a causa dell'alto numero di contagiati dal virus Sars -CoV – 2 l'elezione si è svolta unicamente per corrispondenza. Il Consiglio dei ministri francese ha rimandato il secondo turno delle elezioni municipali e depositato un progetto di legge per convocare nuove elezioni entro giugno 2020. In Spagna le Comunità autonome di Galizia e Paesi Baschi hanno adottato provvedimenti per far slittare le consultazioni previste per aprile 2020, a seguito della dichiarazione dello stato di emergenza adottato dal Governo di Madrid. Anche la Russia, per l'emergenza sanitaria in atto, ha rinviato lo svolgimento del referendum costituzionale, previsto inizialmente per il 22 aprile 2020. In Cile i cittadini avrebbero dovuto votare per riformare la Costituzione il 26 aprile. La consultazione è stata rinviata al 25 ottobre. Nel Regno Unito, le elezioni municipali inizialmente previste per il 7 maggio sono state posticipate, alla luce dei dati allarmanti sui contagi e del rischio crescente che la pandemia avrebbe limitato la partecipazione elettorale. R. Miranda, *Dopo la pandemia la Polonia torna al voto. Le sfide per Usa e Ue*, in *Formiche.it; Dalle municipali in Francia a quelle nel Regno Unito, le elezioni rinviate a causa del Coronavirus*, in *Ilsole24ore.com.*, 21 aprile 2020. Nella Repubblica centroafricana il progetto di riforma della Costituzione per il prolungamento del mandato presidenziale in nome dell'emergenza sanitaria è stato bloccato a seguito del parere contrario espresso dalla Corte costituzionale. Sulla vicenda cfr. *Focus Africa, Rassegne di documentazione 25 novembre 2020, La Corte Costituzionale della Repubblica centroafricana esprime parere sfavorevole circa il prolungamento del mandato presidenziale in nome dell'emergenza sanitaria*, in *Federalismi.it*

¹⁰¹ Cfr. *Compendio dei pareri e delle relazioni della Commissione di Venezia sullo stato di emergenza*, CDL-PI, 2020.

riunione a fini politici. Ulteriormente, è importante assicurare a tutti i partiti politici in competizione pari diritti nello svolgimento della campagna elettorale. La Commissione suggerisce inoltre agli ordinamenti nazionali di valutare la possibilità di ricorrere a metodi di votazioni a distanza, quali il voto per corrispondenza, il voto su internet, le urne elettorali mobili e il voto per delega¹⁰².

In particolare, nell'evenienza di crisi sanitaria, il Parlamento europeo invita gli Stati a valutare le conseguenze istituzionali di decisioni in merito al rinvio di elezioni. In ogni caso, secondo la Raccomandazione del Parlamento europeo, sarebbe consigliabile evitare l'approvazione di norme che dispongono di procrastinarle attraverso decisioni del potere esecutivo o con una legge adottata a maggioranza semplice, essendo opportuno indicare direttamente in Costituzione o con una legge organica i motivi tassativi ed eccezionali per differire le votazioni¹⁰³.

Per la prima volta, dopo oltre settant'anni di storia repubblicana, a causa dell'emergenza sanitaria è stato rinviato un referendum costituzionale già indetto. Il Consiglio dei ministri ha, così, in un primo momento, proceduto alla revoca del decreto presidenziale del 28 gennaio 2020 di indizione del referendum costituzionale (d. p. r. del 5 marzo 2020).

Dinanzi alla situazione di assoluta eccezionalità determinata dalla diffusione del *Coronavirus*, il Governo ha disposto anche lo spostamento di un appuntamento elettorale¹⁰⁴. L'aumento vertiginoso dei contagi che si è verificato durante la prima ondata ha reso di fatto impossibile il regolare svolgimento delle elezioni amministrative e della consultazione referendaria, quest'ultima inizialmente fissata per il 29 marzo 2020.

Con il decreto - legge 20 aprile 2020 n.26 è stato disposto il prolungamento di tre mesi della durata in carica dei Consigli regionali il cui rinnovo era previsto entro agosto 2020.

In via eccezionale, il medesimo decreto ha posticipato i termini ordinari indicati dalla legislazione vigente per lo svolgimento delle consultazioni amministrative, prevedendo altresì l'applicazione del principio dell'*election day*, anche ai fini dello svolgimento contestuale del referendum costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari¹⁰⁵.

Peraltro, la legge n.352 che disciplina le modalità di svolgimento del referendum non contiene alcuna norma relativa al rinvio o alla revoca del decreto di indizione, né prevede alcuna indicazione circa la possibilità di "associare" il referendum costituzionale con altri tipi di votazioni¹⁰⁶.

¹⁰² Parlamento europeo, *Risoluzione su impatto delle misure connesse alla Covid – 19 sulla democrazia*, cit.

¹⁰³ Parlamento europeo, *Risoluzione su impatto*, cit.

¹⁰⁴ V. De Santis, *Il voto in tempo di emergenza. Il rinvio del referendum costituzionale sul numero dei parlamentari*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 3/2020, 6 ss.

¹⁰⁵ Sempre nell'intento di prevenire il rischio di contagio da *Coronavirus* viene disposto che le consultazioni elettorali e referendarie dell'anno 2020 si svolgano nel rispetto delle modalità operative e precauzionali previste nei protocolli sanitari di sicurezza adottati dal Governo.

¹⁰⁶ La Corte Costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi su quattro conflitti di attribuzioni tra i poteri dello Stato riguardanti sotto differenti profili il referendum costituzionale sulla riduzione dei parlamentari e le elezioni regionali per i quali è stato previsto l'accorpamento il 20 e 21 settembre 2020 e li ha dichiarati, a vario titolo, inammissibili.

Il referendum costituzionale viene indetto dal Presidente della Repubblica su deliberazione del Consiglio dei Ministri e la data del voto può essere stabilita tra il cinquantesimo giorno e il settantesimo giorno del decreto di indizione. L'unica eccezione che renderebbe possibile il rinvio è contenuta nel 3° co. dell'art. 15 a tenore del quale qualora sia intervenuta la pubblicazione del testo di un'altra norma di revisione costituzionale o di un'altra legge costituzionale il Presidente della Repubblica può ritardare fino a sei mesi l'indizione del referendum, *“in modo che i due referendum costituzionali si svolgano contemporaneamente con unica votazione degli elettori per il medesimo giorno”*.

L'aggravarsi della pandemia ha indotto l'Esecutivo a porre in essere una disciplina derogatoria della legge sul referendum. Con l'art. 81 del decreto - legge n. 18 del 17 marzo 2020, recante *“misure urgenti per lo svolgimento della consultazione referendaria nell'anno 2020”* dispone che: *“in considerazione dello stato di emergenza sul territorio nazionale relativo al rischio sanitario (...) in deroga a quanto previsto dall'art. 15, primo comma della legge n.352 del 1970 il termine entro i quale è indetto il referendum confermativo del testo costituzionale”* sulla riduzione del numero dei parlamentari *“è fissato in duecentoquaranta giorni dalla comunicazione dell'ordinanza che lo ha emesso”*¹⁰⁷.

6. L'emergenza nei decreti-legge

E' certo, comunque, che nella Costituzione italiana manca una disciplina per fatti emergenziali, differenti dalla guerra. Né sarebbe possibile una lettura estensiva dell'art. 78 allo scopo di farvi rientrare situazioni di crisi diverse dall'evento bellico, come quelle di tipo terroristico, economico, finanziario, naturale, sanitario¹⁰⁸.

Tuttavia, il Testo costituzionale contiene concetti esplicitati solo in parte che rappresentano manifestazioni del diritto–dovere dello Stato di difesa delle istituzioni e di protezione della comunità nazionale. La difesa si manifesta come un comportamento obbligatorio, un dovere collocato al di sopra di tutti gli altri, in quanto strettamente connesso ai beni essenziali dell'integrità, indipendenza e sopravvivenza. Tale dovere inderogabile affonda le sue radici

¹⁰⁷ Per un miglior assetto, soprattutto in contesti emergenziali sembrano interessanti le novità introdotte dalla legge 27 dicembre 2019, n. 160 (art. 1, comma 627) che ha previsto l'istituzione del fondo per il voto elettronico e lo stanziamento per l'anno 2020 della somma di un milione di euro *“allo scopo di introdurre in via sperimentale modalità di espressione del voto in via digitale”* per le elezioni politiche ed europee e per i referendum previsti dagli art. 75 e 138. Si tratta di cogliere le opportunità offerte dallo sviluppo delle tecnologie digitali in materia elettorale. In particolare, la legge rinvia ad un decreto ministeriale la definizione delle modalità attuative del fondo e della relativa sperimentazione, limitatamente a modelli che garantiscano *“il concreto esercizio del diritto di voto degli italiani all'estero e degli elettori che, per motivi di lavoro, studio o cure mediche, si trovino in un comune di una regione diversa da quella del comune nelle cui liste risultano iscritti”*. Ovviamente, per prima cosa, occorre verificare la compatibilità dei sistemi di voto elettronico con le garanzie costituzionali dalla personalità, uguaglianza, libertà e segretezza del voto. Le consultazioni elettorali con voto elettronico devono essere circondate da una serie di garanzie per assicurino la genuinità del voto. Il voto elettronico per le elezioni politiche è utilizzato negli Stati Uniti, Brasile, India, Estonia e Svizzera.

¹⁰⁸ Diversamente, A. Celotto, *Necessitat non habem legem?*, Modena 2020, 60 secondo il quale *“con il facile senno del poi, per il coronavirus si sarebbe potuto applicare proprio l'art.78”* attraverso una lettura evolutiva della nozione di guerra rispetto all'emergenza sanitaria.

nel principio di solidarietà politica proclamato nell'art. 2 della Costituzione ed abilita il legislatore a porre ai diritti individuali limiti ragionevoli, ma anche a pretendere che ciascuno si astenga da comportamenti lesivi dei diritti altrui e che contribuisca, piuttosto, al perseguimento dell'interesse generale¹⁰⁹.

Benché il potere emergenziale non trovi un riferimento scritto nella Carta esso trova implicito e generale fondamento nella suprema garanzia di conservazione della Repubblica¹¹⁰.

La Costituzione non ha regolato lo stato di emergenza con una clausola generale¹¹¹, piuttosto ha immaginato come risposta efficace al verificarsi di casi eccezionali e "straordinarissimi"¹¹² l'istituto del decreto-legge. La convinzione da cui mossero i Costituenti è che lo stato di necessità non meritasse di essere trascurato. Per questa ragione la Carta predispose una disciplina formale molto dettagliata della funzione normativa del Governo, che, nell'intenzione dei Costituenti, doveva rappresentare una rarissima eventualità¹¹³. Una fonte pensata per l'emergenza, cui ricorrere sporadicamente e per eventi connotati da grave anomalia¹¹⁴.

Una disposizione, quella contenuta nell'art.77 della Costituzione, che individua con chiarezza gli organi competenti, i presupposti e le procedure richieste per l'adozione di tali atti. Infatti, i provvedimenti provvisori con forza di legge possono adottarsi solo nei casi straordinari di necessità e di urgenza. La Costituzione aggiunge inoltre che "*i decreti perdono efficacia fin dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro 60 giorni dalla pubblicazione*". I decreti – legge assumono la forma del decreto del Presidente della Repubblica, che può svolgere una preliminare verifica sulla opportunità del provvedimento e sulla sua conformità costituzionale. Di regola tale controllo si risolve con una richiesta di riesame al Governo¹¹⁵.

¹⁰⁹ Sul principio di solidarietà nella Costituzione italiana si rinvia a F. Giuffrè, voce *Solidarietà*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche, Aggiornamento 2020*, 397 ss.

¹¹⁰ In questo senso, G. De Minico, *Costituzione, emergenza e terrorismo*, Napoli 2016, 39.

¹¹¹ Una situazione emergenziale espressamente disciplinata in Costituzione è lo scioglimento del Consiglio regionale e la rimozione del Presidente della Regione. L'art. 126 prevede scioglimento e rimozione come espressione di tipici istituti emergenziali, capaci di sospendere provvisoriamente la forma di governo regionale. Si tratta di una misura sanzionatoria da attivare al verificarsi di fatti straordinari indicati tassativamente nella previsione costituzionale. Le fattispecie emergenziali che giustificano la procedura di rimozione degli organi regionali di vertice sono specificate nella previsione costituzionale: atti contrari alla Costituzione, gravi violazioni di legge e ragioni di sicurezza nazionale. Le gravi ragioni di sicurezza nazionale fanno riferimento alla sicurezza sia interna che esterna. Nel caso di guerra civile o di gravi sommovimenti sociali la procedura contenuta nell'art. 126 costituisce *l'extrema ratio* per ripristinare condizioni di normalità. Più in generale, la funzione della norma è di assicurare il superamento di situazioni di estrema eccezionalità, direttamente riconducibili all'attività degli organi elettivi regionali, idonei a compromettere la sopravvivenza del sistema costituzionale nel suo complesso. Sul tema, M. Mancini, *Lo scioglimento sanzionatorio degli organi regionali*, Milano 2016, 38.

¹¹² L'espressione è di C. Esposito, *Decreti - legge*, in *Diritto costituzionale vivente, Capo dello Stato e altri saggi*, Milano 1992, 183.

¹¹³ Secondo le parole utilizzate da Tosato nel dibattito in *Assemblea Costituente, 17 ottobre 1947, in Atti dell'Assemblea Costituente dal 25 giugno 1946 al 31 gennaio 1948, in Camera dei deputati, Storia.camera.it*.

¹¹⁴ Al riguardo, esattamente, D. Chinni, *Decretazione d'urgenza e poteri del Presidente della Repubblica*, Napoli 2014, in particolare 28 ss.

¹¹⁵ Secondo D. Chinni, *Decretazione d'urgenza, cit.*, 251 la trasfigurazione del decreto-legge da fonte d'eccezione a strumento ordinario di attuazione dell'indirizzo politico è frutto della mancata attivazione da parte degli altri poteri dello Stato (Parlamento, Corte Costituzionale e Presidenza della Repubblica) delle prerogative loro attribuite per arginare l'uso improprio della decretazione d'urgenza.

La Carta costituzionale è chiarissima nel subordinare l'esercizio di questo potere del Governo al verificarsi di specifici presupposti di fatto: la necessità e l'urgenza. Casi che impongono all'esecutivo di intervenire con immediatezza per scongiurare il verificarsi di danni irreparabili e per i quali non è possibile attendere i tempi lunghi del Parlamento¹¹⁶.

L'accadimento straordinario costituisce il fondamento della potestà normativa del Governo. Dinanzi al manifestarsi di un evento "eccezionale", l'esecutivo può adottare "*sotto la propria responsabilità*" atti con forza di legge nei soli casi di necessità e urgenza, che, peraltro, non vengono ulteriormente precisati. Infatti, durante i Lavori preparatori emerse chiara la consapevolezza della difficoltà di prevedere e catalogare le situazioni di necessità e di urgenza che possono insorgere nelle forme più variegata, secondo lo sviluppo degli avvenimenti politici, sociali, economici e naturali nelle diverse epoche storiche¹¹⁷. Si preferì una formula generale ed elastica, assecondando la natura del decreto-legge di fonte servente ad eventi eccezionali.

I casi straordinari in questione possono concretizzarsi in eventi non previsti, non prevedibili e inimmaginabili, in quanto tali, fuori dall'ordinario. In eventualità di questo tipo, non essendosi potuta programmare un'apposita disciplina legislativa, proprio in ragione della straordinarietà dell'evento, la Costituzione ammette l'immediato intervento governativo.

La previsione costituzionale richiede che alla straordinarietà si accompagni anche la necessità e l'urgenza, con ciò volendosi mettere in rilievo l'indifferibilità di predisporre una disciplina normativa che, quindi proprio perchè immediata, non può attendere i tempi, spesso assai dilatati, dell'iter parlamentare di approvazione della legge¹¹⁸. Con il decreto – legge il Governo esercita un potere che normalmente non ha e che gli consente di disciplinare una materia coperta da riserva di legge¹¹⁹.

Cionondimeno, a partire dagli anni Settanta la decretazione d'urgenza ha subito una "mutazione radicale", allontanandosi dal modello immaginato dal Costituente.

Il ricorso frequente ai decreti – legge si è verificato grazie a una lettura molto dilatata dei presupposti costituzionali di straordinarietà, necessità ed urgenza¹²⁰. Si è verificata, nel

¹¹⁶ G. U. Rescigno, *Corso di Diritto pubblico*, Bologna 1984, 253.

¹¹⁷ Cfr. *Atti Assemblea Costituente*, Seduta del 17 ottobre, in *Camera.it, cit.*

¹¹⁸ I. A. Nicotra, *Diritto pubblico e costituzionale*, Torino 2018, 386 ss.

¹¹⁹ I decreti -legge incontrano limiti di materia molto stringenti. Secondo l'art. 15, co. 2, l.n.400 del 1988 non può: a) conferire deleghe legislative (riservate al Parlamento dall'art. 76); b) provvedere nelle materie coperte da riserva di Assemblea (che ai sensi del co.4° dell'art.72 *Cost.* sono riservate al Parlamento e sottoposte al procedimento legislativo ordinario (disegni di legge in materia costituzionale ed elettorale, la ratifica dei trattati internazionali, leggi di approvazione di bilanci e consuntivi. c) rinnovare le disposizioni dei decreti - legge dei quali anche una sola Camera abbia negato la conversione; d) regolare i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti - legge non convertiti; e) ripristinare l'efficacia di disposizioni dichiarate illegittime dalla Corte Costituzionale per vizi non attinenti al procedimento. E', inoltre, da escludere l'uso del decreto – legge per la deliberazione dello stato di guerra. Secondo C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit. 596 "*eventuali interventi del Governo in questo campo non potrebbero ricondursi alla disciplina dell'art.77, ma semmai giustificarsi in modo diverso, cioè con il ricorso alla necessità come fonte autonoma*".

¹²⁰ La valutazione di tali presupposti di necessità e urgenza spetta in prima battuta al Governo. Si tratta dunque di una "necessità relativa" connessa alla prospettazione governativa, distante dalla "necessità assoluta" collegata ad un particolare tipo di evento. Valutazione che spetta ulteriormente alle Camere in sede di conversione, e infine al sindacato della Corte Costituzionale. Cfr. M. Mazziotti – G. M. Salerno, *Manuale di diritto costituzionale*, Padova 2010, 120.

corso del tempo, una costante forzatura delle procedure, al cospetto di una disciplina costituzionale rimasta immutata, con un divario sempre più marcato tra lo schema dell'art.77 Cost. e le prassi applicative¹²¹. In quegli anni si è passati da un decreto – legge a settimana e, in alcuni periodi, in conseguenza della c.d. reiterazione¹²², a un decreto - legge al giorno. In tal modo, si è verificato un palese aggiramento dei presupposti che legittimano la decretazione d'urgenza e “un'attribuzione di fatto del potere legislativo al Governo”¹²³ in vasti settori di materie.

Tuttavia, anche dinanzi ad uno snaturamento della natura originaria del decreto – legge, divenuto nel tempo uno strumento ordinario di normazione¹²⁴, permane pur sempre l'autentico decreto - legge, nato esclusivamente per fronteggiare eventi emergenziali. Un ritorno alle origini del decreto-legge impone al potere esecutivo di ricorrere alla decretazione d'urgenza seguendo la bussola del carattere straordinario; la sola che consente di derogare alla regola che le fonti di primo grado o sono di competenza delle Camere o spettano al Governo ma su delegazione delle Camere¹²⁵.

Quasi a voler ribadire l'intenzione dei Costituenti, il legislatore del 1988, con l'art. 15 della legge n. 400, dispone che i provvedimenti emanati dal Governo ai sensi dell'art. 77 devono presentare la denominazione di decreti – legge e indicare specificamente nel preambolo le “*circostanze straordinarie di necessità e di urgenza*” che ne giustificano l'adozione.

L'uso abnorme dei decreti – legge anche in mancanza dei requisiti di straordinaria necessità ed urgenza ha incontrato un argine nelle decisioni della Corte Costituzionale dichiarative dell'illegittimità costituzionale di decreti - legge convertiti in legge, proprio per l'evidente carenza dei presupposti richiesti dall'art.77¹²⁶. La Corte ha chiarito che straordina-

¹²¹ M. Rubechi, *La forma di governo dell'Italia Repubblicana. Genesi, caratteristiche e profili evolutivi di un modo mai risolto*, in *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, a cura di F. Cortese, C. Caruso, S. Rossi, Milano 2018, 201.

¹²² Nel corso degli anni 80 si è instaurata la prassi in base alla quale alla scadenza del sessantesimo giorno di vigenza del decreto - legge e quindi qualche giorno prima della sua decadenza, il Governo procedeva a una nuova adozione del decreto - legge, di contenuto sostanzialmente analogo a quello in procinto di scadenza ed avente effetti retroattivi. Nuova adozione che interveniva sovente più volte, creando così una “catena” di decreti – legge che eludeva i limiti temporali stabiliti dall'art. 77 Cost. Tale prassi abusata, soprattutto negli anni ottanta e novanta, è stata dichiarata illegittima dalla Corte Costituzionale, con sent. n. 360 del 1996.

¹²³ Così, P. Caretti – U. De Siervo, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino 2008, 252.

¹²⁴ Si adottano con decreto - legge “provvedimenti che potrebbero essere tranquillamente adottati dal Parlamento con legge ordinaria. La ragione politica principale del ricorso frequente al decreto -legge sta nel fatto che in tal modo il Governo (e quindi i partiti al governo) creano un fatto compiuto di fronte al quale il Parlamento si trova nella situazione svantaggiosa di chi deve distruggere quanto è stato già fatto”. Se l'esecutivo seguisse l'iter ordinario, il Parlamento si troverebbe di fronte ad una iniziativa legislativa e potrebbe discutere la questione con maggiore tranquillità (così G.U. Rescigno, *Corso di diritto pubblico*, cit. 254). Nello stesso senso, G. Silvestri, *Covid- 19 e Costituzione*, in *UniCost.it* 2020, 6, il quale fa osservare come nell'ultimo quarto di secolo il decreto - legge ha preso il posto della legge ordinaria e in occasione della pandemia si è verificato un “effetto domino” con il decreto – legge che ha sostituito la legge e i dpcm al posto del decreto - legge.

¹²⁵ T. Martines, *Diritto pubblico*, a cura di L. Ventura, Milano 2000, 315.

¹²⁶ *Corte Cost. sent. nn. 171 del 2007 e 128 del 2008*. Per la Corte l'illegittimità del decreto – legge si traduce in un vizio della stessa legge di conversione. L'eccessivo ricorso all'utilizzo della decretazione d'urgenza ha comportato anche il fenomeno della reiterazione. Infatti, per ovviare alla mancata conversione del provvedimento governativo da parte delle Camere dovuta, talvolta, alla semplice difficoltà, nel termine di 60 giorni, di concludere l'iter parlamentare, i Governi al fine di evitare la decadenza, hanno fatto ricorso alla reiterazione, riproponendo un nuovo decreto – legge pochi giorni prima dello scadere del termine di 60 giorni, di contenuto sostan-

rietà, necessità e urgenza costituiscono un requisito di validità costituzionale per l'adozione del decreto – legge, “*di modo che l'eventuale mancanza di quel presupposto configura tanto un vizio di legittimità costituzionale del decreto legge*”, quanto un vizio in procedendo della stessa legge di conversione, “*avendo quest'ultima nel caso ipotizzato, valutato erroneamente l'esistenza di presupposti di validità in realtà insussistenti e quindi convertito in legge un atto che non poteva essere legittimo oggetto di conversione*”¹²⁷.

Siffatto orientamento giurisprudenziale viene confermato con la sentenza n. 171 del 2007. La Corte interviene nuovamente sul tema per riportare i decreti – legge nel solco tracciato dalla Costituzione. In quella occasione, il Giudice delle leggi ha dichiarato, per la prima volta, l'illegittimità della legge di conversione di un decreto -legge in assenza dei requisiti previsti dall'art. 77¹²⁸.

Con tale sentenza la Corte fornisce una risposta definitiva a quelle posizioni più risalenti che reputavano inammissibile un controllo della Corte sui presupposti giustificativi dell'adozione dei decreti – legge. Fino ad allora, infatti, si riteneva riservata alla valutazione esclusivamente politica del Parlamento, in sede di conversione, la verifica dei presupposti richiesti dalla previsione costituzionale¹²⁹.

La Corte chiarisce, una volta per tutte, che il suo sindacato non sostituisce e non si sovrappone a quello iniziale del Governo e a quello successivo del Parlamento. Il suo compito si svolge su un piano differente per il fine “*di preservare l'assetto delle fonti normative e con esso il rispetto dei valori a tutela dei quali detto compito è predisposto*”¹³⁰. Infatti, la disciplina costituzionale che regola l'adozione di norme primarie non è rivolta solo a regolare il

zionalmente analogo a quello in procinto di scadenza ed avente effetti retroattivi. Tale prassi, abusata soprattutto negli anni '90 è stata dichiarata illegittima dalla Corte Costituzionale con la *sent.n.360* del 1996. La Consulta ha censurato la reiterazione perché: a) “altera la natura provvisoria della decretazione d'urgenza” prolungando la vigenza del provvedimento governativo oltre i 60 giorni consentiti dalla Costituzione; b) “toglie valore al carattere straordinario dei requisiti della necessità ed urgenza” permettendo il prolungato ricorso ad uno strumento eccezionale anche laddove il fatto su cui intervenire, ormai risalente nel tempo, sarebbe a questo punto risolvibile nell'ambito della normale programmazione politico – parlamentare; c) “attenua la sanzione della perdita retroattiva di efficacia del decreto non convertito”, consentendo di aggirare sine die la conseguente decadenza; d) altera “i caratteri della stessa forma di governo e l'attribuzione legislativa al Parlamento (art.70 Cost.), ammettendo l'introduzione di una disciplina normativa posta da un organo cui di regola, quale titolare del potere esecutivo, non spetta emanare disposizioni aventi efficacia di legge”. Cfr. F. Giuffrè, I.A. Nicotra, F. Paterniti, *Diritto pubblico e costituzionale*, Torino 2020, 404.

¹²⁷ Così, *Corte Cost.*, *sent.* n. 29 del 1995.

¹²⁸ La Corte anche recentemente ricorda che “*la legge di conversione rappresenta una legge funzionalizzata e specializzata, che non può aprirsi a oggetti eterogenei rispetto a quelli originariamente contenuti nell'atto con forza di legge. Essa ammette soltanto disposizioni coerenti con quelle originarie, essenzialmente per evitare che il relativo iter procedimentale semplificato, previsto dai regolamenti parlamentari, possa essere sfruttato per scopi estranei a quelli che giustificano il decreto - legge, a detrimento delle ordinarie dinamiche di confronto parlamentare*” (*sent.* n. 226/2019).

¹²⁹ In proposito, F. Paterniti, *Dalla astratta sindacabilità al concreto sindacato sul decreto- legge privo dei presupposti costituzionali: la Corte passa alle vie di fatto, in forum di quaderni costituzionali*; R.Romboli, *Una sentenza storica: la dichiarazione d'incostituzionalità di un decreto – legge per evidente mancanza dei presupposti di necessità e urgenza*, in *Sito AIC*; A. Ruggeri, *Ancora una stretta (seppur non decisiva) ai decreti – legge, suscettibili di ulteriori, a volte per un verso imprevedibili implicazioni a più largo raggio (a margine di Corte Cost. n. 171 del 2007)*, in *forum di Quaderni Costituzionali*; A. Quazzarotti, *Il rigore della Consulta sulla decretazione d'urgenza: una camicia di forza per la politica?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*.

¹³⁰ *Corte Cost.*, *sent.* n. 171 del 2007.

rapporto tra Parlamento e Governo ma essa è parimenti diretta *“alla tutela dei diritti e caratterizza la configurazione del sistema istituzionale nel suo complesso”*. Poiché neanche al legislatore ordinario può essere concesso *“il potere di alterare il riparto costituzionale delle competenze del Parlamento e del Governo quanto alla produzione di fonti primarie”*.

Il Parlamento, chiamato a convertire un decreto – legge, si trova a compiere valutazioni e a deliberare con riguardo ad una situazione modificata da norme poste da un organo cui di regola, quale titolare del potere esecutivo, non spetta emanare disposizioni aventi efficacia di legge.

L’assetto delle fonti normative è infatti uno dei principali elementi che caratterizza la forma di governo nel sistema costituzionale. Laddove la Costituzione stabilisce all’art. 70 che *“la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere”* rende chiaro il principio in base al quale *“l’adozione delle norme primarie spetta all’organo il cui potere deriva direttamente dal popolo”*.

In Costituzione, dunque, il ruolo del Parlamento rimane centrale e non è possibile rintracciare norme a favore di una autonomia normativa del potere esecutivo neanche dinanzi a situazioni emergenziali. Anzi, *“a togliere ogni possibilità di abusi”*¹³¹ si è stabilito che la presentazione del decreto- legge debba effettuarsi ad entrambe le Camere, che devono essere *“appositamente convocate”* e riunirsi anche se sciolte per l’esame del decreto entro cinque giorni.

Il Governo è, infatti, tenuto il giorno stesso a presentare i decreti – legge per la conversione alle Camere¹³². Il fattore temporale ha un significato molto eloquente che dimostra il

¹³¹ L’espressione è di C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico, vol.II, cit.* 593. L’art.77 detta in modo chiaro i tempi di inizio e di fine dell’esame parlamentare dei disegni di legge di conversione dei decreti- legge. A tale tassativa indicazione costituzionale i regolamenti parlamentari hanno risposto dapprima non differenziando il procedimento di esame dei disegni di legge di conversione rispetto a quello seguito per gli altri progetti di legge. In un secondo momento hanno provveduto a disciplinarlo con una serie di aggravamenti procedurali, creando un subprocedimento di controllo affidato alle commissioni affari costituzionali in contraddizione con le esigenze di speditezza. Quel sistema è stato presto abbandonato e alla Camera viene previsto un procedimento di conversione dei decreti -legge, all’interno del quale il comitato per la legislazione si deve esprimere sulla qualità del testo, sulla conformità, omogeneità e limiti di contenuto del decreto -legge. Mentre la commissione, alla quale il disegno di conversione è affidato, ha il compito di verificare la sussistenza dei presupposti costituzionali sulla base degli elementi contenuti nella relazione governativa (art.96 bis, 1 e 2 co, *Reg. Cam*).

¹³² Una recente proposta di revisione costituzionale sulla valorizzazione del Parlamento in seduta comune, l’introduzione della sfiducia costruttiva e la differenziazione delle due Camere, contiene una disposizione che modifica in parte la disciplina del decreto – legge. In particolare, il disegno di legge ha lo scopo di rafforzare i meccanismi di funzionamento del rapporto di fiducia tra esecutivo e Camere, garantendo una più sicura stabilità al Governo e restituendo al Parlamento il suo ruolo centrale nella definizione dell’indirizzo politico nazionale. Il progetto di revisione costituzionale mira a valorizzare il ruolo del Parlamento in seduta comune che, con il numero nuovo di 600 componenti a seguito del referendum sulla riduzione dei parlamentari, diventerà *“la sede unitaria dell’indirizzo politico nazionale”*, rispolverando la proposta originaria del progetto di Costituzione presentato durante i lavori dell’Assemblea Costituente. L’intento è quello di risolvere la grave instabilità governativa che ha caratterizzato tutta la storia repubblicana con alcune innovazioni che mirano a rafforzare la stabilità dell’esecutivo, correggendo alcune anomalie che hanno comportano una parziale ineffettività dell’art. 94 *Cost.* Si attribuisce al Presidente del Consiglio il potere di proporre al Capo dello Stato la revoca di un ministro. Si prevede un diverso quorum approvativo tra mozione di fiducia iniziale (maggioranza relativa) e mozione di sfiducia con la maggioranza assoluta e l’introduzione della mozione di sfiducia costruttiva, sulla falsariga dell’ordinamento tedesco. Al Parlamento in seduta comune viene attribuito il compito di accordare la fiducia e di revocare la fiducia al Governo, di autorizzare il ricorso all’indebitamento ai sensi dell’art. 81 *Cost.*, di autorizzare con legge la ratifica dei trattati internazionali. L’art.77 della Costituzione viene modificato prevedendo che sia il Parlamento in seduta comune a

carattere derogatorio della funzione legislativa affidata al Governo. Prova ne sia che le Camere, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni. La *prorogatio* si sostanzia proprio nella funzione di “chiusura” del modello costituzionale e rappresentativo nel suo complesso¹³³ di fronte alla esigenza di sottoporre atti particolarmente delicati alla approvazione delle Camere; ciò per impedire il verificarsi di possibili alterazioni dell’equilibrio tra poteri nella fase di rinnovamento delle Assemblee politiche.

Con riferimento al periodo di *prorogatio*, l’unica specifica disposizione costituzionale che prevede il preciso obbligo di riunione delle Camere riguarda proprio la presentazione dei decreti - legge. L’urgenza costituzionale collegata alla necessità di risolvere un’emergenza in atto ha spinto il Costituente a disporre espressamente che le Camere scadute, per fine naturale della legislatura o per scioglimento anticipato, sono convocate appositamente per la conversione dei decreti - legge.

Sebbene, dunque, depotenziate e in attesa della nuova composizione sancita dal voto popolare, le Assemblee legislative con poteri ridotti e limitati alla c.d. ordinaria amministrazione e alle attività indifferibili¹³⁴, sono tenute sicuramente a svolgere una funzione di controllo sull’attività del Governo, esaminando i decreti – legge per la conversione in legge.

Il Costituente con tale scelta traduce la preoccupazione di evitare che il Governo, “costretto” a legiferare in casi di emergenza, agisca in “solitudine”, coinvolgendo nelle scelte il Parlamento, anche nel periodo in cui la legislatura volge al termine.

7. Le fonti dell’emergenza Covid e l’impatto sulla Costituzione

Il Testo costituzionale, pur non avendo contemplato uno statuto per i tempi di crisi, ha dimostrato di essere resiliente e di possedere solidi antidoti dinanzi al manifestarsi di eventi eccezionali.

La sensibilità del Costituente si coglie nell’aver delineato una disciplina che si sforza di raggiungere il punto di equilibrio tra velocità della decisione e coinvolgimento delle Assemblee rappresentative.

Taluni aspetti dell’impianto costituzionale - dal riconoscimento dei diritti fondamentali al principio della riserva di legge, dal numero chiuso delle fonti primarie al primato della leg-

convertire in legge i decreti- legge. Si stabilisce, inoltre al terzo comma, che “i decreti hanno contenuto omogeneo” e la competenza del Parlamento in seduta comune a regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti. Si introduce, cioè, il principio di omogeneità del contenuto dei decreti – legge al fine di contenere l’abuso della decretazione d’urgenza da parte del Governo, “precludere l’adozione di decreti omnibus e assicurarne un esame più accurato e approfondito da parte del Parlamento”; Cfr. il Testo il testo della proposta di riforma costituzionale sulla valorizzazione del Parlamento in seduta comune, l’introduzione della sfiducia costruttiva e la differenziazione delle due Camere, in *Federalismi.it* n. 27, del 7 ottobre 2020.

¹³³ Usa questo termine S. Sicardi, *Parlamento (organizzazione e funzionamento)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Vol.X 1995, 670.

¹³⁴ L. Elia, *Durata della prorogatio delle Camere e prerogative parlamentari*, in *Foro Padano*, 1954, n.9, 109 ss.; L. Paladin, *Diritto Costituzionale*, Padova 1998, 305; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico, tomo I, cit.*, 409; P. Biscaretti di Ruffia, *Diritto Costituzionale*, Napoli 1983, 364 e 569.

ge, al principio di legalità - costituiscono altrettanti banchi di prova per verificare l'effettiva compatibilità delle norme emergenziali con l'ordinamento costituzionale.

La peculiarità della "coppia" di atti (decreto -legge, legge di conversione) tra loro collegati si sostanzia nel fatto che il decreto governativo precede e non segue (l'eventuale) legge di conversione e trova spiegazione nelle ragioni di necessità del provvedere con immediatezza.

Al cospetto di una grave calamità naturale il Governo può sostituirsi alle Camere, in quanto l'urgenza di provvedere per far fronte ad un accadimento di eccezionale portata risulta difficilmente compatibile con i tempi parlamentari. Tuttavia, tale sostituzione deve avvenire nella forma della decretazione d'urgenza, proprio perché è l'imprevedibilità delle situazioni di grave pericolo che ne giustifica l'adozione, potendo dar luogo ad un conflitto tra diritti fondamentali di milioni di persone¹³⁵. Il superamento del principio di necessità come fonte – fatto¹³⁶ è avvenuto contemplandolo in anticipo nel Testo costituzionale con il suo inquadramento nella norma sulla decretazione d'urgenza.

Con la Costituzione si è realizzato un *processo di inclusione dei casi di necessità*¹³⁷, che impone, per un verso, una risposta esplicita ed impellente a situazioni di crisi e per l'altro una determinata condotta in difesa di diritti fondamentali¹³⁸. I fatti di necessità e di urgenza

¹³⁵ Santi Romano, *Corso di diritto costituzionale*, IV ed., Padova 1833, 306.

¹³⁶ Sulla necessità come fonte – fatto, S. Romano, *Corso di diritto costituzionale, op. e loc. cit.*; Id., *L'instaurazione di fatto dell'ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in *Scritti minori*, Vol. I, Milano 1950, 386. Si v. anche E. Minniti, *Lo stato di eccezione*, Torino 2015, 51 ss. L'illustre costituzionalista siciliano (in uno dei suoi scritti, *Sui decreti e sullo stadio di assedio in occasione del terremoto di Messina*, in *Rivista di diritto costituzionale e amministrativo*, 1909, 252) si sofferma, in particolare, sul decreto reale del 3 gennaio 1909 con cui venne dichiarato lo stato d'assedio nei Comuni di Messina e di Reggio Calabria in seguito al violento terremoto del 28 dicembre 1908 che aveva devastato quei territori. Santi Romano rintraccia nella necessità, quale fonte originaria del diritto, il presupposto giustificativo del potere statale di adottare una disciplina emergenziale.

¹³⁷ Nell'ottica istituzionista, invece, la necessità era concepita come uno dei fatti sociali e politici generatori di diritto.

Anzi, essa coincideva con "la fonte prima ed originaria di tutto quanto il diritto, di modo che rispetto ad essa, le altre sono

a considerarsi in certo modo derivate". Di conseguenza, se la necessità costituiva il fondamento di legittimazione dello Stato e dell'intero ordinamento costituzionale laddove questo fosse stato instaurato attraverso un procedimento di fatto, la sua efficacia avrebbe potuto anche dispiegarsi quando, nell'ambito di un assetto già costituito, in circostanze eccezionali esigenze "categoriche ed impellenti" di forze sociali e politiche non disciplinate dal diritto scritto avessero reclamato una disciplina giuridica. La necessità e gli atti che da questa sarebbero derivati, pur essendo contrari alla legge, non per questo sarebbero stati anche antiggiuridici. All'opposto, essi sarebbero rimasti affatto interni al sistema del diritto positivo perché avrebbero trovato rispondenza in quel diritto non scritto che, nello stato d'eccezione, era ritenuto in grado di difendere l'ordinamento "da una forza ad esso ostile, o a ripristinarne l'imperio, se questo, per qualunque causa" fosse venuto meno, così F. Giuffrè, *Calamità naturali ed emergenza nella transizione costituzionale italiana: spunti a proposito di retaggi statualistici e nuova ispirazione autonomistica*, in *Diritto e società*, n.1/2001, 121.

¹³⁸ La necessità assume le caratteristiche di presupposto legittimante del decreto – legge, per la prima volta, con la legge n.100 del 31 gennaio 1926 che ha conferito al Governo la potestà di emanare, appunto nei casi di necessità, decreti con forza di legge. In proposito, M. Cavino, *I poteri normativi del Governo nel Regno d'Italia*, in *Federalismi.it*, 12 Ottobre 2020, 172, il quale ricorda che la mancanza di un fondamento normativo aveva portato ad una pronuncia delle sezioni unite della Corte di Cassazione del 16 novembre del 1922, con la quale il giudice amministrativo affermava che "l'errore di diritto, nell'aspetto generale, consiste nel fallace presupposto che il decreto -legge sia un istituto ricevuto e nettamente classificato nel diritto pubblico italiano. In Italia infatti non esiste nessuna norma costituzionale che autorizzi il Governo a investirsi in circostanze straordinarie

possiedono un riconoscimento costituzionale, che conferisce alla fonte primaria anche il potere di limitare le libertà fondamentali, purchè nel rispetto del criterio di proporzionalità e di adeguatezza, anche declinato in senso temporale¹³⁹.

Gli atti del Governo con forza e valore di legge sono infatti compatibili con il principio di riserva di legge (e di legalità), di cui è costellato lo statuto costituzionale dei diritti e delle libertà. La riserva di legge, in special modo, costituisce una declinazione del principio di separazione dei poteri, come presidio per i diritti basilari.

Con tale istituto la Costituzione attribuisce la disciplina di una determinata materia unicamente alla legge e agli atti equiparati, sottraendola così alla disponibilità di fonti ad essa subordinati, tra cui i provvedimenti del Governo che non hanno valore di legge. Nelle materie riservate, la legge è obbligata ad intervenire e non può privarsi di tale compito a favore di altre fonti.

Le decisioni più rilevanti per la vita della comunità e per i diritti dei singoli devono essere prese dal Parlamento, l'organo maggiormente rappresentativo del popolo. Ecco perché tutte le disposizioni costituzionali in materia di diritti e libertà sono sorrette dalla riserva di legge: una regola che serve ad affidare il potere legislativo alle fonti primarie. Sicché, in materie di particolare delicatezza è indispensabile sia sempre la legge a dettare la disciplina per vincolare il potere esecutivo.

Con riferimento alla libertà di circolazione e soggiorno, fra le più compromesse nel corso dell'emergenza anti – Covid, la Costituzione prevede addirittura una riserva di legge rinforzata¹⁴⁰, pertanto non basta che le limitazioni siano stabilite con legge “in via generale” ma è indispensabile la presenza di motivi di “sanità” e “sicurezza”¹⁴¹.

della potestà legislativa; anzi esistono in senso assolutamente contrario le disposizioni degli artt.3 e 6 dello Statuto”.

¹³⁹ Condivide tale interpretazione, A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., 561.

¹⁴⁰ Sul carattere della riserva di legge (oltre che rinforzata) assoluto o relativo in materia di libertà di circolazione le posizioni in dottrina sono diversificate; da ultimo ne dà conto L. Mazzaroli, *Riserva di legge e principio di legalità in tempo di emergenza nazionale. Di parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere della p.a. La reiterata e prolungata violazione degli art. 16,70 ss., 77 Cost. per tacer d'altri*, in *Federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid – 19, Paper*, 23 marzo 2020.

¹⁴¹ V., in proposito, I. Nicotra, *Territorio e circolazione delle persone nell'ordinamento costituzionale*, Milano 1995; C. Sagone, *La libertà di circolazione e le limitazioni poste per motivi di sanità nell'ordinamento regionale* in *Rivista AIC* n. 4/2020. Bisogna, invece, subito mettere in chiaro che le misure sanitarie emergenziali non hanno inciso la libertà personale. Restrizioni alla libertà personali imporrebbero, infatti, anche l'intervento dell'autorità giudiziaria. Sebbene sia stato sostenuto (G. Gatta, *I diritti fondamentali alla prova del Coronavirus, Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Sistema penale*, 2 aprile 2020) che la quarantena prevista in caso di positività al Covid limiterebbe in modo diretto la libertà personale e anzi si tradurrebbe in una forma di detenzione tale da richiedere l'intervento del giudice ai fini della convalida, tale tesi non può essere condivisa. La misura della quarantena precauzionale imposta ai soggetti che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di Covid (v. art. 1, *lett.d*) del Decreto – legge 25 marzo 2020, n. 19 convertito in legge con modificazioni dalla l.22 maggio 2020, n. 35) è un trattamento sanitario che non rientra tra gli atti qualificabili come degradanti. Nella disciplina prevista dall'art.13 della Costituzione rientrano, infatti, i trattamenti che ledono la dignità della persona e comportano la c.d. degradazione giuridica. La Corte Costituzionale ha chiaramente definito il perimetro tra le due libertà personale e di circolazione, individuando nella “degradazione giuridica” della persona uno dei profili della restrizione della libertà personale. In particolare, con la sentenza n. 419 del 1994 ha chiarito che per degrada-

Il tema della conciliabilità delle fonti emergenziali al quadro costituzionale si è posto proprio in relazione alle fonti che sono state adottate per far fronte alla crisi pandemica. Il Consiglio dei ministri delibera lo stato di emergenza nazionale il 31 gennaio 2020 per sei mesi (poi prorogato fino a ottobre e poi al 31 gennaio 2021)¹⁴², ai sensi del decreto legislativo n.1 del 2018. In particolare, vengono richiamati, l'art.7, comma 1, lett. c) e l'art.24, comma 1.

L'art. 7 del codice descrive la tipologia degli eventi emergenziali di protezione civile, operando una distinzione tra emergenze, seguendo il criterio di gravità dell'emergere di un fatto inatteso e dannoso¹⁴³. La crescita esponenziale del fenomeno emergenziale viene rappresentata su tre livelli di rischio con la conseguente descrizione dell'intervento necessario ai fini del contenimento e della gestione¹⁴⁴. Il primo livello prende in considerazione le *“emergenze connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che possono essere fronteggiati mediante interventi attuabili, dai singoli enti e amministrazioni competenti in via ordinaria”*. Il secondo livello contempla le *“emergenze connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che per loro natura o estensione comportano l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni e debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo, disciplinati dalle Regioni e dalle Province autonome di Trento e Bolzano nell'esercizio della rispettiva podestà legislativa”*.

Infine, vengono considerati gli accadimenti eccezionali di maggiore gravità come le *“emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza di intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo”*. Ai sensi del comma 1, dell'art.24 la dichiarazione può essere adottata solo *“al verificarsi degli eventi che, a seguito di una valutazione speditiva svolta dal Dipartimento della protezione civile sulla base dei dati e delle informazioni disponibili”*, presentano i requisiti di cui all'art.7 comma 1, lett. c)¹⁴⁵.

Segnatamente su tale ultima fattispecie si basa la deliberazione dell'esecutivo, che proclama espressamente *“lo stato di emergenza di rilievo nazionale”*. Il Consiglio dei ministri su proposta del Presidente del Consiglio delibera lo stato di emergenza di rilievo nazionale,

zione si intende *“una menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona, tale da poter essere equiparata a quell'assoggettamento all'altrui potere in cui si concreta la violazione dell'habeas corpus”*.

¹⁴² Secondo S. Mangiameli, *“Emergenza Conte. Il giurista: tocca a Mattarella ripristinare la Costituzione”*, *Il sussidiario.net*, 30 ottobre 2020 la proroga dello stato di emergenza ha suscitato tante discussioni nell'opinione pubblica perché i provvedimenti adottati *“per contrastare la seconda ondata non richiedevano misure eccezionali”*.

¹⁴³ Sul tema generale delle fonti emergenziali e delle ordinanze di necessità si rinvia allo studio monografico di E. Raffiotta, *Norme d'ordinanza. Contributo ad una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna 2019.

¹⁴⁴ A. Arcuri, *Cose vecchie e cose nuove sui d.p.c.m. dal fronte (...dell'emergenza coronavirus)*, in *Federalismi.it*, 12 ottobre 2020, 235.

¹⁴⁵ Secondo l'art. 7 del *Dlgs.n.1* del 2018 la dichiarazione dello stato d'emergenza di rilievo nazionale costituisce il presupposto per l'emanazione di ordinanze di protezione civile, che possono disporre in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicate nella deliberazione del Consiglio dei ministri e comunque nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione Europea.

“fissandone la durata e determinandone l'estensione territoriale con riferimento alla natura e alla qualità degli eventi e autorizza l'emanazione delle ordinanze di protezione civile, previste nell'art. 25”.

La dichiarazione di emergenza nazionale trova i suoi presupposti giustificativi¹⁴⁶, in primo luogo, nel documento adottato il 30 gennaio dall'Organizzazione mondiale della sanità, che dichiara il focolaio internazionale da Sars - Cov – 2 “un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale”. Con tale definizione si intende “un evento straordinario che può costituire una minaccia sanitaria per altri Stati membri attraverso la diffusione di una malattia e richiedere una risposta coordinata a livello internazionale”. In secondo luogo, lo stato di emergenza è reso inevitabile dall'aumento esponenziale della curva dei contagi sul territorio nazionale.

Il Codice di protezione civile attribuisce un potere di ordinanza di protezione civile al Presidente del Consiglio dei ministri per il conseguimento delle finalità del Servizio nazionale di protezione civile (art. 5)¹⁴⁷.

Tuttavia, la situazione di estrema gravità della crisi sanitaria che si è andata profilando subito dopo la dichiarazione dello stato di emergenza ha indotto il Governo a prevedere un ulteriore presupposto per l'adozione dei *Dpcm*. Ciò, probabilmente, sulla base della considerazione che il sistema di protezione civile non sia stato costruito per regolare un evento emergenziale completamente inedito e imprevedibile come quello determinato dall'infezione da Coronavirus capace di oltrepassare qualsiasi dimensione territoriale, essendo la sua particolarità di espandersi al di là di ogni confine.

A corroborare maggiormente l'idea che il d.lgs. n. 1 del 2018 costituisce fonte poco adatta a fronteggiare il rischio pandemico sovviene la chiara classificazione della tipologia dei rischi di protezione civile fornita dallo stesso Codice. In particolare, l'azione del Servizio nazionale si esplica principalmente in relazione a specifiche categorie di rischi: “*sismico, vulcanico, da maremoto idraulico, idrogeologico, da fenomeni meteorologici avversi, da deficit idrico e da incendi boschivi*”. Mentre con riferimento al rischio igienico – sanitario l'intervento del Servizio di protezione civile viene previsto come eventuale (art. 16, co.1° e 2°).

Piuttosto, il “figurino” della protezione civile risulta plasmato su una tipologia specifica di scenario emergenziale, i cui tratti caratteristici ricorrono in tutti gli eventi sismici che nel corso di decenni si sono verificati e che hanno determinato l'attivazione delle ordinanze di protezione civile¹⁴⁸. Le catastrofi naturali determinate da eventi tellurici hanno solitamente

¹⁴⁶ Analogamente, M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n.2/2020, 116.

¹⁴⁷ Il potere di ordinanza è attribuito al Presidente del Consiglio che però lo esercita tramite il Capo del Dipartimento della protezione civile, salvo che sia diversamente stabilito nell'atto in cui è deliberato lo stato di emergenza. Sempre secondo le disposizioni del Codice di Protezione civile tali ordinanze devono essere adottate previa intesa con le Regioni e Province autonome territorialmente interessate e, ove comportino deroghe alle leggi vigenti, devono contenere le indicazioni delle principali norme a cui intendono derogare e devono essere specificamente motivate. L'art. 5, comma 2, conferisce al Presidente del Consiglio il potere di predisporre gli indirizzi per lo svolgimento in forma coordinata, delle attività di protezione civile, al fine di assicurarne l'unitarietà nel rispetto delle peculiarità dei territori. Sul punto diffusamente A. Arcuri, *Cose vecchie*, cit.236 ss.

¹⁴⁸ Come osserva A. Arcuri, *Cose vecchie e cose nuove*, cit., 237, anche da alluvioni, frane, accadimenti determinati da attività umane (crollo di infrastrutture), tutti eventi riconducibili ad una particolare tipologia di feno-

una portata limitata ad una porzione del territorio nazionale. I provvedimenti emergenziali da porre in essere con immediatezza, idonei a risolvere siffatta categoria di eventi, sono circoscritti alla zona colpita e, in un secondo momento, risultano preordinati all'attività di ricostruzione.

Ragione per cui la base legittimante di tali *Dpcm* si ritrova non soltanto nella Dichiarazione dello stato di emergenza nazionale del 31 gennaio 2020 e delle relative norme del Codice di protezione civile. I decreti del presidente del Consiglio sono stati ancorati anche ai numerosi decreti -legge (d.l. n. 6 del 23 febbraio 2020, "*Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid – 19*", d.l. n.19 del 25 marzo 2020, "*Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid- 19*", d.l. n.33 del 16 maggio 2020 "*Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid- 19*"; d.l. 18 dicembre n.172, c.d. Decreto "Natale") che si sono avvicendati nel periodo dell'emergenza¹⁴⁹.

Insomma, questi ultimi hanno conferito un supplemento di legittimazione alle ordinanze del Presidente del Consiglio. Al che, si è creato un "doppio binario"¹⁵⁰ di peculiare produzione normativa per governare la crisi pandemica.

Alla dichiarazione dello stato di emergenza igienico - sanitario ha fatto seguito una lunga *filiere* di atti normativi. I decreti – legge che si sono succeduti nel tempo dell'emergenza epidemiologica hanno stabilito il potere di dare attuazione ad una serie di misure per far fronte all'emergenza sanitaria "*attraverso uno o più decreti del Presidente del Consiglio*"¹⁵¹.

Tale flusso di provvedimenti rivela la scelta dei "piccoli passi" che il Governo ha inteso seguire, congruente, peraltro, rispetto all'idea di calibrare ogni singola decisione alle indicazioni provenienti dal Comitato tecnico scientifico istituito presso il Dipartimento della protezione civile. Organo che è stato espressamente previsto nell'art.2, comma 1 del decreto – legge n.19 del 2020 con il compito di elaborare e proporre al Presidente del Consiglio le misure necessarie per fronteggiare l'emergenza epidemiologica, nonché per la ripresa graduale nei diversi settori delle attività sociali economiche e produttive, anche attraverso l'individuazione di nuovi modelli organizzativi, che tengano conto delle esigenze di contenimento e prevenzione dell'emergenza.

meni calamitosi. Che il sistema di gestione di protezione civile sia stato costruito attorno ad eventi calamitosi di questo tipo è desumibile anche dal fatto che l'art. 7, *lett. c)* fa riferimento alla porzione di territorio in cui la calamità naturale si è verificata, infatti la dichiarazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale deve determinare l'estensione territoriale, d'intesa con la Regione o la Provincia interessata.

¹⁴⁹ Analogamente, tra gli altri, M. Luciani, Il sistema delle fonti, cit., 123 e E. Raffiotta, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus*, in *BioLawJournal*, 18 marzo 2020.

¹⁵⁰ L'espressione è utilizzata da C. Sagone, *La libertà di circolazione*, cit., 105.

¹⁵¹ L. Mazzaroli, *Riserva di legge e principio di legalità in tempo di emergenza nazionale. Di parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere della p.a.*, cit.

Tuttavia, l'adozione alluvionale di provvedimenti, soprattutto durante la c.d. seconda fase del contagio, ha rischiato di produrre confusione, incertezze e anche difficoltà interpretative delle norme che impongono comportamenti e relative sanzioni per i trasgressori¹⁵².

Il decreto – legge n.6 del 23 febbraio 2020, convertito nella legge n.13 del 5 marzo 2020, ha costituito il primo atto con forza di legge contenente il presupposto di legittimazione dei provvedimenti per far fronte all'emergenza, inaugurando, appunto, la stagione dei Decreti del Presidente del Consiglio, gli oramai famosi *Dpcm*. Tale decreto – legge - che viene adottato non immediatamente, ma solo dopo un lasso di tempo dalla dichiarazione dello stato di emergenza - ha fatto sorgere dei dubbi di conformità con il principio di legalità¹⁵³.

La prima questione giuridica che si è posta ha riguardato, appunto, il d. l. n.6 che sarebbe stato solo il primo della chilometrica serie di atti della crisi sanitaria, laddove lo stesso non aveva chiarito in maniera esaustiva i poteri emergenziali. Una disposizione perplessa nella parte in cui non definiva in maniera puntuale né il contenuto dei *Dpcm*, né le “autorità competenti”, avendone tracciato in maniera labile i contorni¹⁵⁴.

Piuttosto il decreto – legge in quanto atto originario della catena emergenziale avrebbe dovuto intervenire con immediatezza per giustificare e delimitare in modo puntuale il potere dell'organo chiamato a fronteggiare l'evento straordinario¹⁵⁵. Motivo per cui le restrizioni

¹⁵² In questo senso, ad esempio, A. Morelli, *Il Re del piccolo principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti Regionali, Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, n. 1/2020, 519; E. Chieli, Chi vuole spostarsi non rischia nulla. Raccomandazione? Sgorbio giuridico, in *il Messaggero*, 26 ottobre 2020. Nel mese di ottobre sono stati adottati tre *Dpcm* in dodici giorni *Dpcm* 13 ottobre 2020, GU n. 253, del 13.10.2020, *Dpcm* 18 ottobre 2020, in GU n.258 del 18.10.2020, *Dpcm* 24 ottobre 2020, in GU n. 265, del 25.10.2020), che, in un orizzonte temporale assai breve, hanno modificato la normativa precedentemente posta, con gravi ricadute sul principio della certezza del diritto. Nei testi governativi si ritrovano formule improprie dal punto di vista giuridico, i c.d. consigli, che non obbligano i cittadini, né impongono di tenere certi comportamenti, laddove nei *Dpcm* si utilizza l'espressione “è fortemente consigliato di non uscire dal proprio comune di residenza e di non invitare persone in casa, salvo che siano congiunti”. Cfr. *Dpcm* 24 ottobre 2020, art. 1, co. 1, (in cui si raccomanda l'uso dei dispositivi di protezione delle vie respiratorie anche all'interno delle abitazioni private in presenza di persone non conviventi); art. 3, co.5, con cui si raccomanda l'utilizzo delle modalità di lavoro agile da parte dei datori di lavoro privati; art. art. 1 co. 4 in cui è scritto “E' fortemente raccomandato a tutte le persone fisiche di non spostarsi, con mezzi di trasporto pubblici e privati, salvo che per esigenze lavorative, di studio o per motivi di salute, per situazioni di necessità o per svolgere attività o usufruire di servizi non sospesi”. Naturalmente l'autorità pubblica può dispensare consigli ai privati, ma probabilmente in una sede più idonea come la circolare, piuttosto che in un Decreto del Presidente del Consiglio. Anche la prassi della comunicazione istituzionale di far precedere, con dirette sui *social*, l'emanazione degli atti governativi ha avuto un effetto disorientante rispetto all'esatta applicazione delle norme, tanto che in alcuni casi sono intervenute *faq* per chiarire l'esatto significato di espressioni utilizzate, come per gli oramai famosi “congiunti” (v. le considerazioni di A. Celotto, *Chi sono i nostri congiunti in diritto*, in *Formiche.it*, 27 aprile 2020).

¹⁵³ Critiche sono state mosse da G.M. Salerno, *Coronavirus, decreto del governo/caos e scontro tra poteri:4 domante a Conte*, in *Il sussidiario*, 26 febbraio 2020; I. Massa Pinto, *La tremendissima lezione del Covid -19 (anche) ai giuristi*, in *Questionegiustizia.it*; G. Tropea, *Il Covid-19, lo stato di diritto, la pietas di Enea*, in *Federalismi.it*, 18 marzo 2020; V. Lippolis, *Virus, governo ai limiti della Costituzione. Ora cambi strada*, in *Formiche*, 30 aprile 2020.

¹⁵⁴ L. Mazzarolli, *Riserva di legge*, cit. 13; A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit. 571; G. Silvestri, *Covid -19 e Costituzione*, cit. 5.

¹⁵⁵ Del resto davanti al mancato rispetto da parte dei *Dpcm* dell'adeguatezza e della proporzionalità si potrebbe adire la giurisdizione amministrativa.

delle libertà costituzionali devono essere previste in maniera puntigliosa nel testo del decreto-legge per poi essere attuate nel dettaglio con i *Dpcm*¹⁵⁶.

In special modo, la previsione contenuta nell'art.2 del medesimo decreto autorizzava il Presidente del Consiglio dei ministri ad adottare "*ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza*". Si trattava di una espressione alquanto vaga e indeterminata, una sorta di norma in bianco.

Con l'intenzione di correre ai ripari, l'esecutivo ha adottato il decreto – legge n.19 del 25 marzo del 2020 con cui ha riscritto, quasi integralmente, lo schema normativo contenuto nel suo precedente atto. Specificando nell'art.1, comma 2, che le misure emergenziali devono essere assunte "*secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso*", con Decreti del Presidente del consiglio dei ministri. Gli stessi devono essere "*adottati su proposta del ministro della salute, sentiti il ministro dell'interno, il ministro della difesa, il ministro dell'economia e delle finanze e gli altri ministri competenti per materia, nonché i presidenti delle Regioni interessate, nel caso in cui riguardino esclusivamente una Regione o alcune specifiche Regioni, ovvero il presidente della conferenza delle Regioni e delle Province autonome, nel caso in cui riguardino l'intero territorio nazionale*". Il decreto – legge n. 19 ha, altresì, stabilito che le misure siano adottate per periodi di tempo predeterminati, ciascuno di essi non superiore a trenta giorni.

La novità più rilevante ha riguardato, senz'altro, l'obbligo di illustrare preventivamente alle Camere il contenuto sia dei Decreti del presidente del Consiglio, sia delle ordinanze del ministro della salute, al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi dalle stesse formulati. Ove la previa illustrazione non sia possibile per motivi di urgenza connesse alla natura delle misure da adottare, il Primo Ministro riferirà alle Camere. In particolare, l'art. 2, 5° comma, prevede che i provvedimenti adottati nella forma del *Dpcm* "*sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale e comunicati alle Camere entro il giorno successivo alla loro pubblicazione*". Il Presidente del Consiglio dei ministri o un ministro da lui delegato riferisce ogni quindici giorni alle Camere sulle misure adottate.

Tuttavia, anche la procedura della c.d. *parlamentarizzazione* dei *Dpcm* non ha ricevuto un particolare apprezzamento perché non è stata considerata in grado di coinvolgere pienamente il Parlamento. Anzi, tale procedimento si è risolto, sovente, con un obbligo informativo che non ha evitato l'adozione di numerosi provvedimenti governativi in assenza di un

¹⁵⁶ Tali provvedimenti, dunque, pur avendo una natura formalmente amministrativa, nella sostanza si sono spinti oltre i confini dell'atto amministrativo, ponendo il dubbio se possano essere identificati quali atti formalmente amministrativi ma sostanzialmente normativi. Un'ipotesi del genere, tuttavia, porrebbe evidenti dubbi di legittimità, in modo particolare perché da ciò deriverebbe la possibilità di restringere le libertà costituzionali, tramite una fonte, i *Dpcm*, sottratta ai controlli di garanzia costituzionale. I primi giudici che hanno avuto modo di esaminare la natura di tale fonte hanno confermato che non si tratta di atto a carattere normativo, bensì di un atto amministrativo generale (Tar Calabria, decreto n. 25/2020); in proposito F. Giuffrè, I.A. Nicotra, F. Paterniti, *Diritto pubblico e costituzionale*, cit., 422.

previo dibattito parlamentare. In fin dei conti, le fonti del diritto del quadro emergenziale hanno comportato una significativa restrizione delle prerogative parlamentari ¹⁵⁷.

Il decreto del Presidente del Consiglio, sicuramente strumento rapido e flessibile, che consente di agire con immediatezza, tuttavia, ha insito il rischio di una sovraesposizione del titolare del potere ¹⁵⁸.

Inoltre, molti sono gli interrogativi circa la legittimità formale di tali provvedimenti. Il *Dpcm* è un atto monocratico la cui titolarità spetta al Presidente del Consiglio dei Ministri; quanto alla natura giuridica prevale l'idea che si tratti di provvedimento amministrativo, inquadrabile nella categoria delle ordinanze emergenziali che trovano il loro presupposto nella fonte di rango primario: il Testo Unico della protezione civile (d.lgs. n.1/2018).

La “peculiare atipicità” dei *Dpcm* viene evidenziata dal giudice amministrativo ¹⁵⁹: tale fonte si connota “*da un lato per le caratteristiche ben più assonanti con le ordinanze contingibili e urgenti (quali ad esempio, gli stessi interventi di profilassi igienico – sanitaria a contenuto generale attuabili con decreto del ministro della sanità (...)) in quanto si tratta di provvedimenti adottati sulla base di presupposti assolutamente eccezionali e temporalmente limitati che, a differenza degli atti amministrativi generali tout court, consentono di derogare all'ordinamento giuridico anche imponendo, come nel caso in esame, obblighi di fare e di non fare (caratteristica questa che differenzia nettamente dagli atti amministrativi generali le ordinanze contingibili e urgenti, la cui giustificazione si rinviene nell'esigenza di apprestare alla pubblica utilità adeguati strumenti per fronteggiare il verificarsi di situazioni caratterizzate da eccezionale urgenza, tali da non consentire l'utile e tempestivo ricorso alle alternative ordinarie offerte dall'ordinamento), ma dalle quali si differenziano per la carenza del presupposto della “contingibilità”, atteso che i *Dpcm* in questione riproducono contenuti già dettagliatamente evidenziati nei dd.ll. attributivi del potere presupposti”.*

Secondo la ricostruzione del Tar Lazio, quindi, i Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri sarebbero “*privi del requisito dell'astrattezza e della capacità di innovare l'ordinamento giuridico*” nè potrebbero annoverarsi tra gli atti amministrativi generali “*con i quali hanno in comune unicamente le caratteristiche della generalità dei destinatari*”. Ne consegue che “*la possibilità di utilizzo, in via del tutto residuale, di tale strumento, recando con sé l'inevitabile compressione di diritti ed interessi privati con mezzi diversi da quelli aventi un contenuto tipico e indicati dalla legge, impone il rigoroso rispetto di precisi presupposti, la cui ricorrenza l'Amministrazione è tenuta ad appurare attraverso un'accurata istruttoria, nel ri-*

¹⁵⁷ Relazione della 1° Commissione Permanente (affari costituzionale, affari della Presidenza del Consiglio, ordinamento generale dello Stato e della pubblica amministrazione), relatore Parrini, sulle modalità più efficaci per l'esercizio delle prerogative costituzionali del Parlamento nell'ambito di una emergenza dichiarata, Seduta del 3 dicembre 2020 a conclusione di una procedura d'esame dell'affare assegnato dalla Presidenza del Senato il 21 ottobre 2020.

¹⁵⁸ In questo senso B. Caravita, *L'Italia ai tempi del Coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, n.6/2020. “Un uomo solo al comando è sempre una condizione pericolosa per un governo, soprattutto per un governo democratico parlamentare. Conte ha perseguito questa linea istituzionale, facendo leva sulla paura della pandemia del Covid – 19”, così S. Mangiameli, “*Emergenza Conte. Il giurista: tocca a Mattarella ripristinare la Costituzione*”, il *Il sussidiario.net*, cit.

¹⁵⁹ Così, Tar Lazio, Sezione Prima Quater, Sent. n. 8615/2020, del 22 luglio 2020.

spetto dei limiti di carattere sostanziale e procedurale, non giustificandosi altrimenti la deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi”¹⁶⁰.

Non è possibile non notare come quella messa a punto ai tempi del Covid, sia una inusuale tecnica di produzione normativa, che sconta una *dequotazione* sempre più evidente del ruolo delle Camere. Il Governo dotando il Presidente del Consiglio di poteri *extra-ordinem*, ha di fatto determinato, insieme ai vari Comitati tecnico – scientifici appositamente istituiti¹⁶¹, l’indirizzo politico dell’emergenza, adombrando le funzioni del Parlamento.

Invero, i *Dpcm sono provvedimenti amministrativi*¹⁶² che posseggono le caratteristiche distintive delle ordinanze *extra -ordinem*¹⁶³. Con la conseguenza che la loro legittimità va scrutinata, di volta in volta, verificandone la corrispondenza ai parametri previsti dalla legge, dalla giurisprudenza costituzionale e amministrativa.

La Corte Costituzionale con una decisione del 1961, la n. 26, ha fissato il perimetro che garantisce la compatibilità di tali fonti con il quadro costituzionale: l’efficacia limitata nel tempo da commisurare con la necessità e l’urgenza, l’adeguatezza della motivazione, la pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non abbia carattere individuale. Ovviamente, tali atti devono essere conformi ai principi dell’ordinamento. La Corte ha valutato il diritto

¹⁶⁰ In quella occasione il Tar del Lazio accoglie il ricorso per l’accesso civico generalizzato e ordina all’amministrazione di consentire l’accesso dei verbali del Comitato tecnico scientifico mediante l’esibizione e il rilascio degli stessi. Il giudice amministrativo ha avuto modo di ribadire il principio della *“più ampia trasparenza alla conoscibilità normativa anche di tutti gli atti presupposti all’adozione di provvedimenti individuali o atti caratterizzati da un ben minore impatto sociale, a maggior ragione deve essere consentito l’accesso ad atti, come i verbali”* del Comitato Tecnico scientifico che indicando i presupposti fattuali per l’adozione dei Dpcm *“si connotato per un particolare impatto sui territori e sulla collettività”*. Sul ruolo dei tecnici nella gestione dell’emergenza v. E. Catelani, *I poteri del governo nell’emergenza: temporaneità o effetti stabili?*, in *Quad. Cost.*, fasc.n.4/2020, 729 ss.

¹⁶¹ Comitato previsto dall’ art. 2 dell’ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile n.630 del 3 febbraio 2020 e costituito con successivo Decreto del 5 febbraio del Capo del Dipartimento di protezione civile. Il comitato è composto dal Segretario generale del Ministro della salute, dal Direttore generale della prevenzione sanitaria del Ministero della salute, dal Direttore dell’ufficio di sanità marittima, aerea e di frontiera del Ministero della salute, dal Direttore scientifico dell’Istituto nazionale per le malattie infettive *“Lazzaro Spallanzani”*, dal Presidente dell’Istituto superiore di sanità, da un rappresentante della Commissione salute designato dal Presidente della Conferenza delle Regioni e dal coordinatore dell’ufficio promozione e integrazione del Servizio nazionale della protezione civile, con funzione di coordinatore del Comitato. Il comitato può essere integrato da ulteriori personalità per specifiche esigenze. Anche in Francia è stato nominato un *Conseil Scientifique* dal ministro della salute e della solidarietà, in funzione per tutta la durata dello stato di emergenza. Il Comitato ha il compito di fornire al Governo e al ministro della salute, alla luce delle conoscenze scientifiche, pareri pubblici sullo stato della situazione emergenziale e le misure necessarie da adottare. Sul punto, G. Mingardo, *Il ruolo del comitato tecnico – scientifico in Italia e in Francia nell’emergenza Covid – 19*, in *Biodiritto.org*, 27 marzo 2020.

¹⁶² L. Mazarroli, *Riserva di legge*, cit.16, ritiene che si tratta di atti tipicamente amministrativi e come tali rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo, posto che *“non sono atti emanati dal Governo, ma dal Presidente del Consiglio che, da solo, non esercita il potere politico in una forma di governo parlamentare com’è la nostra”*.

¹⁶³ M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza*, cit. 123; M. Cavino, *Covid – 19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it* 18 marzo 2020 e E. Raffiotta, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell’emergenza virale da Coronavirus*, cit. Diversa la posizione di A. Lucarelli, *Costituzione fonti del diritto*, cit., 568, secondo cui i *Dpcm*, adottati nel corso dell’emergenza sanitaria, poco c’entrano con il codice di protezione civile, *“che al massimo può essere inteso come norma – riconoscimento, di carattere generale, dei Dpcm”*. In sostanza, secondo l’A., nel caso di specie sarebbero soltanto i decreti – legge a tipizzare ex novo una inedita tipologia dei *Dpcm*, distanti da quello prevista nel D.lgs. n1 del 2018 e dall’art. 32 della legge istitutiva del servizio sanitario nazionale, *“ponendo in essere un rapporto tra norma giuridica e atto secondario che esula dalla mera natura esecutiva, rendendolo di fatto ingiustificabile”*.

dell'emergenza conforme al quadro costituzionale se di durata limitata. Le deroghe al sistema di protezione dei diritti sono accettabili solo se ne sia previsto un termine a breve durata, fisso o determinabile. Ciò in quanto *“l'emergenza nella sua accezione più propria è una condizione anomala e grave ma anche essenzialmente temporanea. Ne consegue che essa legittima sì misure insolite ma le stesse perdono legittimità se ingiustificatamente protratte del tempo”*¹⁶⁴.

Dunque, la proroga delle misure temporanee che comportano una *deminutio* dei diritti deve trovare giustificazione nella mancata cessazione del fatto emergenziale. Il fattore temporale vale a delimitare il diritto derogatorio dell'emergenza all'interno di confini di durata ben precisi, mettendo tra “parentesi” solo per un lasso di tempo determinato il diritto normale. La deroga deve avere una durata non superiore al fenomeno straordinario, finito il quale riacquista efficacia il sistema ordinamentale ordinario.

In considerazione del carattere particolarmente diffusivo dell'epidemia - con l'incremento dei casi di contagio in tutte le Regioni - le prescrizioni contenute in tali provvedimenti amministrativi sono funzionali a contrastare la circolazione del virus che provoca focolai anche di dimensioni rilevanti sul territorio nazionale. Cionondimeno, in un contesto emergenziale di estrema gravità come quello che stiamo vivendo, la tutela della salute deve, comunque, avvenire nel rispetto dei principi costituzionali. Ciò allo scopo di evitare che la disciplina di contrasto alla crisi pandemica possa comportare uno svuotamento progressivo delle libertà costituzionali “a colpi” di *Dpcm*¹⁶⁵ e assumere il volto di un dominio sanitario¹⁶⁶.

Anche in epoche estremamente critiche il potere amministrativo di emergenza deve trovare il suo fondamento nel principio di legalità. Principio di legalità che deve essere soddisfatto sia dal punto di vista formale sia da quello sostanziale. Nel senso che la legge non solo attribuisce il potere all'organo amministrativo deputato a gestire l'emergenza, ma deve indicare anche le modalità di esercizio dello stesso e gli obiettivi da realizzare. Ciò in quanto, come ha affermato la Corte Costituzionale, con la sentenza n.115 del 2011 *“non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa”*.

Dunque, a maggior ragione, la limitazione delle libertà fondamentali deve avvenire con il coinvolgimento delle Assemblee elettive¹⁶⁷. Ciò per evitare torsioni verso una sorta di

¹⁶⁴ Così, *Corte Cost. n.15 del 1982*.

¹⁶⁵ Particolarmente critico nei confronti della gestione dell'emergenza sanitaria da parte del Governo italiano G. Guzzetta, *Le bugie di Conte Orwell: il Parlamento ridotto a barboncino del capo*, in *Il Riformista*, 12 maggio 2020, *Id.*, *Codiv: Parlamento a bagnomaria, democrazia calpestata*, in *Il Riformista* 14 ottobre 2020.

¹⁶⁶ M. Recalcati, *I paradossi della tirannia sanitaria*, in *La Stampa* 13 ottobre 2020, il quale prende le distanze dalle numerose voci di intellettuali che si sono alzate allarmate, non tanto per la seconda ondata del virus, quanto per la gestione dell'epidemia che starebbe ingenerando il rischio di una svolta autoritaria del Paese. Una dittatura sanitaria che starebbe svuotando progressivamente le libertà individuali.

¹⁶⁷ Il c.d. *Lockdown di Natale* è stato adottato con un Decreto-legge (d.l. 18 dicembre 2020, n.172) che ha vietato tutti gli spostamenti dal 24 dicembre al 6 gennaio, con pochissime eccezioni, anche per far visita a parenti e amici.

presidenzialismo sottotraccia, con conseguente accentramento di potere nell'autorità governativa¹⁶⁸.

In occasione del dodicesimo *Dpcm* che si occupa di crisi sanitaria,¹⁶⁹ il Presidente del Consiglio anticipa il suo intervento alle Camere e soltanto successivamente adotta il provvedimento contenente ulteriori strette. Il Premier ha riferito in Aula sul testo che comprende le nuove misure per bloccare la curva dei contagi, cui è seguito un dibattito parlamentare sia alla Camera, sia al Senato. Nel suo intervento ha affermato che se anche in questo momento non vi sono evidenze scientifiche che consentono di pronosticare la misura dell'impatto delle misure già introdotte occorre "*intervenire, in un'ottica di prudenza e massima precauzione, per attuare ulteriori misure e perseguire una più stringente strategia contenitiva e mitigativa del contagio*". L'avanzata fuori controllo dell'infezione, infatti, crea un sovrappollamento nei reparti delle terapie intensive, mettendo a rischio il diritto costituzionale alle cure mediche. Motivo per cui non è possibile attendere i risultati del precedente decreto ma occorre intervenire prontamente con nuove restrizioni. Sebbene per la prima volta dall'inizio della pandemia, il *Dpcm* sia stato emanato sulla base di un previo confronto in Parlamento e tenendo in considerazione almeno alcuni degli atti di indirizzo che sono stati adottati dalle Camere¹⁷⁰ esso risulta, probabilmente, tra i più controversi della prolungata sequenza.

Tale decreto, infatti, pone molteplici interrogativi dal punto di vista del rispetto del principio di legalità. La soluzione prescelta in questo caso è stata nel senso di non introdurre limitazioni uniformi su tutto il territorio nazionale, come è avvenuto con i *Dpcm* che avevano previsto un *lockdown* generalizzato. Piuttosto nel provvedimento del Presidente del Consiglio sono presenti regole che valgono per l'intera penisola (art.1) e contestualmente vengono introdotti regimi differenziati sulla base della suddivisione delle Regioni nelle fasce di rischio, alla luce di ventuno parametri.

In particolare, l'art. 2 rinvia a una ordinanza del Ministro della salute il compito di individuare le Regioni che si collocano in uno scenario di "tipo 3" e con un livello di rischio "alto". Tale ordinanza deve essere adottata *sentiti i Presidenti della Regione interessata* e sulla base del monitoraggio dei dati epidemiologici contenuti nel documento "prevenzione e risposta a Covid -19" condivisa dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, nonché sulla base dei dati elaborati dalla cabina di regia istituita con decreto del Ministro della salute il 30 aprile 2020 e sentito il Comitato tecnico – scientifico sui dati monitorati¹⁷¹.

¹⁶⁸ L. A. Mazzaroli, "Riserva di legge" e "principio di legalità" in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, cit.

¹⁶⁹ Decreto presidente del Consiglio dei ministri su "Ulteriori disposizioni attuative del decreto -legge 25 marzo 2020, n.19 convertito con modificazioni, dalla legge 25 maggio 2020, n.35 recante "misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid -19" e del decreto -legge 16 maggio 2020, n.33, convertito con modificazioni dalla legge 14 luglio 2020, n.74, recante "Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid- 19", in G.U. del 4 novembre 2020, n.275 Serie generale. *Dpcm* adottato nel precipuo intento di preservare le strutture ospedaliere dal rischio del sovrappollamento e di appiattire la curva del contagio.

¹⁷⁰ G. Guzzetta, *Sconfitti i negazionisti della Costituzione*, in *Il Riformista*, 3 novembre 2020; *Id.*, *L'ultimo decreto di Conte è fuori dalla Costituzione*, in *Liberò*, 10 novembre 2020; N. D'Amico e G. Guzzetta, *Dpcm a raffica. Necessari modelli di previsione simili a quelli delle politiche di bilancio*, in *Il Dubbio*, 10 novembre 2020.

¹⁷¹ Ulteriori aspetti problematici sono quelli relativi alla conoscibilità dei parametri utilizzati per stabilire la "coloritura" delle Regioni e l'affidabilità del c.d. indice Rt. La garanzia di trasparenza del peso di questi indicatori

In parole semplici, il *Dpcm*, al fine di affrontare la fase critica della seconda ondata, demanda ad una ordinanza ministeriale il potere di collocare, per un periodo iniziale di 14 giorni, una Regione all'interno di c.d. zone "rosse" o "arancioni", con una serie di conseguenze in termini di restrizioni delle libertà fondamentali, da quella di circolazione a quelle economiche.

I dubbi sorgono proprio con riferimento al tipo di fonte utilizzata per conferire un potere amministrativo capace di affievolire i diritti costituzionali. Tale potere, infatti, deve trovare esclusivamente in una legge o in un atto equiparato la fonte attributiva della propria legittimazione. In forza del principio di legalità solo un atto di rango primario può abilitare una fonte di secondo grado a restringere diritti costituzionali. Prova ne sia che tutti i *Dpcm* adottati per l'emergenza Covid -19 sono stati previsti e autorizzati con i decreti – legge.

Del resto, i poteri di ordinanza sono contemplati nell'art. 32 della legge n.833 del 1978 laddove espressamente dispone che "*il Ministro della salute può emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'interno del territorio nazionale o a parte di esso comprendente più Regioni*". Tuttavia, si tratta di una legge a "fattispecie aperta"¹⁷² che autorizza genericamente atti amministrativi a regolare contesti emergenziali.

Tale potere d'ordinanza, quindi, previsto dalla legge in generale, andrebbe specificato ulteriormente non attraverso un *Dpcm*, ma con una fonte di rango primario che indichi in maniera sufficientemente chiara lo spazio di intervento di un'ordinanza limitativa delle libertà.

L'attribuzione tramite legge (o decreto – legge) consente alle Camere di esprimere l'ultima parola circa adeguatezza e proporzionalità della misura emergenziale che impone sacrifici ai diritti costituzionali, assicura il controllo del Presidente della Repubblica e in ultima istanza, eventualmente, il sindacato della Corte Costituzionale¹⁷³.

per comprendere il funzionamento degli algoritmi è fondamentale per l'acquisizione di una consapevolezza collettiva utile a dare fiducia e allocare le responsabilità delle scelte.

¹⁷² Secondo la interpretazione seguita da G. Morbidelli, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Diritto amministrativo* 2016, 36.

¹⁷³ A ciò si aggiunga un profilo di non secondaria importanza: l'ordinanza del Ministro della salute che decide sul "colore" delle Regioni e dei diritti dei suoi cittadini viene adottata senza bisogno che si perfezioni l'intesa con la Regione interessata, bastando per la validità della stessa che il Presidente della Regione interessata venga semplicemente "*sentito*" prima dell'adozione. Ciò ha fatto emergere ulteriori aspetti problematici legati alla modalità di procedere, unilaterale e preclusiva del punto di vista regionale (in proposito sia consentito rinviare a I.A. Nicotra, *Il principio di leale collaborazione*, in *La Sicilia* 8 novembre 2020). In passato la Corte ha giudicato fondate le questioni di legittimità costituzionale che lamentavano la violazione del principio di leale collaborazione istituzionale tra Stato e Regioni di alcune disposizioni della legge 7 agosto 2015, n.124 che prevedevano il parere obbligatorio ma non vincolante e non invece l'intesa. La Corte reputa l'intesa il solo strumento idoneo a realizzare la leale collaborazione tra lo Stato e le autonomie. Le intese, infatti, a differenza del "sentito", si perfezionano con l'espressione dell'assenso dei Presidenti delle Regioni e delle province autonome. L'intesa "forte" rappresenta una tipica forma di coordinamento paritario in quanto comporta che i soggetti partecipanti siano posti sullo stesso piano in relazione alla decisione da adottare, nel senso che quest'ultima deve risultare come il prodotto di un accordo. Si tratta, cioè, di una negoziazione diretta tra il soggetto cui la decisione è giuridicamente imputata e quello la cui volontà deve concorrere alla decisione stessa (Corte Cost. n.337/1989). Occorre precisare che al di là del procedimento legislativo e dell'adozione degli atti con forza di legge, il principio di leale collaborazione è chiamato ad estendere la propria efficacia soprattutto nell'adozione di atti normativi di natura secondaria, nelle differenti forme che questi possono assumere (cfr. Corte Cost. n.211 del 2016, n. 155 del 2016, n. 83 del 2016, n. 284 del 2016, n. 129 del 2016, n. 154 del 2017). Il modello vincente, soprattutto nelle situazioni emergenziali, non può

8. Il Parlamento al tempo dell'emergenza

La crisi epidemiologica ha prodotto una serie di pesanti ripercussioni anche sulla funzionalità del Parlamento, che pone con urgenza la questione di un aggiornamento delle modalità di partecipazione ai lavori parlamentari da sfoderare per i tempi eccezionali. Nuove modalità che in molti ordinamenti sono da tempo regolate con precise disposizioni. I numerosi casi di malattia da Covid tra deputati e senatori hanno posto il tema di come conciliare il funzionamento dell'istituzione parlamentare con le comprensibili preoccupazioni per la salute e la sicurezza dei parlamentari.

Certamente non si può prendere sul serio l'idea di sospendere l'attività delle Camere¹⁷⁴. Il Parlamento svolge un "servizio pubblico essenziale" per la democrazia e non si può congedare proprio nel bel mezzo di una pandemia globale, che in alcune fasi è sembrata sfuggire di mano. Le Camere sono il cuore della democrazia, costituiscono la sede naturale del confronto tra maggioranza e opposizione, la "casa di tutti" secondo la bella espressione di Vezio Crisafulli.

Soprattutto in periodi eccezionali le Assemblee rappresentative sono tenute a vigilare sui provvedimenti del potere esecutivo e ad agire nel rigoroso rispetto dei tempi dettati dall'art. 77 Cost., per convertire in legge i decreti adottati dal Governo¹⁷⁵.

Il Parlamento svolge un ruolo insostituibile per la tenuta democratica della società, ancor più in un momento in cui la crisi sanitaria impone scelte che interferiscono fortemente su diritti e libertà fondamentali. In tempi emergenziali, infatti, le Camere devono mostrare un

essere quello infecondo della separazione delle competenze, bensì l'altro della cooperazione di tutte le istituzioni territoriali, così, Ruggeri, *Il Coronavirus contagia*, cit., 373.

¹⁷⁴ Eppure, la storia recentissima racconta un caso di chiusura dell'istituzione parlamentare. Il Premier Boris Johnson aveva adottato un provvedimento di sospensione delle attività di Westminster per cinque settimane (dal 10 settembre al 14 ottobre 2019). Il Primo Ministro inglese intendeva sospendere il Parlamento per impedire ai deputati di bloccare l'uscita dall'Unione Europea. Johnson si era, infatti, impegnato a portare la Gran Bretagna fuori dalla UE prima del 31 ottobre 2019 "a qualsiasi costo" anche senza un accordo e ha trovato l'*escamotage* legale chiudendo il Parlamento. La Regina non ha potuto opporsi alla richiesta formalmente legale del Premier. La Corte Suprema britannica con una storica sentenza pronunciata il 24 settembre 2019 e votata all'unanimità dagli undici giudici del collegio ha deciso – come è noto – che la sospensione del Parlamento voluta dal Premier è "illegale, nulla e senza effetto". Secondo la decisione il Governo britannico non ha presentato "alcuna giustificazione plausibile o ragionevole" per bloccare i lavori della *House of Commons* per un periodo di tempo così lungo. Si trattava, infatti, di ottenere una chiusura del Parlamento per una durata irragionevole e per motivi legati ad una strategia politica. In altre parole, la *Prorogation* inglese, istituito di per sé conforme, alla tradizione parlamentare e democratica del Regno Unito, non è stato utilizzato, in questa occasione dal Premier Johnson, per le finalità previste dal diritto inglese. In proposito, C. Martinelli, *Downing Street vs Westminster. Anatomia di un conflitto costituzionale: dalla Premiership Johnson alla sentenza Cherry/Miller (No.2) della UKSC*, in *Osservatorio AIC n.6/2019*, il quale fa osservare come la dottrina d'oltremarica sia tutt'altro che univoca circa la giustiziabilità della *Prorogation*; F. Rosa, *Brexit e la rivincita del Parlamento?* in *Osservatorio AIC n.6/2019*.

¹⁷⁵ Con altrettanta urgenza il Parlamento è chiamato oggi ad esercitare una funzione di controllo su tutte le pubbliche amministrazioni, dal Governo a quelle centrali e periferiche, anche attraverso una commissione d'inchiesta o attraverso un diverso strumento ispettivo istituito ad hoc, sull'esempio di quanto stabilito il 20 marzo dalla Conferenza dei capigruppo dell'Assemblea nazionale francese. In Francia è stata istituita una "*mission d'information de l'Assemblée nationale sur l'impact, la gestion et les conséquences dans toute ses dimensions de l'épidémie de coronavirus – Covid 19*", sul punto C. Fusaro, *Le Camere nell'emergenza della pandemia*, in *Progresso, Europa, Riforme*, in *Quaderno n. 5/2020*.

supplemento di solidità proprio perché non possono sottrarsi all'adempimento delle funzioni preordinare alla garanzia dei diritti.

Si tratta, piuttosto, di individuare meccanismi per mettere il Parlamento in grado di svolgere le attribuzioni che gli sono proprie e rendere possibile il regolare svolgimento dei lavori parlamentari, salvaguardando il diritto alla salute dei componenti delle Camere.

La partecipazione alle riunioni di molte persone senza la possibilità di rispettare la distanza sociale presenta rischi molto alti per la trasmissione del virus. I contagi potrebbero comportare la decimazione di interi gruppi parlamentari con la conseguente alterazione della rappresentanza uscita dalle ultime elezioni politiche. Le regole precauzionali per evitare la circolazione del virus devono essere osservate in modo rigoroso anche nelle aule parlamentari.

Pur rimanendo la modalità di partecipazione in presenza "fisica" quella di gran lunga da preferire, pare opportuno disciplinare con regole dettagliate i lavori parlamentari, per evenienze eccezionali. La mancanza di modalità alternative a quelle in presenza comporterebbe, infatti, l'impossibilità di garantire pienamente a tutti i parlamentari il diritto di prendere parte alle riunioni delle Camere.

La questione non riguarda solo la mancanza del *quorum* o la possibile alterazione dell'esito del voto (per i quali si potrebbe ovviare con regole di *fair play* tra i gruppi di maggioranza e di opposizione). Ulteriori aspetti problematici interessano le votazioni che richiedono maggioranze particolarmente qualificate per le quali è necessario garantire la partecipazione di tutti i parlamentari¹⁷⁶.

Una prima risposta alla esplosione del Covid in Parlamento è arrivata dalla Conferenza dei Capigruppo della Camera dei deputati, l'11 marzo 2020, in occasione del voto per autorizzare lo scostamento di bilancio di venticinque miliardi di euro. Provvedimento necessario per sostenere le misure economiche inserite nel c.d. decreto "cura Italia". Secondo quanto dispone la Costituzione il ricorso all'indebitamento deve essere adottato dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti.

Si è concordato un provvisorio *gentlemen agreement* per permettere lo sfioramento dei limiti di bilancio previsti nell'art. 81, co. 2° della Costituzione.

Con un accordo raggiunto all'unanimità si è deciso di garantire il conseguimento della maggioranza richiesta per tale decisione, diminuendo proporzionalmente la consistenza dei gruppi parlamentari in modo di assicurare, comunque, la presenza di 350 deputati¹⁷⁷. In tal modo, il numero ridotto di presenze in aula ha consentito di rispettare le regole del distanziamento sociale e rassicurare i parlamentari sul versante del pericolo dei contagi. La Camera ha dato il via libera allo scostamento di bilancio con 332 voti favorevoli, un astenuto e nessun voto contrario. Diversa la modalità di votazione scelta dal Senato: ammettere all'interno dell'emiciclo un numero massimo di sei persone per gruppo parlamentare e di pro-

¹⁷⁶ Preoccupazioni che sono state evidenziate da S. Ceccanti nel corso della discussione alla Camera dei Deputati per la proposta di Regolamento per il Parlamento a distanza, *doc. n. 15*, il 6 ottobre 2020.

¹⁷⁷ Cfr. E. Patta, *Coronavirus, verso il voto telematico alle Camere: sì di M5s, Pd e Lega*, in *il Sole24 Ore*, 12 marzo 2020; S. Curreri, *Il Parlamento nell'emergenza*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 3/2020, 229.

cedere con la votazione per appello nominale. Il Senato ha autorizzato lo scostamento di bilancio con voto unanime, nessun contrario e nessun astenuto. In questo modo è stato possibile consentire il corretto svolgimento dei lavori parlamentari, nel rispetto delle regole per il contenimento dell'infezione¹⁷⁸.

Così, sebbene a "ranghi ridotti" le Camere hanno dato un segnale di vitalità, autorizzando il Governo all'emissione di maggior debito pubblico.

Ciò nondimeno, non può essere trascurato il contesto in cui è maturata la scelta di tale modalità dei lavori dell'aula. In quella prima fase la pandemia si era diffusa a "macchia di leopardo", interessando soprattutto la zona settentrionale del Paese, con l'effetto che la formazione "ristretta" delle Camere ha visto la minore partecipazione dei parlamentari eletti nei collegi del Nord. Alcuni parlamentari hanno contratto l'infezione, altri sono rimasti in isolamento per aver frequentato persone risultate positive, per altri ancora non era agevole raggiungere le sedi delle Camere perché provenienti da luoghi interessati da regole particolarmente stringenti per la mobilità.

Del resto, la decisione assunta dalla Conferenza dei capigruppo, benché adottata in modo unanime, non avrebbe potuto, sicuramente, impedire a ciascun parlamentare "non selezionato" (sempre che non fosse risultato positivo al Covid) di prendere parte alla votazione e svolgere le funzioni del suo mandato, recandosi personalmente presso la Camera di appartenenza¹⁷⁹.

Ad ogni modo sulla soluzione di svolgimento dei lavori parlamentari in formazione ristretta è intervenuta anche la commissione di Venezia con l'invito ai Parlamenti degli Stati dell'Unione di "tenere le loro sessioni plenarie" e di non consentire "la sostituzione temporanea dei deputati né ridurre la loro presenza anche se proporzionalmente"¹⁸⁰, quanto piuttosto di trovare soluzioni ulteriori per permettere, anche in periodi eccezionali, la partecipazione alle sedute di tutti i parlamentari.

In aggiunta un rimedio da utilizzare in casi eccezionali potrebbe essere quello di consentire a deputati e senatori l'espressione del voto nel corso di una intera giornata, similmente a quanto previsto nell'art. 135 bis, co.8 bis a proposito del voto per le autorizzazioni a procedere per i reati di cui all'art. 96 della Costituzione. La previsione regolamentare consente ai senatori di poter esprimere il voto "per tutta la durata della seduta e per quella della seduta pomeridiana prevista per lo stesso giorno mediante votazione nominale con scrutinio simultaneo ovvero, successivamente, dichiarando il voto ai segretari. Nell'intervallo tra le due sedute, i documenti di scrutinio sono custoditi sotto la vigilanza dei segretari". Una modalità di

¹⁷⁸ G. Agolino, *Le Camere alla prova dell'emergenza Covid – 19*, in *Rassegna parlamentare*, aprile - maggio 2020, 81 ss.

¹⁷⁹ Così, A. D'Aloia, *Costituzione ed emergenza, l'esperienza del Coronavirus*, in *Bio Diritto*, n.2/2020; S. Curreri, *Il Parlamento al tempo del Covid – 19: perché è necessario e legittimo il voto a distanza*, in *Perfondazione.eu*, Quaderno n.5/20, 20 marzo 2020.

¹⁸⁰ *Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto, meglio nota come Commissione di Venezia, Relazione intermedia sulle misure prese dai Paesi UE in relazione alla crisi Covid e il loro impatto sulla democrazia, lo stato di diritto e i diritti fondamentali*, 8 ottobre 2020.

voto quest'ultima capace di evitare il rischio di assembramenti e assicurare il rispetto delle regole della distanza interpersonale.

Altro espediente per salvaguardare il ruolo delle Camere nel procedimento parlamentare di conversione in legge dei decreti - legge propone di introdurre nei regolamenti la possibilità, per casi di grave emergenza, della Conferenza dei capigruppo di autorizzare la scelta del procedimento legislativo decentrato per la conversione in legge dei decreti -legge. Siffatta proposta sembra non trovare ostacoli nel Testo costituzionale. Invero, laddove la Costituzione impone per particolari tipologie di leggi la procedura normale di esame e di approvazione non fa menzione della conversione dei decreti -legge. La riserva di legge d'assemblea stabilita nel 4° comma dell'art. 72 della Costituzione è sempre adottata "*per i disegni di legge in materia costituzionale ed elettorale e per quelli di delegazione legislativa, di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali, di approvazione di bilanci e consuntivi*". In realtà, sono i regolamenti camerale che stabiliscono, in questa ipotesi, la procedura normale (art. 71 *Reg. Cam.* e art.136 *Reg. Sen.*)¹⁸¹.

Il procedimento decentrato, svolgendosi con un numero limitato di parlamentari, renderebbe più agevole il rispetto delle misure anti- contagio¹⁸².

Per superare il rischio di una incapacità deliberativa delle Camere un ulteriore rimedio suggerito è di procedere all'istituzione di Commissioni speciali ciascuna per Camera, che si occupino della legislazione durante la fase dell'emergenza sanitaria; analogamente a quelle istituite ad inizio legislatura, prima della formazione delle Commissioni permanenti.

Infatti, Senato e Camera, secondo le norme del loro regolamento, possono nominare Commissioni speciali. In questo caso "*il Presidente ne stabilisce la composizione e procede alla sua formazione attraverso le designazioni dei gruppi parlamentari, rispettando il criterio della proporzionalità*" (art. 24 R Senato e art.22, comma 2° *Reg. Camera*)¹⁸³. Tuttavia, l'esistenza di due commissioni separate potrebbe comportare un problema di funzionalità o di scarsa interazione con il Governo.

¹⁸¹ Siffatta soluzione garantirebbe, comunque, maggioranza e opposizione, poiché, secondo l'art.72, 3° comma, sarebbe sempre possibile per il Governo e per le minoranze (un decimo dei componenti della Camera e un quinto della Commissione) il potere di rimessione del disegno di legge alla camera, fino al momento della sua approvazione definitiva, "perché sia discusso o votato dalla camera stessa oppure sia sottoposto alla sua approvazione finale con le sole dichiarazioni di voto". In tal senso, G. Silvestri, *Covid – 19 e Costituzione*, cit.

¹⁸² Si è pure avanzata l'idea di individuare sedi di dimensioni idonee a riunire, debitamente distanziati, il plenum dei parlamentari e i funzionari delle Camere. Ciò al fine di consentire il confronto e la discussione, che costituiscono una parte fondamentale dell'attività del parlamentare perché finalizzate al raggiungimento di mediazioni e accordi politici. Restano le difficoltà, costituzionali e logistiche, legate allo spostamento temporaneo della sede dai luoghi tradizionali della rappresentanza. La questione è trattata da G. Agolino, *Le Camere alla prova*, cit., 87 e M. Adinolfi, *Voto a distanza e modalità di presenza: una questione di principio*, in *Perfondazione.eu*, quad. 5/20, 19 marzo 2020.

¹⁸³ Nel diritto parlamentare italiano fondato su commissioni permanenti specializzate, le Commissioni speciali sono strumenti di carattere residuale. In particolare, esse vengono istituite ad inizio legislatura quando si tratta di esaminare la conversione dei decreti - legge pendenti o schemi di decreti legislativi, prima della costituzione delle Commissioni permanenti, che di solito avviene dopo la formazione del Governo. Una commissione speciale si è occupata, nella XI legislatura della riforma delle immunità parlamentari e nella XIII legislatura una commissione ad hoc è stata istituita per disciplinare la normativa anticorruzione. Tali commissioni con funzioni referenti, talvolta consultive e di indirizzo, hanno mandato su materie definite nell'atto costitutivo e la loro durata non eccede quella della legislatura. Cfr. L. Gianniti, N. Lupo, *Corso di diritto parlamentare*, Bologna 2018, 155.

L'alternativa è l'istituzione di una Commissione bicamerale *ad hoc* per la crisi da Coronavirus¹⁸⁴, purché nel rispetto della relazione maggioranza – opposizione. Nello specifico, siffatto organo straordinario e temporaneo, avrebbe la competenza di esaminare in sede redigente i decreti – legge, lasciando alle due Assemblee il voto sui singoli articoli di legge e del testo nel suo insieme, con modalità da remoto¹⁸⁵. Il disegno di legge n.1834 prevede l'istituzione per la durata della XVIII legislatura di una Commissione composta da dieci senatori e dieci deputati, in modo da rispettare la proporzione tra i gruppi parlamentari e un presidente eletto a maggioranza assoluta dei componenti da scegliere tra i esponenti dell'opposizione¹⁸⁶.

Con l'arrivo la c.d. seconda ondata pandemica il Parlamento italiano si è trovato nuovamente in sofferenza, per il sensibile aumento dei casi di deputati di maggioranza e di opposizione assenti dall'aula perché posti in quarantena fiduciaria. La mancanza del numero legale ha portato a rinviare, una prima volta, il voto parlamentare sulla risoluzione del ministro della salute alla Camera.

Nella seduta di martedì 6 ottobre 2020, proprio in occasione della votazione sulla risoluzione a seguito delle comunicazioni rese dal ministro della salute sulle misure emergenziali, non era stato raggiunto il numero legale. La votazione è stata posticipata al giorno successivo per l'impedimento oggettivo di alcuni deputati impossibilitati a partecipare perché in quarantena o in isolamento fiduciario in seguito alla riscontrata positività al Covid.

Per ovviare all'assenza del numero legale, la Camera ha adottato una soluzione provvisoria: i deputati impediti sono stati considerati assenti giustificati. A tale scopo, è stato richiamato l'art.46, 2° comma del Regolamento della Camera che recita testualmente “*i deputati che sono impegnati per incarico avuto dalla Camera, fuori della sua sede, o se membri del Governo per ragioni del loro ufficio, sono computati come presenti, per fissare il numero legale*”. La norma, cioè, considera “presenti” anche coloro che fisicamente non sono in aula, deputati e membri del Governo impegnati in “missione”¹⁸⁷.

L'istituto della missione è connesso direttamente alla funzione svolta dal parlamentare per incarico avuto dalla Camera o all'esercizio del ruolo di governo. Perché sia possibile computare come presenti i parlamentari che al momento del voto non si trovino in aula deve sussistere una delle due fattispecie indicate nell'art.46. Tuttavia, l'istituto della missione ha trovato applicazione anche in occasione di circostanze differenti. Un parere della giunta per il regolamento della Camera del 4 ottobre 2011 ha equiparato all'assenza per missione la po-

¹⁸⁴ L'espressione è di C. Fusaro, *Coronavirus, meglio niente Parlamento o un Parlamento smart*, in *Libertàeguale.it*.

¹⁸⁵ La proposta di legge costituzionale A.C. 2452 (primo firmatario S. Ceccanti) depositata alla Camera il 30 marzo 2020 prevede “*l'introduzione degli artt.55 bis e 55 ter della Costituzione, concernenti la dichiarazione dello stato di emergenza e l'istituzione di una Commissione parlamentare speciale per l'esercizio delle funzioni delle Camere*”. In senso analogo, F. Clementi, *Parlamento difeso con il voto a distanza*, in *IlSole24ore*, 16 marzo 2020.

¹⁸⁶ *Relazione sulla prima commissione permanente, cit.*, 7.

¹⁸⁷ P. Pisicchio, *Pandemia da Covid -19 e Assemblee parlamentari, tra contagi, congedi e missioni*, in *Federalismi.it*, 21 ottobre 2020.

sizione delle deputate assenti ai lavori parlamentari nei periodi corrispondenti al regime di astensione obbligatoria per maternità¹⁸⁸.

Sulla scorta di tale precedente e per superare l'inconveniente dei parlamentari mancanti a causa del Covid, la Giunta per il Regolamento¹⁸⁹ ha deciso di considerare in "missione" i deputati in quarantena e quanti di loro siano risultati positivi al virus e perciò impossibilitati, ad accedere alle sedi istituzionali¹⁹⁰.

Con tale *escamotage* la Camera è riuscita ad approvare la risoluzione della maggioranza sulle misure di contenimento del Covid¹⁹¹.

Tuttavia, la questione della presenza dei parlamentari potrebbe riproporsi ogni qual volta per l'approvazione di provvedimenti sono richieste maggioranze particolarmente elevate. Da quelli per una nuova autorizzazione allo sfioramento del debito al voto su progetti di revisione costituzionale¹⁹².

9. Un diritto parlamentare per periodi eccezionali

Il rimedio per evitare, nei periodi emergenziali, un progressivo e inesorabile esautoramento delle Camere va ricercato nella predisposizione di un diritto parlamentare dell'emergenza e la possibilità di consentire, in casi del tutto eccezionali, il voto a distanza, attraverso l'uso di dispositivi informatici¹⁹³.

¹⁸⁸ Una equiparazione discutibile sul piano formale, tuttavia giustificata dall'esigenza di tutelare la maternità delle parlamentari, in virtù del principio contenuto nell'art.31, 2° co. della Costituzione.

¹⁸⁹ Giunta del Regolamento della camera dei deputati, Deliberazione del 7 ottobre 2020.

¹⁹⁰ "Se la situazione del contagio dovesse peggiorare è chiaro che ci sarà un problema oggettivo in Parlamento di approvazione di documenti contabili e di bilancio" ha dichiarato con preoccupazione il Presidente del Consiglio dei ministri, in *La Repubblica* 8 ottobre 2020.

¹⁹¹ Si tratta del voto che riguarda la proroga allo stato di emergenza fino al 31 gennaio 2021 contenuto nel decreto – legge 7 ottobre 2020, n. 125 recante "misure urgenti connesse con la proroga della dichiarazione dello stato di emergenza epidemiologica da Covid – 19 e per la continuità operativa del sistema di allerta Covid, nonché per l'attuazione della direttiva (UE) 2020/739 del 3 giugno 2020" e le norme del Dpcm sull'obbligo delle mascherine nei luoghi chiusi e anche all'aperto. Per coloro che non si adeguano alle prescrizioni è prevista una multa da 400 a 1000 euro. Alle Regioni viene inoltre consentito di disporre provvedimenti più restrittivi, ma non di alleggerire le misure anti-contagio rispetto alle regole imposte a livello statale.

¹⁹² Come fa notare opportunamente S. Ceccanti, *Voting, la Camera al lavoro per far votare deputati in quarantena*. S. Ceccanti "Utile per evitare la paralisi del Parlamento", in *Key4bis*. Vi è inoltre l'incognita legata alla circostanza che i parlamentari in quarantena potrebbero appartenere in numero maggiore alla maggioranza rispetto all'opposizione. In evenienze di questo tipo qualora ponesse la questione di fiducia il Governo sarebbe costretto a dimettersi per una votazione dall'esito condizionato per l'impossibilità della presenza fisica dei parlamentari contagiati.

¹⁹³ Sulla tematica dell'introduzione del voto elettronico la letteratura è molto vasta, per tutti si rinvia a F. Clementi, *Proteggere la democrazia rappresentativa tramite il voto elettronico: problemi, esperienze e prospettive (anche nel tempo del Coronavirus), una prima introduzione*, in *Federalismi* n.6/2020; S. Curreri- C. Marchese, *Il voto telematico "no presencial" nell'esperienza delle assemblee rappresentative spagnole*, *ivi*; C. Marchese, *Il voto elettronico nelle esperienze latino – americane: il modello brasiliano e quello venezuelano*; M. Schirripa, *Il voto elettronico nell'esperienza europea tra pregi e criticità*, *ivi*; M. Schirripa, *Il ritorno dell'e-voting alla luce della pandemia da Covid – 19. Una riflessione sull'esperienza canadese*, *ivi*; S. Trancossi, *Il paradossale ruolo della tecnologia nelle elezioni Usa*, *ivi*; P. Viola, *Il voto elettronico in India, Nepal, Bangladesh e Pakistan: profili giuridici e interrogativi di teoria generale*, *ivi*; V.R. Scotti, *Sulla mancata introduzione dell'e-voting in Turchia*, *ivi*.

Per stabilire a quale fonte spetti regolare le modalità di voto in Parlamento è utile ricordare la giurisprudenza costituzionale. La Corte Costituzionale ha individuato una distinzione tra le previsioni che trovano espressa collocazione nel Testo fondamentale e norme adottate dalle Camere, con propri regolamenti, secondo quanto disposto dall'art. 64 Cost. In modo chiaro viene stabilita la prevalenza dell'autonomia regolamentare delle Camere, ad eccezione fatta per i casi in cui la Costituzione interviene direttamente.

A ciascuna Camera “*spetta la potestà di disciplinare il procedimento legislativo in tutto ciò che non sia direttamente ed espressamente già disciplinato dalla Costituzione*”¹⁹⁴. Ciò significa che “*relativamente al procedimento legislativo, i regolamenti di ogni Camera, in quanto diretto svolgimento della Costituzione sono esercizio di una competenza sottratta alla stessa legge ordinaria*”¹⁹⁵.

Il Testo fondamentale, infatti, contiene indicazioni generali sulla disciplina di voto: l'art. 64, al 3° prescrive che le “*deliberazioni di ciascuna Camera e del Parlamento non sono valide se non è presente la maggioranza dei loro componenti e se non sono adottate a maggioranza dei presenti (...)*”. Il concetto di “presenza” viene richiamato due volte quale presupposto per la validità delle deliberazioni¹⁹⁶. La verifica del numero legale e la definizione delle modalità di votazione rappresentano il fulcro del diritto parlamentare e per questo la Costituzione ne ha demandato la disciplina ai regolamenti delle due Assemblee elettive¹⁹⁷. La competenza sulle regole di voto è demandata ai regolamenti. Sono i Capi XII e XIII del regolamento del Senato e i Capi IX e X del regolamento della Camera a disciplinare le modalità di votazioni¹⁹⁸.

Ovviamente il Costituente, all'epoca in cui è stata scritta la Costituzione, non poteva immaginare altro che la compresenza fisica dei parlamentari nelle sedi di Senato e Camera.

D'altra parte, la Carta non contiene previsioni che vietano l'uso di nuove tecnologie per assicurare lo svolgimento di riunioni telematiche e dei lavori anche da remoto. Piuttosto,

¹⁹⁴ Così, *Corte Cost., sent.n.78 del 1984* e ancor prima nello stesso senso *Corte Cost. sent., n. 9 del 1959*.

¹⁹⁵ Ancora, *Corte Cost., sent., n. 78 del 1984*.

¹⁹⁶ Sul significato del termine “deliberazioni” utilizzato dal 3° comma dell'art. 64 va specificato che esso si distingue dall'espressione inglese “*deliberation*” e da quella francese “*délibération*”. La norma costituzionale intende riferirsi alla decisione assunta dall'organo costituzionale e non al differente significato che indica “la discussione”. Infatti, il numero legale è richiesto dalla Costituzione, nella misura di metà più uno dei componenti dell'Assemblea, solo quando si tratti di prendere una decisione. Le riunioni dell'Assemblea possono avvenire con qualunque numero di presenti. Oltre alla prassi consolidata depone in questo senso una ragione di tipo letterale: in quanto al soggetto della frase “le deliberazioni” si riferisce tanto il quorum strutturale, quanto quello funzionale. Quest'ultimo è riferibile solo al momento decisionale, cioè al voto. Ne consegue che anche il quorum strutturale richiesto dalla previsione costituzionale è riferibile solo al momento decisionale, così N. Lupo, *Perché non è l'art.64 a impedire il voto a distanza dei parlamentari. E perché ammettere tale voto richiede una “reingegnerizzazione” dei procedimenti parlamentari*, in *Osservatorio AIC, fasc.3/2020*, 31 marzo 2020.

¹⁹⁷ Cfr. *Corte Cost., sent.n. 78 del 1984 e n.379 del 1996*.

¹⁹⁸ N. Lupo, *Perché non è l'art.64 Cost., cit.* 29 sottolinea come il principio della presunzione del numero legale sia la manifestazione più evidente della lettura a maglie larghe dell'art. 64 Cost. da parte dei regolamenti parlamentari. La presidenza dell'Assemblea è tenuta a verificare il numero legale solo se lo richiedono, nell'approssimarsi di una votazione, venti deputati e dodici senatori (art. 46 R.C, art. 106 R.S). Ciò dimostra quanto spazio residua per lavorare anche con numeri assai esigui in Assemblea e a maggior ragione nelle Commissioni, a patto che vi sia un accordo tra i gruppi a non fare frequente ricorso alla verifica del numero legale.

l'interpretazione del Testo non può non tenere conto dell'evoluzione tecnologica e dell'uso generalizzato dei nuovi strumenti digitali in tutti i settori dell'ordinamento¹⁹⁹.

Secondo una convincente e abbastanza diffusa lettura, l'introduzione di sistemi di voto da remoto non può essere affidata ad una decisione delle due Giunte del regolamento ma andrebbe realizzata con una modifica parlamentare, adottata con la maggioranza assoluta dei componenti l'Assemblea.

Tuttavia, in periodi di emergenza sanitaria la presenza di un elevato *quorum* di parlamentari necessaria per approvare le modifiche regolamentari in aula sarebbe quantomeno inopportuna per i rischi legati alla salute.

Nell'ottica di predisporre un diritto parlamentare per periodi eccezionali, la proposta di riforma dei Regolamenti di Camera e Senato - che riprende quasi letteralmente una precisa formulazione contenuta nell'art. 82, comma 2, del Regolamento della Camera dei Deputati spagnola - prevede l'introduzione di un nuovo articolo che recita così: "*L'Ufficio di Presidenza determina, con propria deliberazione, i casi in cui, in ragione di particolari circostanze che impediscano ai deputati lo svolgimento della funzione parlamentare in presenza, possono essere autorizzati la partecipazione alle sedute dell'Assemblea, delle Giunte e delle Commissioni e l'esercizio del voto secondo procedure telematiche che assicurino la personalità, la libertà, la sicurezza del voto. 2. L'Ufficio di Presidenza, verificate le condizioni di cui al comma 1, autorizza i deputati che ne fanno richiesta, specificando i voti e il periodo di tempo in cui il voto può essere espresso secondo le procedure telematiche di cui al comma 1*"²⁰⁰.

Il diritto parlamentare spagnolo prevede in situazioni particolari la possibilità del parlamentare di partecipare alle votazioni con modalità da remoto. Il parlamentare, previa autorizzazione dell'Ufficio di Presidenza, può ricorrere al voto telematico in caso di "*gravidanza, maternità, paternità, grave malattia*".

Il Congresso ha autorizzato, proprio in relazione alle misure per il contenimento dell'epidemia da Covid, i deputati ad utilizzare il voto telematico in occasione della conversione dei decreti -legge del Governo e per votare la proroga dello stato di allarme, previsto nell'art.116, comma 2° della Costituzione spagnola²⁰¹.

Analogamente il Parlamento di *Westminster* ha conciliato "*l'esigenza di validità delle deliberazioni con la necessità di un numero contenuto di presenze nell'emiciclo*" per ridurre gli assembramenti ed evitare il contagio. In seguito ai numerosi casi di positività tra i parlamentari, le Camere britanniche hanno predisposto nuovi meccanismi tecnologici per consen-

¹⁹⁹ E' considerata scontata, e non da oggi, l'interpretazione evolutiva, non "pietrificata" della Costituzione, Cfr. Fusaro, S. Curreri, *L'attività parlamentare ai tempi del Covid: fiat iustitia et pereat mundus?*, in *La Costituzione.info*, 11 marzo 2020.

²⁰⁰ Cfr. Camera dei Deputati, Doc II, n.15, *Proposta di modificazione al Regolamento* (art. 48 – ter: partecipazione ai lavori parlamentari ed esercizio del voto secondo procedure telematiche), d'iniziativa dei deputati *Ceccanti, Berlinghieri, Dori, Lattanzio e altri*.

²⁰¹ Prima ancora che si verificasse la pandemia, il Parlamento spagnolo, nel luglio 2019, aveva autorizzato il voto a distanza alla deputata del gruppo politico "*Unidas Podemos*", Irene Montero, che era in stato di gravidanza, in occasione del voto di fiducia al Governo di *Pedro Sánchez Pérez*. Mentre in piena emergenza sanitaria, il 17 marzo 2020, il gruppo parlamentare del *Psoe al Senado* ha ottenuto il permesso di votare *online* durante la seduta per l'approvazione della ratifica della modifica al Trattato Nato, per l'ingresso della Macedonia del Nord.

tire lo svolgimento delle riunioni parlamentari. Ciò soprattutto al fine di assicurare, anche in costanza dell'emergenza sanitaria, il controllo sull'attività governativa.

L'introduzione di misure ibride, sia in presenza nelle sedi parlamentari che a distanza, è finalizzata ad evitare situazioni di disegualianza tra i parlamentari che si possono recare fisicamente in aula e quelli costretti a connettersi da remoto. Per quanto, infatti, la modalità mista non sia in grado di assicurare il medesimo livello di discussione e di confronto che si realizza con la contestuale partecipazione di tutti i parlamentari dal "vivo", tale soluzione costituisce l'unico strumento per lo svolgimento dei lavori nel rispetto della distanza interpersonale. L'utilizzo di piattaforme telematiche sia nella Camera dei Comuni che nella *House of Lords* ha consentito un costante collegamento con il Governo, anche attraverso lo svolgimento di interrogazioni²⁰².

Anche il Parlamento europeo ha fatto ricorso agli strumenti di democrazia digitale. La decisione di introdurre il voto da remoto, consentendo ai parlamentari di assumere decisioni anche tramite procedure web, è stata presa dall'Ufficio di presidenza con l'accordo unanime dei gruppi politici ed è stata prorogata per tutto il periodo dell'emergenza²⁰³.

Bisogna osservare, tuttavia, che l'Assemblea europea non è del tutto paragonabile ai Parlamenti nazionali, non essendo chiamata a verificare il comportamento dei governi nei periodi emergenziali, con la conversione dei decreti -legge o a verificare le decisioni in grado di incidere sui diritti fondamentali.

Ad ogni buon conto, vanno individuate soluzioni in grado di salvaguardare non solo la fase deliberativa, ma anche il momento della discussione e del confronto. La funzione di deliberare è infatti il frutto dello scambio di idee e del dibattito pacato e paritario dove a ciascun parlamentare sono assicurate le stesse opportunità di ascolto e di attenzione. Insomma, non si può correre il rischio di indebolire ulteriormente le Camere, trasformandole in un *votificio* e allo stesso tempo bisogna garantire al parlamentare di svolgere le sue funzioni in completa autonomia, assicurando la libertà, la personalità e la segretezza del voto²⁰⁴.

10. Uno modello per l'emergenza

Con l'emergenza pandemica ancora in corso nessuno, credo, possa prendere in seria considerazione l'idea, peraltro in sé convincente, di formulare una disciplina regolatoria dei periodi eccezionali, che nel nostro ordinamento è limitata ai casi di guerra, alla decretazione

²⁰² Permangono comunque talune criticità di carattere tecnico, legate al numero di partecipanti tramite *Zoom* che non possono essere, al momento, più di 120 o alla mancanza di trasmissione in diretta della Camera dei Lords, al riguardo, G. Agolino, *Le Camere alla prova*, cit. 101.

²⁰³ A. Circolo, *Brevi note sulla votazione a distanza: il Parlamento europeo tra forza maggiore e garanzie procedurali*, in *DPCE on line*, 29 marzo 2020; *Libertà eguale, E il Parlamento europeo passa al voto a distanza*, 23 marzo 2020.

²⁰⁴ Preoccupazioni in proposito sono state espresse da G. Silvestri, *Covid – 19 e Costituzione*, cit.; G. Agolino, *Le Camere alla prova*, cit. 101.

d'urgenza, al "procedimento sanzione" di interruzione degli organi regionali e, a livello di legislazione ordinaria, al codice di protezione civile ²⁰⁵.

Una volta archiviata l'era del *Covid* sarebbe opportuno riflettere, anche alla luce delle esperienze comparate, sull'opportunità di prevedere, pure in Italia, un modello specifico per l'emergenza; con una legislazione dedicata alle crisi sanitarie, adottata con una procedura preferibilmente rinforzata.

Il Costituente tedesco inizialmente non aveva stabilito procedure specifiche per le situazioni emergenziali. Ciò probabilmente si deve al triste precedente del modello emergenziale contenuto nella Costituzione di *Weimar* che attribuiva un'ampia discrezionalità alle autorità governative nell'uso delle ordinanze di necessità e, di fatto, aprì le porte al regime nazista.

La Germania, dunque, introduce il modello emergenziale solo nel 1968, a distanza di quindici anni dalla stesura della Costituzione, attraverso una specifica legge di integrazione del Testo fondamentale²⁰⁶. La regolamentazione dell'emergenza, preoccupata di delimitare il potere decisionale dell'esecutivo anche nei tempi di crisi, descrive differenti stati di necessità, in presenza dei quali, comunque, il ruolo del Parlamento è tutt'altro che marginale. Spetta all'organo legislativo autorizzare, in casi straordinari di necessità e urgenza, il Governo federale all'adozione di provvedimenti limitativi dei diritti fondamentali. La Costituzione tedesca adotta una graduazione delle situazioni emergenziali: lo stato di emergenza esterna nelle due varianti dello stato di difesa (art. 35) e dello stato di tensione (art.36) e lo stato di emergenza interna. Lo stato di difesa rappresenta il livello massimo di pericolo poiché riguarda l'aggressione armata del territorio dello Stato. In questo caso il potere di direzione e di comando delle forze armate si trasferisce al Cancelliere federale. Il Governo ha l'obbligo di informare costantemente i due rami del Parlamento che durante lo stato di difesa e di tensione sono riunite di diritto. Inoltre, viene stabilito il divieto di scioglimento anticipato e la proroga del *Bundestag* durante la permanenza dello stato di difesa (art.115h).

L'art. 35, 2°co., stabilisce che in caso di calamità naturale o di catastrofe particolarmente gravi un Land può chiedere aiuto alle forze di polizia di un altro Land, di uomini e mezzi di altre amministrazioni, nonché della polizia federale o delle forze armate. La gestione degli stati di crisi viene affidata ad un modello di collaborazione tra i diversi livelli di governo, basato sul principio di sussidiarietà di tipo sia orizzontale che verticale. L'approccio collaborativo prevede un coordinamento tra centro e periferia attraverso l'assistenza del Governo federale al Land colpito dall'evento calamitoso e l'aiuto da parte degli altri stati federati per garantire il supporto necessario alle popolazioni coinvolte.

A completamento delle norme per gli stati di crisi l'ordinamento tedesco dispone di una disciplina regolatoria per le emergenze epidemiologiche. La legge sulla protezione dalle infezioni (*Infektionsschutzgesetz*), approvata il primo gennaio 2001, ha costituito la base le-

²⁰⁵ A. Sterpa, *Commento art. 126 Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, vol. II, Bologna 2018, 407 ss.

²⁰⁶ In proposito, M. Mezzetti, *Il potere di guida e comando delle forze armate e la gestione degli stati di crisi nella Repubblica federale di Germania*, in *Costituzione della difesa e stati di crisi*, a cura di G. de Vergottini, Roma 1991, 125.

gale delle misure adottate per la prevenzione e il controllo della diffusione da Covid- 19. Tale legge individua il perimetro per l'azione del Governo federale e dei Länder e legittima provvedimenti di restrizioni dei diritti fondamentali per la tutela della salute collettiva. Tali restrizioni devono essere provvisorie e avvenire nel rispetto del principio di proporzionalità. In particolare, siffatta legge si occupa della prevenzione delle malattie trasmissibili per contenere la loro diffusione.

In applicazione dei principi stabiliti nella legge sulla Protezione delle infezioni, il 27 marzo 2020, il *Bundestag* ha approvato il c.d. *Coronakrisenpaket*, contenente una serie di leggi per gestire la crisi pandemica. Tra queste, la legge per la tutela della popolazione in una situazione epidemica di portata generale ha conferito al Governo federale competenze specifiche per una risposta mirata ed efficiente alla emergenza da Covid – 19, tra cui un potere di ordinanza al ministro della Sanità e una specifica funzione consultiva al *Robert Koch Institut*, organismo nazionale per la prevenzione della diffusione delle infezioni. Si tratta di un potere di formulare raccomandazioni per favorire scelte politiche oculate e trasparenti nella gestione dell'epidemia²⁰⁷.

L'ordinamento francese ha scelto di costituzionalizzare lo stato di emergenza attraverso due distinti istituti, cui va aggiunto lo “*stato d'urgenza*” introdotto dalla legge ordinaria 55-385 che estende i poteri di polizia in capo al Ministro dell'interno e a Prefetti²⁰⁸.

L'art. 36 della Costituzione regola lo “*stato d'assedio*” decretato dal Consiglio dei Ministri, nel caso di guerra o di una rivolta armata, che non può essere prorogato oltre dodici giorni senza l'autorizzazione del Parlamento.

Il quadro emergenziale in Francia contempla un meccanismo per l'individuazione di circostanze straordinarie in presenza delle quali è prevista l'attivazione di un regime giuridico speciale²⁰⁹. La Costituzione ne definisce i contorni, sia per quanto riguarda i presupposti di fatto, sia per i profili procedurali. L' istituto presenta profili, su alcuni punti, controversi. In particolare, il Testo del 1958 attribuisce al Presidente della Repubblica il potere di adottare misure straordinarie per risolvere situazioni eccezionali²¹⁰. Le misure devono essere ispirate dalla volontà di assicurare agli organi costituzionali, nel minor tempo possibile, i mezzi necessari per provvedere allo stato di emergenza. Il Presidente della Repubblica nel suo ruolo di garante della continuità dello Stato adotta gli interventi richiesti dalle circostanze e ne informa la Nazione mediante un messaggio. Messaggio con cui il Presidente si rivolge diretta-

²⁰⁷ A. De Petris, *Un approccio diverso: l'emergenza “collaborativa” del federalismo tedesco*, in *Osservatorio AIC*, fasc.n.3/2020, 2 giugno 2020, 437.

²⁰⁸ L'iter parlamentare che ha portato alla approvazione di tale legge è descritto puntualmente da G. De Minico, *Costituzione, emergenza*, cit. 240 ss., in cui si evidenzia come la proposta legislativa nasce sulla spinta del conflitto algerino. Mentre l'applicazione della stessa legge alle calamità naturali resta sullo sfondo, non ricevendo “sostanzialmente alcuna attenzione” da parte dei proponenti.

²⁰⁹ E. Grosso, *Si governano così*, Francia, Bologna 2006.

²¹⁰ Sui molteplici esperimenti costituzionali che hanno caratterizzato la storia istituzionale francese e la ricerca di formule volte a ricercare un conveniente equilibrio tra potere esecutivo e potere legislativo, con un particolare favore per quelle che privilegiano un potenziamento del Governo, v. M. Calamo Specchia, *La Riforma della Costituzione francese del 1958 e le ragioni della difficile esportabilità di un modello a geometria variabile*, in *Astrid -online*, 2008.

mente all'opinione pubblica per spiegare le ragioni che lo hanno indotto alla proclamazione dello stato di emergenza.

Si tratta di speciali poteri di intervento che l'art.16 della Carta costituzionale conferisce al Capo dello Stato quando *“le istituzioni della Repubblica, l'indipendenza della Nazione, l'integrità del territorio o l'esecuzione degli impegni internazionali sono minacciati in maniera grave ed immediata e il regolare funzionamento dei poteri pubblici è interrotto”*. Il Presidente della Repubblica, prima di decidere, è tenuto a consultare il primo ministro, i presidenti delle Assemblee e il Presidente del Consiglio costituzionale. I pareri espressi dalle più alte cariche dello Stato sono obbligatori ma non vincolanti e le decisioni adottate per gestire la crisi non sono soggette alla controfirma ministeriale (art.19 Cost.). Il che sembra avvalorare la tesi dell'ampia discrezionalità del titolare dell'Eliseo in merito alla dichiarazione dello stato d'eccezione.

Il Generale *de Gaulle* ha decretato lo stato di emergenza nel 1961, in occasione della ribellione di Algeri, in presenza del pericolo per il regolare funzionamento delle istituzioni costituzionali del Paese. Lo stato di eccezione venne mantenuto per circa cinque mesi anche se il ripristino della normalità si verificò nel giro di pochi giorni. La prolungata applicazione dell'emergenza anche dopo la cessazione dei presupposti di fatto ha suscitato perplessità circa l'uso disinvolto, in quella occasione, della norma costituzionale²¹¹. L'art. 16 al 3° co espressamente parla di misure emergenziali che devono essere ispirate dalla volontà di assicurare ai poteri costituzionali i mezzi necessari per provvedere ai loro compiti *“nel minor tempo possibile”*.

Proprio per evitare qualsiasi invasività del potere esecutivo la Costituzione francese fissa in modo inequivoco il perimetro della proclamazione dello stato di necessità che comporta la mera sospensione dell'organizzazione statale vigente e non già la sua modificazione definitiva²¹². Sicché, durante l'emergenza non è possibile procedere ad alcuna revisione costituzionale. Anche se l'art.16 non si preoccupa di disciplinare tale aspetto, la previsione contenuta nell'art. 89, 4° co., contenuta nel Titolo XVI, rubricato della *“Revisione”*, esclude espressamente che le modifiche costituzionali possano intervenire *“quando sia in atto una violazione all'integrità del territorio”*.

Al fine di evitare il rischio di pericolose derive autoritarie viene, altresì, stabilito che il Parlamento *“si riunisce di pieno diritto”* e che durante l'esercizio dei poteri eccezionali l'Assemblea nazionale non può essere sciolta (4 e 5 co. art.16).

Inoltre, l'ultima parola sulla legittima gestione della crisi spetta al Consiglio costituzionale (art. 16, 6 co). Il Consiglio può essere adito dal presidente dell'Assemblea nazionale, dal presidente del Senato, da sessanta deputati o da sessanta senatori per verificare la permanenza dei fatti eccezionali che giustificano il prolungamento dello stato di emergenza. Il

²¹¹ E. Raffiotta, *Le ordinanze emergenziali nel diritto comparato*, in *Rivista AIC*, n.3/2017; G. Comazzetto, *Lo stato di eccezione nell'ordinamento italiano, riflessioni a partire dalle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da Covid – 19*, in *Biodiritto.org*.

²¹² A. Vedaschi, *À guerre comme à la guerre*, cit. 303.

Consiglio costituzionale a partire dal sessantesimo giorno può svolgere il controllo, che tuttavia sembra consistere in una forma di *moral suasion*²¹³.

Come si accennava all'inizio, a livello di legislazione primaria, l'ordinamento francese, prevede la legge n.55 – 385 del 3 aprile 1955 relativa allo stato d'urgenza. La norma - precedente al Testo costituzionale del 1958 e tuttora vigente - prevede l'estensione dei poteri di polizia in capo al Ministro degli interni e in capo ai prefetti, ha trovato ampia applicazione²¹⁴.

Per quanto l'ordinamento d'Oltralpe includa una molteplicità di istituti che consentono di derogare alla normalità costituzionale dinanzi al verificarsi di situazioni straordinarie, l'attivazione di tali strumenti non è stata presa in considerazione per far fronte alla pandemia da Coronavirus.

Invero, i decisori politici francesi non hanno ritenuto di dover ricorrere alle prerogative presidenziali per gestire la crisi sanitaria e neanche alla apposita legge sullo stato d'urgenza.

Tale scelta di non avvalersi dei meccanismi emergenziali già esistenti ha destato non poche perplessità. Secondo l'opinione più accreditata si sarebbe trattato di una scelta di opportunità politica, atteso che la pandemia avrebbe potuto essere gestita con leggi emergenziali già presenti nell'ordinamento. Sarebbe stato bastevole, semmai, un'integrazione per adeguarle alla crisi sanitaria in atto. Ad ogni modo Governo e Parlamento hanno preferito un meccanismo nuovo allo scopo di gestire una situazione del tutto anomala e dimostrare di saper individuare strumenti mirati per la crisi sanitaria²¹⁵.

Così che i provvedimenti di confinamento implicanti limitazione delle libertà civili e di quelle economiche sono stati posti in essere, in un primo momento, con decreti governativi²¹⁶, sebbene tali restrizioni richiedessero un solido ancoraggio legislativo, secondo il modello della riserva di legge. L'art. 34 della Costituzione francese, infatti, assegna al Parlamento la competenza di fissare le regole concernenti lo statuto dei diritti e le garanzie fondamentali per l'esercizio delle libertà pubbliche.

In una fase appena successiva, la legge n.2020 -290 del 23 marzo 2020 ha introdotto lo "*stato d'urgenza sanitaria*" nel *Code de la santé publique*, che ha "fotografato" la situazione pandemica, fornendo una base legislativa ai provvedimenti governativi adottati in precedenza con cui erano state previste limitazioni alla libertà fondamentali. La legge 2020 – 290 ha conferito al Governo il potere di normazione mediante *ordonnances*, insieme a ulteriori misure d'urgenza per la lotta al virus. Nello specifico, il nuovo stato di emergenza epidemiologica con cui il Parlamento francese ha conferito e in seguito prorogato i poteri necessari al

²¹³ A. Di Giovine, *Note sul rééquilibrage delle istituzioni della V Repubblica francese nella revisione costituzionale del luglio 2008*, in *La V Repubblica francese nel dibattito e nella prassi in Italia*, Napoli, 2008, 254.

²¹⁴ R. Cassella, *La Francia dopo gli attentati di Parigi, la dichiarazione dello stato d'urgenza e le proposte di revisione costituzionale del Presidente Hollande*, in *Nomos* n. 3/2015.

²¹⁵ C. Sartoretti, *La risposta francese all'emergenza sanitaria da Covid – 19: Stato di diritto e Costituzione alla prova della pandemia*, in *Dpce online*, n.2/2020.

²¹⁶ Cfr. il decreto n.2020 -260 del 16 marzo 2020 che limita gli spostamenti per arginare la diffusione del virus, adottato dal primo ministro francese sulla base dei suoi poteri di polizia generale. La "teoria delle circostanze eccezionali" è stata elaborata dalla giurisprudenza del *Conseil d'Etat* durante la Prima Guerra mondiale per consentire anche in tempo di guerra la continuità dei servizi pubblici; cfr. C. Sartoretti, *La risposta francese*, cit., 1644.

Governo per gestire la crisi sanitaria, prevede provvedimenti provvisori che devono rispondere ai requisiti di stretta proporzionalità, non eccedenza rispetto allo stato di necessità.

In Spagna lo stato di emergenza, contenuto nella Costituzione del 1978, viene descritto dettagliatamente, sia con riferimento alle procedure da adottare, sia sulla estensione temporale degli stati d'eccezione. Con una attenzione specifica verso ognuna delle diverse situazioni di crisi. Si tratta comunque di una disciplina eccezionalissima di deroga alla normale distribuzione di competenze da utilizzare quando non vi sono alternative²¹⁷.

L'art.116 del Testo fondamentale iberico - collocato nel Titolo V sui rapporti tra il Governo e le Cortes - distingue i differenti eventi che possono stravolgere la normalità costituzionale, prevedendo l'attivazione di procedure *ad hoc*. Vengono individuate tre situazioni di crisi: lo stato di allarme, lo stato di eccezione, lo stato d'assedio.

Lo *stato di allarme* viene attivato in seguito a catastrofi naturali, a emergenze sanitarie o nel caso di carenza nell'approvvigionamento di beni di prima necessità. Lo stato di allarme si contraddistingue per la sua dimensione eminentemente "naturale", che esclude connotazioni di tipo politico.

Lo *stato di eccezione* descrive gravi squilibri nel funzionamento delle istituzioni e dei diritti fondamentali. Mentre lo *stato d'assedio* è stato pensato in relazione ad una minaccia di insurrezione o di atti che mettono in pericolo l'indipendenza, l'integrità territoriale o la sovranità nazionale.

La procedura è segnata dal coinvolgimento sempre maggiore del Parlamento. Infatti, con l'aumentare della caratterizzazione politica dell'emergenza, l'intervento delle Camere diviene sempre più incisivo.

La dichiarazione dello stato *de excepciòn* viene deliberato dal Consiglio dei ministri, ma solo dopo l'autorizzazione del Congresso che deve stabilire l'efficacia territoriale, gli effetti e la durata. Durata che non può eccedere i trenta giorni, prorogabili per un periodo di eguale durata con l'autorizzazione parlamentare. Più intensa è la presenza del Parlamento nell'ipotesi di stato d'assedio, cioè nel caso in cui si produca o minacci di prodursi una insurrezione, ovvero un atto di forza contro l'ordinamento costituzionale e la sovranità dello stato che non possono essere risolti con altri mezzi.

Una situazione emergenziale quest'ultima che, rispetto alle altre due, desta maggiore preoccupazione e impone la c.d. "*parlamentarizzazione*" della crisi. La gestione della situazione di crisi in questo caso viene affidata al Parlamento e non all'esecutivo. Lo stato di assedio è dichiarato dalla maggioranza assoluta del Congresso dei deputati, su proposta esclusiva del Governo.

La Costituzione spagnola prevede che durante la vigenza di tutti gli stati di crisi il Congresso non può essere sciolto e le Camere devono essere convocate automaticamente qualora non fossero in periodo di sessione. Il funzionamento di tutti gli organi costituzionali non può essere interrotto per tutta la durata delle situazioni emergenziali. Qualora un evento

²¹⁷ P. Cruz Villalòn, La protecciòn extraordinaria del Estado, in E. Garcia De Enterrìa – A. Predieri, La Constitucion espagnola de 1978, Madrid 1980, 661.

eccezionale dovesse intervenire quando il Congresso sia sciolto o scaduto dal suo mandato, le competenze del Congresso saranno assegnate alla sua Deputazione permanente. La dichiarazione dei tre stati emergenziali non modifica, per nessun motivo, il principio di responsabilità del Governo.

L'art.116, 2° comma attribuisce la competenza a gestire l'emergenza al Governo, che proclama lo stato "*de alarma*" per un termine massimo di quindici giorni. Il Governo è tenuto a riferire al Congresso dei deputati riunito immediatamente a tale scopo. Senza l'autorizzazione del Parlamento lo stato di allarme non può essere prorogato. Per far fronte alla pandemia da Covid – 19 in Spagna, il *Consejo de Ministros* ha dichiarato lo *stato de alarma per tutto il territorio nazionale, che è stato prorogato diverse volte, previa autorizzazione del Congresso dei deputati*²¹⁸.

Nella Costituzione negli Stati Uniti d'America il potere di emergenza non è espressamente previsto. La Costituzione, infatti, non elenca puntualmente le competenze del Presidente della Repubblica, come accade per il potere legislativo (art.1 sez. 8) in modo da lasciare al Presidente uno spazio di manovra nell'espletamento delle sue funzioni. Egli, ai sensi dell'art.2 sez. II "*è il Capo delle forze armate federali, può scegliere e reclutare le truppe, concedere la grazia e sospendere le pene per i reati commessi contro gli Stati Uniti (...)*". Da tale disposizione si fanno derivare una serie di poteri presidenziali impliciti, i quali costituiscono la fonte di legittimazione dei *emergency orders*, provvedimenti che il Presidente può adottare in situazioni emergenziali, in presenza di eventi di grave pericolo per la Nazione.

I poteri eccezionali di cui è titolare il Capo dello Stato trovano implicito riconoscimento nella previsione costituzionale che gli riconosce il comando delle forze armate, incontrando i limiti solo nel caso di divieti fissati espressamente in Costituzione²¹⁹. Tuttavia, siffatte prerogative presidenziali non sembrano scolorire il ruolo del Congresso che in periodi di crisi è molto attivo con l'adozione di leggi che conferiscono al Presidente i poteri necessari per gestire l'emergenza. Nel suo concreto atteggiarsi, dunque, sebbene in assenza di una puntuale disciplina costituzionale degli stati di crisi, i poteri straordinari di cui il Presidente è titolare sembrano essere una declinazione del rapporto di *checks and balance* tra l'Esecutivo e il Legislativo²²⁰.

In tale prospettiva risulta fondamentale il contributo svolto dalla Corte Suprema che, in sede di controllo successivo sulle *war powers*, è chiamata a dichiarare l'illegittimità di eventuali lesioni dei diritti derivanti dall'esercizio dei poteri emergenziali.

Per contrastare il contagio da Coronavirus gli Stati Uniti d'America hanno decretato lo stato di *public health emergency*, con cui è stata limitata la libertà di circolazione dei cittadini

²¹⁸ A. Cuenca Miranda, *Alarma "excepcional"* in *Papeles faes fundacion*, n.236 del 23/03/2020; *Id.*, *El derecho ante el Coronavirus*, in *Diario ABC*, 11 marzo 2020.

²¹⁹ Cfr. G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, Torino 2000, 254.

²²⁰ G. Passerelli, *Gli Stati Uniti, Donald Trump e i checks and balances*, in *Federalismi, Editoriale*, 21 ottobre 2020.

e l'ingresso di visitatori stranieri nei territori americani²²¹. All'interno della Camera dei rappresentanti del Congresso americano opera la Commissione permanente con funzioni investigative (*Committee on Oversight and Reform*). Al suo interno è stata istituita una Sottocommissione sulla crisi da Coronavirus, composta da 12 membri con lo scopo di verificare l'efficacia e l'equità della risposta della Nazione al disastro sanitario ed economico causato dalla pandemia globale. In parallelo è stata creata la *Congressional Oversight Commission (COC)*, una Commissione mista tra Camera dei Rappresentanti e Senato formata da 5 membri selezionati dalla leadership di maggioranza e di minoranza, con il compito di controllare il modo in cui il Dipartimento del Tesoro e il Consiglio dei Governatori del *Federal Reserve System* utilizzano i fondi dei contribuenti per fornire risposte alla crisi economica dovuta al Covid – 19²²².

11. In conclusione

Le esperienze comparate mostrano un ventaglio di soluzioni diversificate nella gestione della pandemia. Diversi Paesi dell'Unione Europea hanno dichiarato lo stato di emergenza sulla base delle loro Costituzioni, mentre altri, manifestando una certa ritrosia all'utilizzo di mezzi di *extrema ratio*, hanno preferito i poteri di emergenza previsti dal diritto comune o dalla legislazione ordinaria²²³.

In proposito, la Commissione di Venezia ha evidenziato come “*un sistema di poteri costituzionali di emergenza de jure può fornire migliori garanzie per i diritti fondamentali, la democrazia, lo stato di diritto e meglio servire il principio della certezza del diritto che ne deriva*”.

Converrebbe fare tesoro della dolorosa congiuntura sanitaria per riflettere sullo stato di salute in cui versa il parlamentarismo italiano.

Appena le cose volgeranno per il bello, riacquistata la tranquillità istituzionale, bisognerà mettere a punto un sistema per future situazioni eccezionali; se risponde al vero la convinzione che la domanda da porsi riguarda solo il quando e non l'an del prossimo evento straordinario con il quale saremo costretti a fare i conti ²²⁴.

²²¹ L'Agenzia federale che si trova presso il Dipartimento dei servizi sociali e si occupa di tutelare la salute pubblica ha invitato il Governo federale e i singoli Stati a predisporre piani emergenziali per affrontare la crisi economica e sanitaria.

²²² La COC può svolgere audizioni e acquisire testimonianze da qualsiasi dipartimento o agenzia degli Stati Uniti. La Commissione di controllo riferisce una volta al mese al Congresso sull'attuazione e sull'efficacia dei prestiti, delle garanzie sui prestiti, nonché sulla trasparenza di queste transazioni. L'atto istitutivo stabilisce, inoltre, la durata della Commissione fino al 30 settembre 2025.

²²³ Secondo una ricerca del Parlamento europeo lo stato di emergenza costituzionale *de jure* è stato adottato da Bulgaria, Repubblica ceca, Finlandia, Estonia, Ungheria, Lettonia, Lussemburgo, Romania, Portogallo e Spagna, mentre lo stato di emergenza *de facto* basato su fonti primarie è stato attivato da tredici Stati membri: Austria, Belgio, Croazia, Cipro, Danimarca, Grecia, Irlanda, Lituania, Malta, Paesi Bassi, Polonia, Slovenia e Svezia, oltre il Regno Unito. L'Italia insieme a Germania, Francia, Lettonia e Slovacchia hanno fatto uso di uno stato di emergenza previsto dal diritto comune.

²²⁴ I. Capua, *Spiragli non solo dal vaccino. Ora scongiurare il rischio animale*, in *Huffingtonpost.it*, 17 novembre 2020.

Soprattutto sarebbe il caso di interrogarsi sull'opportunità di ripensare il ruolo del Parlamento "che è stato ridotto a un forum" durante la crisi Covid, secondo il rapporto della Commissione di Venezia, che cita l'Italia (insieme a Finlandia, Spagna e Belgio²²⁵), ma il cui disagio, nella realtà, viene da lontano.

Invero, se pare innegabile che le procedure italiane dell'emergenza sanitaria hanno avuto pesanti ripercussioni sul ruolo delle Camere e sulla stessa conformazione della forma di governo parlamentare, probabilmente più di quanto sia avvenuto in altre democrazie liberali simili alla nostra, bisogna pure ammettere che la crisi epidemiologica ha soltanto contribuito ad acuire distorsioni che da decenni affliggono l'istituzione parlamentare italiana.

Le ragioni del progressivo indebolimento della forma di governo parlamentare sono sotto gli occhi di tutti. In primo luogo, il crescente logorio del Parlamento come sede di mediazione politico - partitica e di decisione istituzionale ha toccato l'essenza stessa della funzione legislativa che la Costituzione attribuisce in via esclusiva alle Assemblee elettive²²⁶.

Altrettante motivazioni della disfunzionalità del sistema sono invece dovute a fattori di carattere politico a cominciare dal disfacimento del sistema dei partiti²²⁷, dalla crisi della rappresentanza intensificata dalle leggi elettorali vigenti in Italia nell'ultimo decennio²²⁸. Come se non bastasse a ciò si aggiunge un atteggiamento svogliato del legislatore che stenta a svolgere la propria discrezionalità anche in quelle materie riservate in via esclusiva alla sua competenza²²⁹. La perdurante inerzia su questioni che coinvolgono diritti di spessore costituzionale si ripercuote sulla carne viva delle persone, finendo per alimentare un misto tra crisi di fiducia e sentimento di scetticismo verso il modello di democrazia parlamentare. Con la duplice conseguenza di un accresciuto protagonismo del giudice costituzionale costretto ad intervenire in ruolo di supplenza nell'ottica di protezione di interessi dei singoli e di una propensione sempre più diffusa a valorizzare gli strumenti di democrazia diretta²³⁰.

Ulteriori cause dello svilimento delle istituzioni parlamentari sono legate al funzionamento delle stesse: dalla farraginosità che contraddistingue molte procedure parlamentari alla composizione pletorica dell'organo legislativo²³¹.

²²⁵ Cfr. *Parlamento europeo, Raccomandazione cit.*

²²⁶ Sul punto da ultimo le interessanti riflessioni di F. Paterniti, *La Corte "pedagogista" di un legislatore colpevolmente inerte. Riflessioni critiche su una svolta problematica della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi.it*, 16 dicembre 2020.

²²⁷ Sulla crisi della funzione di mediazione sociale dei partiti nel modello ordinamentale italiano si rinvia a G. Vecchio, *I partiti*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, diretto da P. Perlingeri, Napoli 2016, 24.

²²⁸ Così come un impatto molto rilevante sulla autonomia della maggioranza parlamentare ha avuto il ruolo della Presidenza della Repubblica, con talune scelte sulla "determinazione della politica nazionale". In proposito, A. Manzella, *Prefazione, cit.*, fa osservare come sia la nomina nel 2011 del Governo Monti da parte del Presidente Napolitano, sia il "governo neutrale" proposto dal Presidente Mattarella dopo l'esito incerto del voto politico del 4 marzo 2018 siano espressione della "funzione di equilibrio costituzionale".

²²⁹ Prova ne sia la noncuranza del Parlamento a disciplinare il tema del fine e la sentenza n.242 del 2019 della Corte Costituzionale sul c.d. *Caso Cappato*; F. Paterniti, *La Corte pedagogista, cit.* 198.

²³⁰ E. De Marco, *Democrazia rappresentativa e democrazia diretta nei progetti di riforma del "Governo del cambiamento"*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, fasc. 3/2018; I. A. Nicotra, *Referendum propositivo e democrazia rappresentativa: alla ricerca di una sintesi*, in *Federalismi.it*, 27 maggio 2019.

²³¹ I. A. Nicotra, *La riduzione del numero dei parlamentari: un'opportunità per il rilancio della rappresentanza*, in *Federalismi*, 9 settembre 2020.

La legislazione e la funzione di indirizzo politico sembrano come “in fuga” dal Parlamento²³². Da decenni oramai si assiste ad un rimpicciolimento degli spazi di autonomia legislativa delle due Assemblee. In realtà, tale funzione tende sempre più ad identificarsi con il controllo del legislatore su decisioni che trovano in altre sedi la fonte della loro disciplina. Siffatta propensione è più spiccata certamente con riferimento alla funzione normativa del Governo, sempre più ingombrante (decreti – legge, leggi finanziariamente vincolate, attività di ratifica dei trattati internazionali), ma si è allargata a macchia d’olio, ricomprendendo l’attività di regolazione di altri soggetti istituzionali, come le Autorità amministrative indipendenti²³³.

L’importante presenza della legislazione europea, con il peso predominante che assumono gli Esecutivi degli Stati membri nelle fasi di negoziazione, ha determinato un ulteriore ridimensionamento del ruolo delle Camere. Anche al cospetto della normativa di derivazione eurounitaria la funzione del Parlamento assume la conformazione di una verifica normativa su competenze esercitate dal Governo.

Analogamente la riforma del Titolo V della Costituzione ha comportato una ulteriore diminuzione delle attribuzioni legislative delle Camere a seguito di un trasferimento anche verso livelli istituzionali più prossimi ai cittadini, con l’accresciuto peso di produzione legislativa assegnato alle Regioni.

A tale stato di cose corrisponde un graduale irrobustimento del potere esecutivo dovuto ad una serie di ragioni che hanno contribuito ad accrescerne il ruolo.

La posizione che assume il Governo nell’ambito della funzione legislativa: la presentazione di disegni di legge che in sede governativa vengono negoziati con le parti sociali e gli enti territoriali, con le Camere ridotte a luogo di mera ratifica. A ciò si aggiunga la metamorfosi che hanno subito i decreti - legge, la loro trasformazione da fonte di normazione straordinaria secondo le indicazioni dell’art. 77 della Costituzione fino a divenire normale fonte di regolazione primaria e strumento per il perseguimento dell’indirizzo politico. Con ciò realizzandosi uno scardinamento dell’assetto delle fonti normative che è “*uno dei principali elementi della forma di governo costituzionale*” con una forte ricaduta sulla custodia dei valori e dei diritti fondamentali²³⁴.

L’abnorme ricorso al decreto-legge, oltre ad apparire lesivo del dettato costituzionale, ha reso la decretazione d’urgenza la regola e la legge parlamentare l’eccezione²³⁵.

²³² A. Manzella, *Prefazione. Dieci anni dopo*, in L. Gianniti, N. Lupo, *Corso di diritto parlamentare*, cit. 10.

²³³ Sul punto, ampiamente, F. Giuffrè, *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello stato di diritto: il caso dell’Autorità nazionale anticorruzione*, in *L’Autorità nazionale anticorruzione, tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino 2016, a cura di I. A. Nicotra, 17, secondo cui l’assegnazione di potestà normative alle autorità indipendenti “*che si pongono quali veri e propri snodi di autonomia costituzionalmente garantiti, corrisponde ad una significativa erosione della funzione legislativa del Parlamento da cui, in via ordinaria, muove il circuito delle funzioni pubbliche dello Stato di diritto*”.

²³⁴ L’attività legislativa, che sfocia nella decisione, è attività complessa che non si può ridurre ad una mera accettazione o a un semplice diniego dei testi presentati in Parlamento. Per questo sarebbe indispensabile che il procedimento di formazione della legge venisse osservato nella sostanza e anche negli aspetti formali. Questo modo di legiferare rende pressochè impraticabile la conoscenza del testo da approvare e un’attenta verifica dei contenuti del provvedimento. Sul punto *Corte Cost. sent. n. 171 del 2007*.

²³⁵ D. Chinni, *La decretazione d’urgenza*, cit., 250.

Effettivamente ha avuto un suo peso anche l'uso ostinato dell'istituto della questione di fiducia che proprio nei momenti più complessi dell'azione politica neutralizza l'azione del Parlamento, privandolo della possibilità di intervenire sui testi di legge sui quali la fiducia viene posta spesso sulla base di maxi emendamenti presentati all'ultimo momento dal governo e neppure esaminati dalle Commissioni parlamentari²³⁶. Come è stato esattamente affermato *“l'utilizzazione ordinaria della questione di fiducia si configura come esproprio continuato da parte del Governo delle fasi finali e caratterizzanti della funzione legislativa”*²³⁷. Con il ricorso smodato alla questione di fiducia l'indirizzo politico del Governo finisce sempre per avere la meglio, agganciando il suo destino alla approvazione di un determinato atto parlamentare.

Eppure, la Corte Costituzionale ha avuto modo di ribadire che l'approvazione attraverso il voto di fiducia di un “maxi emendamento”, definito un “obbrobrio” dal Presidente della Consulta Giancarlo Coraggio²³⁸, riduce fortemente i tempi per la discussione parlamentare²³⁹. La ristrettezza dei tempi per il dibattito finisce per vanificare l'esame nelle Commissioni parlamentari e rendere, nella sostanza, impossibile la piena conoscibilità del testo al fine di esprimere un consenso consapevole. Tutto questo risulta ancor meno giustificabile con riferimento a testi di legge di particolare rilevanza come quelle di carattere economico e quelle che toccano i diritti fondamentali. E ciò vale a maggior ragione con riferimento all'approvazione del bilancio annuale. Il bilancio è, infatti, un “bene pubblico” in cui si sintetizzano le scelte fondamentali d'indirizzo politico, si decide in merito alla contribuzione dei cittadini, all'acquisizione delle entrate dello Stato, nonché alla individuazione degli interventi attuativi delle politiche pubbliche. Il bilancio, *“nucleo storico delle funzioni affidate alla rappresentanza politica”*, va declinato alla stregua di un onere inderogabile per il decisore pubblico. Infatti, è strettissimo il nesso che lega gli interventi attuativi delle politiche pubbliche e il consenso della rappresentanza democratica²⁴⁰.

Tuttavia, per la manovra di bilancio 2021 non c'è neanche il tempo per una vera doppia lettura, con una delle due Camere cui viene lasciato il compito di una mera presa d'atto delle modifiche approvate dall'Assemblea che per prima ha esaminato il testo²⁴¹.

La stabilizzazione del c.d. *“monocameralismo di fatto”* è un riflesso della pandemia. L'approvazione dei disegni di legge di conversione dei decreti -legge è divenuto un procedi-

²³⁶ Così, V. Cerulli Irelli, *La forma di governo vigente e la sua riforma*, in *Astrid.it*, 2010.

²³⁷ A. Manzella, *Prefazione. Dieci anni dopo*, cit., 11.

²³⁸ *Prima conferenza stampa del Presidente Coraggio*, in *La Repubblica* 18 dicembre 2020.

²³⁹ Corte Cost., ord.n.17 del 2019. Tra la copiosa letteratura di commento, si rinvia, tra gli altri a N. Lupo, *Un'ordinanza compromissoria ma che pone le basi per un procedimento legislativo più rispettoso della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 20 febbraio 2019; M. Cavino, *La necessità formale di uno statuto dell'opposizione*, *ivi*, 20 febbraio 2019; L. di Majo, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato (a partire da violazioni di “prerogative” e “diritti dei parlamentari”)*, nota ad ordinanza n.17/2019 della Corte Costituzionale, in *Forum di quaderni costituzionali*, 11 aprile 2019, 11.

²⁴⁰ Corte Cost. sent. n. 247 del 2017.

²⁴¹ L. Salvia, *E sui conti il sistema diventa monocamerale*, in *Il Corriere della sera* 28 dicembre 2020; I. A. Nicotra, *Le Camere evanescenti, una vera spia d'allarme per la democrazia parlamentare*, in *La Sicilia*, 2 gennaio 2021.

mento monocamerale o di bicameralismo alternato²⁴². La prassi, precedente al Covid, per cui l'esame della seconda Camera si riduce ad una mera ratifica di quanto stabilito dal ramo del Parlamento che delibera per primo è divenuta una regolarità. Così emerge una evidente torsione del sistema che diventa, nella sostanza, monocamerale con l'effetto di un ulteriore allontanamento dai principi costituzionali in materia di produzione delle leggi e di leale collaborazione tra Parlamento e Governo²⁴³. Frattanto si accresce la verticalizzazione del potere e le procedure parlamentari appaiono come intralci alla attuazione della linea politica governativa, con l'organo esecutivo che reclama sempre meno vincoli alla sua azione.

E' pur vero che gli ordinamenti giuridici contemporanei si trovano di fronte sfide incessanti che richiedono una complessa e innovativa attività di normazione. Davanti alla ritrosia del Parlamento di legiferare il testimone della normazione extra ordinem passa al Governo, ancor di più in situazioni gravemente anomale²⁴⁴.

Non solo. L'uso pervasivo e spregiudicato del modello emergenziale è divenuto un ordinario sistema con cui il Governo tramite fonti proprie, sottratte al circuito parlamentare e al controllo presidenziale e della Corte Costituzionale, regola comparti strategici dell'amministrazione, che coinvolgono aspetti di primaria importanza sotto l'aspetto economico e sociale.

Per affrontare i molteplici accadimenti di carattere straordinario le istituzioni sovente fanno uso di poteri d'ordinanza, concentrando nelle mani di un solo soggetto i poteri speciali. Notevoli sono stati, anche in passato, i propositi di adottare norme derogatorie anche laddove non esistono vere urgenze o in cui situazioni emergenziali dipendono essenzialmente da inadeguatezze del sistema.

La progressiva distorsione dell'impiego delle norme emergenziali risale all'inizio di questo secolo, allorché la legge ha consentito l'uso delle ordinanze contingibili e urgenti per la gestione dei c.d. grandi eventi. L'esecutivo era abilitato, disattendendo gli accorgimenti per il ricorso a prerogative straordinarie, a porre in essere poteri in deroga non già al cospetto di una situazione inaspettata ed eccezionale bensì per regolare un evento conosciuto e, a volte, programmato dallo stesso Governo.

Sebbene dopo i richiami della magistratura e dell'autorità nazionale anticorruzione, il legislatore sia successivamente intervenuto con l'abrogazione di tale tipologia di ordinanze, il Governo le ha nuovamente reintrodotte, di volta in volta, con la decretazione d'urgenza²⁴⁵. Un regime analogo a quello dei grandi eventi è stato riproposto in occasione di Expo 2015²⁴⁶.

²⁴² Cfr. I. Lolli, *Decreti - legge e disegni di legge, Il Governo e la sua maggioranza*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc.3/2016, 40.

²⁴³ Al riguardo si rinvia a I.A. Nicotra, *La Corte, il fattore tempo e il battesimo dei nuovi mille poteri dello Stato*, in *Rivista AIC*, fasc.n.5/2019, 3 settembre 2019, 66 ss.

²⁴⁴ A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1989, vol. 1, 62.

²⁴⁵ Sul punto si rinvia a E. Raffiotta, *Norme d'ordinanza, Contributo ad una teoria*, cit. 128.

²⁴⁶ I grandi interventi hanno richiesto soluzioni che "da eccezionali sono divenute sempre più ordinarie"; sia per le ingenti risorse che muovono, sia per le scadenze temporali spesso vincolanti (*Expo 2015* non poteva tenersi nel 2016, così come avviene per una grande manifestazione sportiva o per un Giubileo); cfr. R. Cantone – E. Carloni, *Corruzione e anticorruzione, Dieci lezioni*, Milano 2018, 161.

Malgrado la nuova disciplina contenuta nel codice di protezione civile del 2018 abbia inteso circoscrivere l'intervento emergenziale a contesti inaspettati e improvvisi e nel quadro del rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione Europea residua ancora un ambito considerevole di applicazione per la gestione di circostanze già note e programmate, che fuoriescono dal classico schema emergenziale.

Le ordinanze di necessità e urgenza previste nella legislazione di protezione civile sono state utilizzate anche per amministrare vicende della vita, al di là delle calamità naturali, di situazioni per nulla imprevedibili²⁴⁷. L'utilizzazione smisurata degli strumenti emergenziali costituisce un *virus* che ha contagiato il riparto delle competenze²⁴⁸ ed esige un intervento del legislatore per ancorare saldamente il potere di ordinanza al principio di adeguatezza e alla previa determinazione di fatti straordinari quali unici presupposti legittimanti.

Ciò, probabilmente, riesce a spiegare perché legge ha lasciato il posto al decreto - legge e la decretazione d'urgenza è stata soppiantata dai *Dpcm*, divenuto quest'ultimo strumento normale per fatti di eccezionale emergenza. Così le situazioni straordinarie acutizzano la propensione di ricollocare la funzione rappresentativa in capo ad un organo monocratico.

La c.d. *presidenzializzazione*²⁴⁹ delle democrazie costituisce un rimedio per i tempi di crisi. Poteri di emergenza che richiederebbero, invero, una sorveglianza supplementare durante le fasi eccezionali per garantire che non siano utilizzati come scusa per alterare l'equilibrio dei poteri in modo più stabile.

Così, la peculiare fisionomia del quadro istituzionale, costruito per contrastare situazioni emergenziali, ha portato ad uno spostamento sempre più vistoso del baricentro sulla figura monocratica del presidente del Consiglio, con il conseguente potenziamento del suo ruolo. Il Presidente del Consiglio diviene un "*primo tra ineguali*" e non più un *primus inter pares* che poco si concilia con la natura collegiale dell'organo esecutivo voluto dalla Costituzio-

²⁴⁷Al verificarsi di attività qualificate come "grandi eventi" (art. 5 bis della legge n. 401/2001) di carattere sportivo, culturale, religioso, che nulla possiedono in termini di imprevedibilità, era prevista l'attivazione del potere di ordinanza di cui alla legge in materia di protezione civile. Il c.d. grande evento veniva fatto rientrare nella figura residuale degli "altri eventi" menzionata nella l.n.225 del 1995 e assimilabile alle calamità naturali dal punto di vista delle misure emergenziali da attivare. Dopo il ripetersi di fenomeni di illegalità legati ad un'utilizzazione distorta del regime derogatorio per i grandi eventi, il legislatore ha ristabilito il principio secondo cui il ricorso ad istituti di emergenza è possibile solo per affrontare calamità naturali o catastrofi connesse con l'attività dell'uomo. Con il decreto -legge 15.5.2012 n.59 convertito in legge 16.6.2012 n. 100 il riferimento ai "grandi eventi" come presupposto legittimante del potere emergenziale viene eliminato. Peraltro, in occasione di Expo 2015 è stato nuovamente consentito l'uso di strumenti derogatori; al Commissario unico sono stati attribuiti poteri sostitutivi per risolvere situazioni o eventi ostativi alla realizzazione delle opere essenziali e connesse alla partecipazione degli Stati o degli enti iscritti o al regolare svolgimento dell'evento. Il Commissario può provvedere in deroga alla legislazione vigente a mezzo di ordinanza. Ordinanze immediatamente efficaci, che vengono pubblicate in Gazzetta Ufficiale. Il riferimento ai grandi o ad altri eventi non compare nel nuovo Codice di Protezione civile (art. 1, d.lgs. n. 1 del 2018).

²⁴⁸Così G. Marazzita, *Il conflitto tra autorità e regole, il caso del potere di ordinanza*, in *Rivista AIC*, 2 luglio 2010, 3; v. anche F. Bilancia, *Ordinanze di necessità e potere di deroga al diritto oggettivo*, in *Giur. Cost.* 1992, 3609; V. Cerulli Irelli, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Atti del LIII convegno di studi dell'amministrazione*, Milano 2008; G. Marazzita, *L'irresistibile tentazione del potere di ordinanza*, in *Osservatorio sulle fonti.it, fasc.2/2011*; A. Fioritto, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008; A. Cardone, *La normalizzazione dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino 2011.

²⁴⁹L'espressione è di F. Pizzolato, *Il rapporto tra democrazia, cit.*, 39.

ne. L'opinione prevalente ritiene, infatti, che laddove le previsioni costituzionali, in primis l'art. 95, parlano di competenze del Governo il riferimento è al Consiglio dei ministri e non al Presidente²⁵⁰.

Preminenza del Primo Ministro che è favorita anche dalle nuove forme di comunicazione istituzionale che contribuiscono a creare un effetto di sovraesposizione mediatica del decisore pubblico e di ridefinizione della forma di governo parlamentare²⁵¹.

In tale scenario risulta ineludibile recuperare il ruolo del Parlamento quale luogo di sintesi tra rappresentanza e decisione, magari provando a razionalizzare il meccanismo bicamerale; se è vero che il deludente funzionamento del Parlamento italiano trova una delle sue motivazioni nel bicameralismo ripetitivo, che costituisce ancora oggi uno dei “nodi irrisolti” della Costituzione italiana²⁵². Il bicameralismo del tutto paritario, uguale e indifferenziato ha comportato lentezze e ritardi, annebbiando le capacità di funzionamento dei processi di decisione democratica, soprattutto con riferimento al procedimento di formazione delle leggi²⁵³. L'esperienza del bicameralismo ha prodotto un difetto di rappresentanza territoriale e conseguenze deformanti sulla relazione Parlamento – Governo, relegando le Camere ad un ruolo ausiliario²⁵⁴.

In momenti tanto delicati per la comunità nazionale, si avverte ancor di più il bisogno di ridisegnare una nuova architettura di bicameralismo. Solo un Parlamento forte e autorevole può erigere una barriera contro lo straripamento del potere, più facile nei tempi emergenziali.

La diversificazione di composizione e ruolo delle Camere potrebbe servire a restituire insieme maggiore efficienza, autorevolezza e vitalità alle Assemblee rappresentative²⁵⁵. Soprattutto in momenti in cui la tragica pandemia e la conseguente recessione economica rischiano di prendere il sopravvento.

Riconsegnare legittimazione alle Camere come il principale luogo di esercizio della sovranità popolare non è una scelta. E' un appuntamento non più rinviabile²⁵⁶.

²⁵⁰ L. Paladin, voce *Governo*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Milano 1970, 706; A. Ruggeri, *Il Consiglio dei ministri nella Costituzione italiana*, Milano 1981, 66.

²⁵¹ Secondo S. Cassese, “*Il Presidente del Consiglio preferisce indirizzarsi al pubblico in televisione che partecipare alla discussione al Senato sulla legge di bilancio*”, in *Il Governo disprezza il Parlamento. Vedo solo rinvii e improvvisazione*, *Intervista rilasciata al Giornale* il 2 gennaio 2021.

²⁵² A. Barbera, *I Parlamenti. Un'analisi comparativa*, Roma 2003, 37.

²⁵³ S. Sicardi, *Parlamento (organizzazione e funzione)*, cit., 651; F. Pizzolato, *Il rapporto tra democrazia, partecipazione e rappresentanza*, in *I sentieri costituzionali della democrazia*, Roma 2019, 35.

²⁵⁴ A. Manzella, *La riforma del bicameralismo*, in *Rivista AIC*, n.4/2013, 10 il quale sottolinea come “*la mancanza di una sede parlamentare di confronto e di concertazione tra i diversi soggetti del pluralismo istituzionale è notorio motivo di sofferenza per l'intero sistema*”.

²⁵⁵ Si occupano delle possibili prospettive di superamento del bicameralismo perfetto tra gli altri, L. Castelli, *Il Senato delle Autonomie*, Padova 2010; A. Manzella, *La riforma del bicameralismo*, cit.; G. Crainz – C. Fusaro, *Aggiornare la Costituzione storia e ragioni di una riforma*, Roma 2016; G. Guzzetta, *Italia si cambi, Identikit della riforma costituzionale*, Soveria Mannelli 2016; A. Morelli- G. Moschella (a cura), *Forma di governo, bicameralismo e sistema delle autonomie nella riforma costituzionale*, Napoli 2016;

²⁵⁶ Sulla proposta di riforma costituzionale sulla “*valorizzazione del Parlamento in seduta comune, l'introduzione della sfiducia costruttiva e la differenziazione delle Camere*”, presentata il 2 ottobre al Senato (AS 1960), in cui si prevede anche una revisione del sistema bicamerale, si rinvia a I.A. Nicotra, S. Curreri, S. Cec-

canti, M. Di Maio, E. Morando, A. De Bernardi, C. Fusaro, in *"Piccoli passi o progetto organico? Un dibattito aperto sulle riforme istituzionali"*, in *Fondazione Per, Progresso, Europa e Riforme, Quaderno n. 14* del 2020.