INTERAZIONI TRA DIMENSIONE SOVRANAZIONALE E
DIMENSIONE NAZIONALE NELLA PRODUZIONE NORMATIVA:
TRA CRISI “ENDEMICHE” E NUOVE EMERGENZE*

ANTONELLO LO CALZO**

Sommario

1. Premesse metodologiche (con qualche avvertenza tematica...): ciclicità delle crisi e nuovi fenomeni emergenziali di portata globale. – 2. Crisi ed emergenze come fattori incisivi sul complesso sovranazionale-nazionale delle fonti: implicazioni delle differenze teoriche ed empiriche. – 3. A partire dalle crisi “endemiche”. Le risposte europee alla crisi economica successiva al 2008. Il quadro delle fonti: tra la via eurounitaria e la via internazionale. – 4. L’impatto del diritto di matrice “esterna” su quello nazionale. Il livello costituzionale: tra riforme “positive” e mutamenti “materiali” indotti dalla crisi economica. – 4.1. Il livello sub-costituzionale: tra innovative leggi “rinforzate” e uso della decretazione d’urgenza nella risposta alla crisi economica. – 5. Da una crisi globale a un’emergenza globale. La pandemia come fenomeno complesso che condensa elementi critici ed emergenziali. – 6. La risposta europea all’emergenza sanitaria: un approccio in chiave competenziale. – 7. Limitazione dei diritti, misure di contenimento e primato degli Stati nazionali: le “alterazioni” nei sistemi delle fonti dettate da fenomeni sovranazionali. – 7.1. Cenni sull’uso della decretazione d’urgenza in risposta all’emergenza pandemica. – 7.2. Cenni sull’uso dei Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri in risposta all’emergenza pandemica. – 8. La risposta europea alla crisi post-pandemica. Di nuovo sulla crisi economica, ma con un mutamento di paradigma. – 8.1. L’impatto dell’attuazione del PNRR sul sistema nazionale: tra riforme, condizionalità e fonti. – 9. Postilla: il ritorno della guerra in Europa come “nuovo” fattore emergenziale. Considerazioni minime sull’impatto sulle fonti, tra livello costituzionale e ordinario. – 9.1. Lo spettro di una nuova crisi economico-sociale all’orizzonte? – 10. Il tramonto dell’*età aurea* del XXI secolo: verso un nuovo diritto delle crisi globali “ricorrenti”? Riflessioni intorno a un concetto e alle sfide lanciate ai sistemi delle fonti. Tra tenuta delle Costituzioni ed esigenze di adeguamento della produzione normativa.

Abstract

The paper analyzes the impact of supranational law and factors on the system of sources of law of national legal system in the contexts of crisis and emergency. Starting from the ontological difference between the two phenomena of crisis and emergency, it observes what are the peculiar responses of legal systems with respect to phenomena that, nowadays, are characterized by a global and supranational essence. The analysis moves from the comparison of three phenomena that have characterized the worldwide history of the last twenty years: the economic crisis, the pandemic emergency and the recent war emergency. This made it possible to detect elements of similarity and aspects of difference among the cases considered, with respect to which a different response by supranational (in particular European) and national institutions was observed. The frequency of critical and emergency phenomena on a global level must lead us to reflect on the ability of States to respond to such events, or if we can consider them “equipped” with the most appropriate tools for this purpose and can, therefore, maintain a leading role - expression of their sovereignty - in a globalized and conflicting world.

Suggerimento di citazione

A. LO CALZO, *Interazioni tra dimensione sovranazionale e dimensione nazionale nella produzione normativa: tra crisi “endemiche” e nuove emergenze*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al Convegno annuale dall’Associazione «Gruppo di Pisa» dal titolo *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza* svoltosi a Firenze il 17 e 18 giugno 2022.

** Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale nell’Università degli Studi del Sannio.
Contatto: alocalzo@unisannio.it

1. Premesse metodologiche (con qualche avvertenza tematica...): ciclicità delle crisi e nuovi fenomeni emergenziali di portata globale

Provare a tracciare un quadro, anche soltanto sommario, dell'impatto che i fenomeni critici ed emergenziali hanno sui sistemi delle fonti, avendo particolare riguardo alle interazioni tra l'ambito sovranazionale e quello nazionale, è opera complessa, per non dire impossibile. Alla base di questa difficoltà si collocano una pluralità di fattori: in primo luogo, come si avrà modo di specificare, una differenza ontologica di fondo tra i fenomeni emergenziali e critici, che si ripercuote sulla produzione giuridica destinata a fronteggiarli; in secondo luogo, la vastità degli interventi normativi che spesso si accompagna al polimorfismo dei fenomeni e alla molteplicità degli ambiti che essi toccano, ne risulta così un quadro delle fonti frastagliato, frammentato, dove la riconduzione ad unità non è sempre semplice, a maggior ragione quando a venire in rilievo sono "elementi esogeni" ai sistemi nazionali¹; infine, ma aspetto assolutamente non secondario, l'ampiezza dell'attenzione riservata dalla dottrina all'indagine di tali fenomeni (ciò vale sia per la crisi economica che per la pandemia e, oggi, per la guerra), ragion per cui appare difficilmente dominabile la vasta mole delle tesi e delle osservazioni elaborate nel tempo, con l'impressione che, per quanto tempo si sia dedicato allo studio, ci si sia sempre limitati alla proverbiale punta dell'*iceberg*².

Occorre, quindi, cercare alcune linee di sviluppo, alcuni fili conduttori che consentano di ricondurre in un quadro coerente fenomeni e impatti normativi tanto diversi tra loro. Tenendo sempre ben presente una circostanza, che buona parte dei fenomeni collocati nelle categorie di crisi ed emergenza ha, da un punto di vista eziologico, radici che affondano nel contesto sovranazionale e che si propagano, come ramificazioni, in vari ambiti della vita economica e sociale degli Stati nazionali. Un approccio che vuole partire dal rapporto tra ambito sovranazionale e nazionale è pertanto notevolmente più complesso di altri che mirano ad un inquadramento sistematico secondo

¹ Se, ad esempio, si sofferma l'attenzione soltanto sulla vicenda della pandemia, più di un autore ha sottolineato che la produzione giuridica del periodo di riferimento sia risultata "alluvionale", M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio AIC*, 2020, 8; per non dire "caotica", E. FURNO, *Costituzione, fonti del diritto ed ordinanze emergenziali*, in *Rivista AIC*, 4, 2021, 287; o, come significativamente affermato da E. CHELI, *Rischi da evitare nel governo dell'emergenza*, in *Rivista Il Mulino*, 28 ottobre 2020, tale da condurre al rischio di una "bulimia normativa" replicante «l'esperienza delle "grida" manzoniane che cercavano di fermare la peste con ordini che nessuno era poi in grado di rispettare».

² Osserva ironicamente R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Consulta Online*, 3, 2020, 513, che la quantità "quasi incredibile" di commenti dottrinali sembra essere stata favorita proprio dalle misure di confinamento che hanno indotto gli studiosi a dedicarsi attivamente alla scrittura.

diverse prospettive, quasi a dire che oggi non vi è crisi o emergenza reale se non è sovranazionale o se difetta di tale connotato non viene percepita – a torto o a ragione – come crisi.

I limiti della presente relazione, d'altra parte, non consentono di muoversi in una prospettiva realmente globale, guardando anche alle esperienze di altri Stati³, ma soltanto di osservare l'impatto della produzione normativa sovranazionale (o di fattori non normativi sovranazionali) sul sistema delle fonti in Italia.

La complessità di uno studio che intenda analizzare l'impatto delle crisi sul sistema delle fonti secondo l'asse sovranazionale-nazionale emerge, inoltre, dall'intreccio tra aspetti "formali" ed aspetti "sostanziali", o addirittura "politici", che può generare fraintendimenti. Lo studio sulle fonti rischia, infatti, di divenire evanescente quando ad esso si sovrappone il quadro dell'incidenza politica, che determina il contenuto dell'atto piuttosto che il suo operare formale. Ma oggetto di questo convegno è l'incidenza delle crisi e delle emergenze sul sistema delle fonti⁴ e non sulle politiche sostanziali che questo sostiene. Un discorso di siffatta portata, quindi, rischierebbe di incrociare soltanto in alcuni punti quello sul sistema, collocandolo in stretta connessione con il piano dei contenuti e delle esigenze materiali, quasi che la "forma" venga piegata alla ragione pratica dell'emergenza anche da un punto di vista dell'indagine dogmatica.

La complessità del quadro d'insieme denota, poi, una ulteriore difficoltà di ordine metodologico, ove si volesse provare a tenere distinto il piano "puro" delle fonti del diritto (come si vorrebbe fare) dai suoi aspetti di contenuto, i quali possono far scivolare l'attenzione dell'analisi dal contenitore (la fonte) al contenuto (la disciplina), spostando l'oggetto della trattazione su aspetti "sostanziali", o – come detto – politici, che meglio ricadono nella trattazione

³ Vari ed interessanti contributi adottano un approccio "comparatistico", soprattutto sul quadro della produzione normativa pandemica, per tutti, si vedano R. TARCHI (a cura di), *L'emergenza sanitaria da COVID-19: una prospettiva di diritto comparato*, Quaderno 1, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2020; P. CARETTI, M. MORISI, G. TARLI BARBIERI (a cura di), *La pandemia e il sistema delle fonti: uno sguardo comparato*, in *Osservatorio sulle fonti, Speciale ricerca Tosi 2021*, 28 luglio 2021; e S. PACCHI, A. PISANESCHI (a cura di), *Provvedimenti al tempo del Covid-19 nel diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2022. Oltre al seminario di diritto comparato, organizzato dall'Associazione Gruppo di Pisa che, per l'anno 2022, è stato espressamente dedicato a "*Le fonti della crisi: prospettive di diritto comparato*", Università di Brescia, 25 marzo 2022.

⁴ Inteso come insieme delle fonti determinato da un certo ordinamento in modo coerente (V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Cedam, Padova, 1984, 1 ss.; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996, 71), ma anche estendendo la considerazione a ciò che si colloca "fuori dall'ordine", appunto, *extra ordinem*, per assimilarne l'operatività sul piano formale della produzione del diritto e non contenutistico. D'altra parte, non si può ignorare nemmeno che la nozione di sistema normativo, dato una volta per tutte, è messa in discussione dalla circostanza che esso finisce per essere il risultato in divenire dell'attività dell'interprete. Cfr. R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2019, 7.

delle relazioni previste nella seconda sessione di questo convegno. La pluralità dei fenomeni e la vastità degli impatti sulla vita dei Paesi non consentirebbe nemmeno di accennare ai profili di contenuto che hanno riguardato, ad esempio, gli atti normativi di gestione della crisi economica o dell'emergenza sanitaria legata al Covid-19. Oltre al fatto che ciò, dal mio punto di vista, collocherebbe la relazione fuori dalla "traccia" dettata dal titolo del convegno e da quello di questa prima sessione.

L'intento è, quindi, quello di adottare un approccio, per quanto possibile, formale⁵, che mira a ricostruire il fondamento della produzione normativa a partire dalla Costituzione o dal sistema dei Trattati in ambito europeo, osservando in che modo il livello sovranazionale interagisce con quello nazionale.

Una ulteriore precisazione che appare necessaria in premessa è quella che attiene alla scelta degli ambiti tematici trattati: crisi economica, emergenza-crisi pandemica, emergenza-crisi bellica. Inizialmente, stando al titolo del convegno, la scelta era caduta sulla dicotomia crisi economica-emergenza pandemica, lasciando, invece, fuori "altre" crisi, anch'esse connotate in termini sovranazionali, come quella terroristica vissuta a partire dalle vicende delle Torri Gemelle del 2001, o, ancora, crisi prossime a venire, come quella legata all'ambiente (con il cambiamento climatico che, proprio in questi giorni, fa avvertire i suoi più tangibili effetti anche in Italia). Tuttavia le più recenti vicende non consentono di tenere fuori il fenomeno bellico, non solo per la sua attualità, ma anche perché presenta una connessione molto stretta con le categorie teoriche cui si accennerà nel prossimo paragrafo. La guerra ha sicuro impatto sulla produzione normativa, sia in merito alle tradizionali categorie del diritto emergenziale, sia per le inevitabili conseguenze in termini di crisi economica che ad essa si accompagnano, oltre ad essere, senza dubbio alcuno, un fenomeno sovranazionale.

L'impatto economico delle crisi rappresenta, quindi, un elemento ricorrente in ognuno degli ambiti considerati, per tale ragione ho ritenuto opportuno definire "endemico" o "ciclico" questo fenomeno, perché si accompagna alle maggiori vicende critiche che, su scala globale, si sono verificate nel XXI secolo.

Sempre da un punto di vista metodologico, la relazione rimanda a vari aspetti che hanno accompagnato l'impatto del diritto e dei fatti sovranazionali sulla produzione normativa nei contesti critici o emergenziali. Ciascuno di essi potrebbe essere (e molto spesso già è stato) oggetto di specifico approfondimento, ma l'idea è quella di utilizzarli con valore esemplificativo, come tessere

⁵ Si pensi, ad esempio, a quanto sostenuto da M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2020, 110 ss., attraverso la ricostruzione della "catena normativa" quale strumento per la ricerca del fondamento della legittimità formale degli atti normativi, che offre una chiave di lettura particolarmente rigorosa.

di un mosaico, all'interno di un discorso più ampio e tendenzialmente coerente che si snoda secondo diverse chiavi di lettura.

L'analisi dei fenomeni che si stanno indagando può svolgersi anche secondo un diverso filo conduttore di tipo diacronico, ove, pur se nei tempi ristretti inferiori a un ventennio, abbiamo un passato – quello della crisi economica connotata da una risposta ad approccio restrittivo –, un presente – quello dell'emergenza pandemica, ove possono leggersi nuove aperture a livello sovranazionale e un rafforzamento del cammino verso una maggiore solidarietà e una più intensa coesione a livello europeo – e un futuro – quello della crisi bellica, che presenta nuove sfide alla coesione a livello europeo, espone a nuove fragilità che emergono anche dopo la pandemia, ma apre, sul medio-lungo periodo, a possibili nuove prospettive in chiave di integrazione e solidarietà o, al contrario, può portare al riemergere di “antiche” fratture tra gli Stati europei, ciascuno con i propri interessi nazionali (si pensi ai diversi approcci che di recente stanno emergendo nell'ambito della politica e delle esigenze energetiche), fratture che possono riflettersi anche sul piano delle fonti, sia sul versante eurounitario che su quello nazionale.

I tre contesti considerati, d'altra parte, consentono di riflettere sul ruolo delle crisi in Europa, un rapporto tanto stringente da poter indurre, talvolta, a dubitare che l'Europa, più che una via di soluzione alle crisi, ne sia essa stessa la concausa⁶, rapporto che, nell'attualità, dirama i suoi effetti anche nella produzione del diritto.

Il XXI secolo, in effetti, è stato il secolo delle crisi, le quali hanno spesso lasciato visibili sedimenti nella produzione giuridica e nel modello costituzionale su cui questa si fonda. Un secolo in cui i momenti di “normalità costituzionale” sono stati pochi⁷, per quanto sia possibile interrogarsi sullo stesso concetto di “normalità costituzionale”⁸, o se, piuttosto, i fenomeni critici non siano connotati per una loro intrinseca “ciclicità”, se cioè – con le dovute “mutazioni” – crisi ed emergenze non siano destinate a tornare nel tempo⁹, ovvero a radicarsi in un contesto sociale e a riemergere periodicamente, come

⁶ Come ha osservato L. TORCHIA, *In crisi per sempre? L'Europa fra ideali e realtà*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2016, 617 ss., in Europa si sovrapporrebbero più fenomeni di crisi i quali, combinandosi, darebbero vita ad «un'unica grande crisi che attenda direttamente al progetto di integrazione europea».

⁷ F. BALAGUER CALLEJON, *Crisi sanitaria, globalizzazione e diritto costituzionale*, in *Riv. it. sc. giur.*, 10, 2019, 801 s.

⁸ Se esso possa essere riferito, in senso relativo, a quei contesti politici, economici e sociali in cui il processo costituente è giunto ad un certo, provvisorio, grado di maturazione. E sempre che non intervengano, nel frattempo, mutamenti che alterano la struttura del sistema, causando la crisi degli strumenti di reazione e regolazione, la cui estensione dipende sia dall'intensità e dalla novità dei fenomeni critici, sia dalla capacità adattativa del modello costituzionale di riferimento.

⁹ In questo senso si veda P. CIOCCA, *Crisi economica e finanziaria*, in *Enc. Sc. soc.*, II, Treccani, Roma, 1992, 607 ss.

la crisi economica (appunto crisi “endemica”) che attraversa tutte le “stagioni” oggetto di esame.

Su questo piano il fenomeno pandemico (e, per certi versi, anche quello bellico) ha maggiori tratti di “novità”. Non che pandemie e guerre siano qualcosa di nuovo nella storia umana, ma sicuramente arrivano in un momento in cui – perlomeno nei Paesi occidentali – dal secondo dopoguerra in poi (e, forse, in modo più marcato dal crollo del muro di Berlino e dell’URSS all’inizio del anni ‘90) si è radicata l’idea di un sostanziale progresso, sia nel campo delle relazioni internazionali che della ricerca scientifica, tale da collocare nel passato (o in aree in via di sviluppo del globo) fenomeni di tale portata. E, invece, la pandemia è stata in grado di colpire ogni Paese, senza grosse distinzioni, mentre la guerra è tornata ad affacciarsi minacciosa in Europa, entrambe accompagnate da elementi “ciclici”, collegati alle conseguenze sul piano economico che tali emergenze generano.

Sul piano delle reazioni giuridiche rispetto all’emergenza pandemica vanno poi fatte due precisazioni.

La prima è che il diritto sconta una inevitabile lentezza rispetto ai fenomeni naturali (lo stesso dicasi per quelli economici) – dato fin troppo ovvio per essere approfondito – eppure mi è parso di leggere nella mole di contributi giuridici che hanno affrontato il tema della pandemia l’incessante tentativo di tenere il passo con le contingenze della realtà; qualcosa di materialmente impossibile, destinato ad essere superato nel momento stesso in cui si scrive. È altrettanto vero che, se è indubitabile che un bilancio definitivo potrà essere affidato soltanto allo storico, quando la pandemia sarà terminata, il giurista ha, con tutti i suoi limiti, fornito interessanti elementi di riflessione utili non solo in chiave dogmatica, ma per orientare l’attività dei *lawmakers* apparsi spesso in difficoltà di fronte ai repentini mutamenti di un fenomeno imprevedibile.

La seconda è che pandemia (come fenomeno) ed emergenza (come sua conseguenza) terminologicamente vanno tenute distinte. Così come è opportuno intendersi sul significato dell’emergenza, soprattutto quando si parla – come negli ultimi mesi – di “uscita” dall’emergenza pandemica. Infatti, l’emergenza può essere intesa sia per indicare la situazione naturale che genera l’allerta sociale, sia una situazione più concretamente giuridica che attiene allo stato indotto nell’ordinamento (o nel contesto sociale) dal fenomeno naturale, ma quest’ultima nozione può avere anche un vincolo soltanto parziale con la prima fattuale¹⁰. In fin dei conti: quando si supera una pandemia? Raramente ciò avviene quando un patogeno “scompare” dalla faccia della Terra, molto più comunemente quando esso cessa di essere percepito come

¹⁰ A. PIZZORUSSO, *Emergenza (stato di)*, in *Enc. Sc. soc.*, III, Treccani, Roma, 1993, 551.

una minaccia a livello sociale¹¹. La pandemia è, quindi, alle origini un fenomeno biologico, naturale, ma nella “coda” è un fenomeno psicologico. Questo dato non può essere trascurato perché la semplice “percezione” del pericolo è altrettanto insidiosa che il pericolo stesso, perché in grado di incidere in modo analogo sull’economica, sulle relazioni sociali, sul lavoro, comportando un consequenziale impatto sui diritti che richiede l’uso di strumenti normativi peculiari da parte del legislatore. L’emergenza a cui si allude quando se ne auspica (o pianifica) la fine è, quindi, soltanto quella intesa come fenomeno giuridico, legata alle conseguenze che essa determina sui diritti e sulle fonti utilizzate per “regimentarne” il godimento.

Se, nell’analizzare le emergenze, ci collochiamo dal versante della produzione del diritto e delle fonti, questo concetto si presta ad un ulteriore distinguo. L’emergenza può, infatti, essere intesa sia come fonte in senso “supremo”, comportando direttamente l’adozione dei provvedimenti occorrenti per fronteggiare la necessità, sia come circostanza che abilita all’esercizio di “poteri normativi d’emergenza”, i quali rinvengono pur sempre nell’ordinamento (e non nella necessità) il loro fondamento. La prima tesi, di romaniana memoria¹², è stata sottoposta a decisa critica dalla dottrina post-costituzionale¹³, la quale ha sottolineato che, pur non potendosi negare in radice che si abbiano forme di produzione giuridica *extra ordinem* basate sull’effettività¹⁴, il fondamento di tali poteri direttamente nella necessità rischia di essere arbitrario e indeterminato nelle conseguenze. Pertanto, tra “emergenza-fonte” ed “emergenza-presupposto” appare oggi prevalente la seconda nozione, in quanto maggiormente in linea con il sistema delle fonti delineato dalla Costituzione.

Ai fenomeni emergenziali spesso si accompagnano quelli di crisi, ma i due – come si specificherà nel prossimo paragrafo – non vanno confusi. Anche con riferimento al concetto di “crisi”, quando si parla di fonti del diritto, è necessaria una precisazione. Si tratta di un termine estremamente ricorrente

¹¹ Si vedano, in questo senso, G. KOLATA, *Quando e come finisce una pandemia*, in *Internazionale*, 21 maggio 2020; K. VACCARO, *Quando finisce una pandemia?*, in *www.sanità24.ilsole24ore.com*, 18 marzo 2022.

¹² In particolare, S. ROMANO, *Sui decreti legge e lo stato d’assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pubb.*, 1900, ora in ID., *Scritti minori*, I, Giuffrè, Milano, 1951, 287 ss.

¹³ A. PIZZORUSSO, *Emergenza (stato di)*, cit., 551 ss.; secondo G. ROLLA, *Profili costituzionali dell’emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2015, 9, si sarebbe assistito ad un fenomeno di costituzionalizzazione delle emergenze, ove la produzione normativa che le accompagna troverebbe oggi fondamento pur sempre nei principi costituzionali (legalità, temporaneità, giustificazione, proporzionalità), ai quali sarebbe assoggettata.

¹⁴ A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 2011, 60 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., 165 ss.

in tale ambito¹⁵, ma che viene utilizzato perlopiù ad indicare un connotato del sistema delle fonti, si parla comunemente di “crisi del sistema delle fonti”. Tuttavia, lo stesso può essere utilizzato anche per indicare una “causa” in grado di alterare il sistema. A questa accezione “causale” della crisi si intende far riferimento in questa sede, quando se ne valutano le implicazioni sul sistema delle fonti, in particolare a quelle crisi che hanno la loro origine nel contesto sovranazionale.

Si è consapevoli, però, che tale aspetto trovi connessione con altri profili estremamente complessi, ai quali si può solo accennare, e che riflettono il modo in cui i sistemi delle fonti reagiscono ai fenomeni critici ed emergenziali. Circostanza che dipende in buona sostanza dalle interazioni che il dato formale della produzione giuridica ha con la forma di governo¹⁶ e con l’articolazione del sistema dei poteri¹⁷. Ma la “sofferta tenuta” dei sistemi delle fonti può essere il sintomo di ulteriori e più radicate crisi, che si collocano a monte nella loro ampiezza, e che investono da una parte lo Stato costituzionale nel suo complesso¹⁸, dall’altra il suo predominio sulla giuridicità¹⁹, con categorie

¹⁵ Sostiene, ad esempio, A. RUGGERI, *Il Coronavirus, la sofferta tenuta dell’assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta online*, 1, 2020, 211 s., che il sistema delle fonti sarebbe ormai affetto da una crisi “endemica”, che viene ben prima dell’emergenza pandemica, e che imporrebbe la necessità di una rimeditazione costituzionale dello stesso. D’altra parte, in un suo recente lavoro a carattere critico-sistematico, R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Franco Angeli, Milano, 2021, 20 s., osserva che di crisi delle fonti si parla ormai da oltre secolo.

¹⁶ A. PIZZORUSSO, *Sistema delle fonti e forma di Stato e di governo*, in *Quad. cost.*, 2, 1986, 217 ss.

¹⁷ Secondo R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, cit., 61, la crisi del sistema delle fonti sarebbe la conseguenza della crisi del sistema dei poteri, perché il primo implicherebbe la coerenza rispetto al modello democratico voluto in Costituzione, il quale a sua volta si basa su un potere legislativo legittimato dalla sovranità popolare per mezzo del circuito elettorale. Se quest’ultimo entra in crisi, le conseguenze si riflettono allora sul prodotto normativo che dagli organi rappresentativi proviene.

¹⁸ Riferendosi alla crisi economica, A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quad. cost.*, 1, 2014, 92 ss., sostiene che essa è soltanto il sintomo della più ampia crisi dello Stato costituzionale, la quale si manifesta, in primo luogo, in una perdita di unità politica, determinata – secondo l’Autore – da due fattori essenziali: la globalizzazione dell’economia, i cui effetti non sono più dominabili dalle sole politiche pubbliche degli Stati; l’aumento dei flussi migratori, che aumentano il tasso multiculturale, con effetti inversamente proporzionali sulla coesione del tessuto sociale. In secondo luogo, ciò incide più strettamente sul piano delle fonti, ove la norma giuridica non è più determinata dallo Stato e dalla Costituzione (o, comunque, non solo da questi).

¹⁹ Il contenuto della giuridicità finisce per essere sempre più sottratto, dal punto di vista materiale, allo Stato ed affidato a soggetti (o istituzioni) globali, che non hanno un radicamento diretto nell’ordinamento nazionale. Vi sarebbe così una sempre maggior cesura tra un potere formale e un potere materiale, ove, pur in presenza di strumenti tradizionali propri degli attori normativi statuali, i relativi contenuti sarebbero fortemente influenzati da soggetti extrastatali. Il diritto diventa così espressione di una sovranità erosa. Non a caso, ha osservato I. CIOLLI, *Crisi economica e vincoli di bilancio*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2012, 2, che alla crisi dello Stato si affianca una più ampia crisi del diritto, «non è, infatti, soltanto l’istituzione statale a essere messa in discussione, ma l’intera esperienza giuridica».

consolidate ormai messe in dubbio proprio di fronte al diritto e alle situazioni di fatto che hanno le loro radici al di fuori dai confini nazionali.

2. Crisi ed emergenze come fattori incisivi sul complesso sovranazionale-nazionale delle fonti: implicazioni delle differenze teoriche ed empiriche

In questo paragrafo intendo soffermarmi rapidamente sulle differenze ontologiche che esistono tra i due fenomeni di “crisi” ed “emergenza”, le quali si riverberano sul modo in cui i sistemi delle fonti reagiscono ad esse, vale a dire che gli strumenti adottati e l’impatto delle misure atteso sul sistema è nelle due situazioni diverso, a maggior ragione ciò vale quando queste si connotano in senso sovranazionale, perché implicano la ricerca di soluzioni a un livello superiore a quello statale, con strumenti non sempre coerenti agli schemi dei singoli ordinamenti nazionali.

Preliminarmente, da un punto di vista generale, mi pare di poter analizzare i rapporti tra questi fenomeni e le fonti secondo tre linee di lettura: 1. Il diverso significato che crisi ed emergenze assumono e, quindi, il distinto impatto che hanno sul sistema delle fonti²⁰; 2. La diversa tendenza alla chiusura o all’apertura che ha connotato rispettivamente le risposte alla crisi economica e alla crisi post-pandemia e che si riflette su un diverso modo di incidere, dall’esterno, sul sistema delle fonti²¹; 3. Il diverso impatto sul sistema delle fonti dato dalla circostanza dell’esistenza o della inesistenza di fattori normativi esogeni o sovranazionali²².

Partendo dal primo punto, che sarà qui illustrato, mentre gli altri, per

²⁰ Già A. PIZZORUSSO, *Emergenza (stato di)*, cit., 559, osservava che alcune crisi, come quelle economiche, hanno natura complessa (dal punto di vista qui sostenuto si connotano per elementi critici in senso stretto e talvolta per elementi emergenziali), sicché la risposta potrebbe richiedere sia l’adozione di misure specifiche a impatto immediato, sia riforme sistemiche di lungo periodo. Anche C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 4, 2013, 30, rileva che quella che in un primo momento nasce come emergenza, da cui la necessità di interventi d’urgenza, può con il tempo assumere i tratti di una crisi strutturale che non consente più di ritenere quelle misure adeguate.

²¹ Tale profilo emergerà più chiaramente nei paragrafi dedicati alla risposta economica alla crisi post-pandemia. D’altra parte, osserva G. DE MINICO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza. Una terra promessa*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2021, 116, che in tale momento «si assiste a un’inversione a U della politica economica di Bruxelles, in origine rigorista, ripiegata su se stessa per la preoccupazione di contenere la spesa pubblica [...]. Con la pandemia l’Unione rovescia tale impostazione per consentire alle economie nazionali di superare l’immobilismo sociale e l’asfissia economica provocate dalla crisi».

²² Ad esempio, l’introduzione del vincolo di pareggio di bilancio ha origine “esterna” al sistema nazionale delle fonti, ma è stata determinata attraverso una riforma dell’art. 81 Cost. e la previsione di ulteriori peculiari tipologie di fonte, indotta da una fonte-atto sovranazionale; a livello pandemico, invece, si verifica la circostanza opposta, cioè, il fatto che manchi, o meglio, sia particolarmente “blanda”, la disciplina sovranazionale o europea uniforme, consentendo (ovvero, imponendo) agli Stati di risolvere da sé, attraverso ciò che il proprio sistema delle fonti metteva a disposizione, i problemi inerenti all’adozione di misure efficaci per contenere l’emergenza.

quanto accennati, emergeranno nel corso del lavoro, si può constatare che già a livello etimologico “crisi” ed “emergenza” hanno un significato ben preciso e, soprattutto, non coincidente²³. La parola “crisi” viene dal greco *κρίσις*, termine che sta ad indicare la “scelta”, il “giudizio”, ma – in modo forse più calzante al nostro caso – la “separazione”. Essa implica la rottura dell’equilibrio all’interno di un sistema il quale deve evolvere verso l’individuazione di un nuovo punto di equilibrio²⁴. La crisi può essere causata anche dallo stratificarsi di una serie di problemi che, ad un certo punto, non consentono più l’evoluzione di un sistema²⁵, il quale, per continuare ad esistere, non può fare altro che accettare la necessità del cambiamento. Quindi, la crisi non deve necessariamente trovare la propria causa in un evento repentino (anche se questo può portare ad una accelerazione del processo), ma attiene al modo in cui un certo sistema è in grado di reagire alle necessità del reale. Detto in altri termini, la crisi è sempre intera a un sistema, perché attiene al suo funzionamento il quale, per fattori endogeni o esogeni, ad un certo punto, si rivela non più adeguato a rispondere in maniera soddisfacente a precise istanze materiali, implicando, per sua natura, una transizione.

Pur non avendo un connotato propriamente giuridico²⁶, caratteristica che condivide con il concetto di emergenza, la crisi può implicare l’attivazione di una risposta giuridica, per il semplice fatto di toccare aspetti della società che sono giuridicamente rilevanti. Come è stato opportunamente affermato essa costituisce «uno spartiacque tra ciò che si vuole salvare della tradizione giuridica e ciò che si può e si deve cambiare perché non più idoneo a disciplinare i comportamenti di una società in continua evoluzione»²⁷.

Se il concetto di crisi ha diversi punti di contatto con quello di cambiamento esso finisce per essere consustanziale a quello di società, perdendo buona parte della sua valenza semantica. Non esiste, a ben vedere, epoca che non sia stata definita dai contemporanei “di crisi”, allora servono elementi

²³ Anche se si tratta di una distinzione, invero, non sempre immediatamente percepibile, dato che non è inconsueto rilevare in dottrina un uso promiscuo dei due termini, ovvero assegnare alle crisi tratti distintivi che, dal punto di vista qui sostenuto, meglio varrebbero ad identificare le emergenze. Si veda, in particolare, G. PASQUINO, *Crisi*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), *Dizionario di politica*, UTET, Torino, 2016, 221 ss.

²⁴ G.E. RUSCONI, *Crisi sociopolitica*, in *Enc. Sc. soc.*, II, Treccani, Roma, 1992, 618 s., il quale riconduce i fenomeni di crisi a tre tipologie di eventi in gradi di innescarli: gli eventi internazionali di natura bellica; gli eventi di natura economica; gli eventi politico-istituzionali interni agli Stati (part. 626 s.).

²⁵ E. OBERTI, *Considerazioni intorno al concetto di crisi*, in *Rivista di filosofia Neo-Scolastica*, 2-3, 1946, 202.

²⁶ Ad esempio, G. CAPOGRASSI, *L’ambiguità del diritto contemporaneo*, in AA.VV., *La crisi del diritto*, Cedam, Padova, 1953, 13, ritiene che quello di crisi sia un concetto “emozionale”, precisando, però, che non ogni evento di transizione possa essere confuso con la crisi.

²⁷ I. CIOLLI, *Crisi economica e vincoli di bilancio*, cit., 2.

ulteriori che consentano di distinguere la crisi in senso proprio dai cambiamenti fisiologici. Yves Meny ha tentato di identificare una serie di criteri utili a definire una crisi: la rottura dell'andamento previsto o prevedibile delle cose; la frequenza (rara) e la violenza (elevata) con cui si manifesta; il suo essere improvviso e imprevedibile; il fatto di essere percepita dai consociati come una minaccia e non nel senso di un cambiamento neutro; la necessità di interventi radicali e innovativi per la sua soluzione²⁸.

Ciononostante, le crisi sono state un fenomeno largamente diffuso lungo tutto l'arco del XX secolo, anche in quelle epoche che, secondo il metro dell'osservatore odierno, possono essere considerate di sostanziale stabilità e floridità. Ciò, secondo l'impressione personale, può essere addotto a tre fattori.

Un primo, al quale si è accennato al paragrafo precedente, è che le crisi sono tali non soltanto quando identificabili secondo parametri oggettivi, ma anche quando sono così percepite dalla società, secondo un metro puramente soggettivo, ma altrettanto impattante sulla produzione normativa di risposta. Come osserva ancora Yves Meny, la percezione della realtà conta in questo ambito quanto la realtà stessa e la situazione di incertezza in cui versano le società moderne trova riscontro nella circostanza che la velocità di conoscenza delle crisi e quella di risposta alle stesse non si sono sviluppate in modo omogeneo, rilevandosi un progresso ampiamente più brusco della prima rispetto alla seconda²⁹.

Il secondo fattore mi pare si possa riferire alla circostanza che le crisi, soprattutto quelle a carattere economico, sono acute nelle società del consumo e del benessere. Un incremento del consumo e del benessere genera un aumento delle aspettative positive su beni via via più marginali, molto più volatili rispetto ai beni "essenziali" e, per tale ragione, maggiormente esposti a frustrazione nei contesti recessivi. Ciò acuisce la percezione della crisi "relativa", anche quando i moderni stati sociali tutto sommato riescono ancora a garantire soddisfazione ai bisogni di base. Tale limite può essere superato (in contesto di "crisi reale"), ma la percezione di crisi compare ben prima di tale momento.

Terzo aspetto da considerare è che per lungo tempo il concetto di crisi non ha avuto una connotazione negativa, prevalendo il suo significato originario di cambiamento, cesura. Nonostante poi, a partire dal periodo tra la fine del

²⁸ Y. MENY, *La crisi politica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2016, 621 s.

²⁹ Y. MENY, *La crisi politica*, cit., 622, ritiene che «le crisi non sono cresciute in quantità e qualità, ma si è fatta sempre più acuta la divergenza fra conoscenza e capacità di risolvere un problema che si pone e che per facilità chiamiamo "crisi"».

XIX secolo e la prima guerra mondiale³⁰, abbia assunto l'accezione negativa che noi oggi utilizziamo comunemente, non è mancato chi, ancora in tempi recenti, abbia attribuito alle crisi un significato positivo, soprattutto nel contesto della progressiva integrazione europea, in quanto questa avrebbe tratto, di volta in volta, nuova energia proprio dalle spinte che venivano dalla necessità di reagire ai momenti di crisi³¹.

Il discorso appena affrontato regge abbastanza bene il confronto con il '900 (quantomeno con la seconda parte del secolo), ma potrebbe apparire contraddittorio se rapportato alle crisi che stanno accompagnando il XXI secolo³².

Guardando al secondo concetto, quello di "emergenza", essa deriva dal latino *emergens*, indicando una circostanza o un'eventualità imprevista, la comparsa di un fattore nuovo rispetto all'esperienza consueta ovvero, in sintesi, una "sopravvenienza" repentina in grado di mettere sotto stress le leggi che normalmente reggono il funzionamento di un sistema complesso³³. Si tratta, quindi, di fenomeni impreveduti in grado di alterare temporaneamente³⁴ e significativamente il normale funzionamento di un sistema³⁵.

³⁰ G.E. RUSCONI, *Crisi sociopolitica*, cit., 620 s., rileva che fino a tutto il '700 la crisi, associata alla rivoluzione, aveva un connotato positivo, come momento di rinnovamento morale e che assumeva carattere negativo solo quando implicava il dissolvimento di qualsiasi ordine. È a partire dalla crisi dello stato borghese e dei valori su cui si fondava che al concetto di crisi inizia a darsi un connotato prevalentemente negativo.

³¹ Per S. CASSESE, *L'Europa vive di crisi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2016, 799 ss., il processo di integrazione europea si è retto sulle crisi, visto che un sistema in formazione può aver bisogno delle crisi come stimolo a prendere decisioni in chiave evolutiva. La crisi gioca, così, come importate fattore di sviluppo, ci si chiede però se questo abbia risvolti soltanto sul piano istituzionale e politico o se debba anche analizzarsi la problematica da un mutato approccio, che concerne il "prezzo delle crisi".

³² Perché è difficile rilevare una certa sovrastima dovuta alla percezione nelle più recenti crisi (anzi...), perché queste sono state di tale entità da intaccare non solo esigenze di prestazione, ma anche libertà fondamentali, perché, per quanto non siano mancati anche nell'attualità i momenti di stimolo all'integrazione, non sembra che questi siano tali da bilanciare, in positivo, il peso del prezzo sopportato.

³³ Come osservato da P. FORTE, *Caratteri della decisione pubblica di emergenza contemporanea*, in *L'Ircocervo*, 1, 2021, 136, al concetto di emergenza si associa il significato di "emersione".

³⁴ Quello della temporaneità è il tratto qualificante del fenomeno, come sottolineato ampiamente in dottrina. Così, ad esempio, A. PIZZORUSSO, *Emergenza (stato di)*, cit., 551, afferma che «il termine emergenza è impiegato [...] per indicare le situazioni improvvise di difficoltà o di pericolo, a carattere tendenzialmente transitorio [...], le quali comportano una crisi di funzionamento delle istituzioni operanti nell'ambito di una determinata compagine sociale»; mentre G. ROLLA, *Profili costituzionali dell'emergenza*, cit., 1, ritiene che «le situazioni di emergenza rappresentino dei fatti non rientranti in una fattispecie astratta, nei cui confronti si determina, comunque, una necessità giuridica a intervenire tempestivamente. Consistono in interventi parzialmente impreveduti dall'ordine costituzionale e dal legislatore ordinario, che richiedono una deroga provvisoria all'ordinamento in vigore. Il profilo qualificante di questa figura è, quindi, costituito dal carattere della temporaneità».

³⁵ Il concetto di emergenza non va confuso con quello di eccezione. Mentre nella prima il fatto appare ancora riconducibile ad uno schema normativo concepito nell'ordinamento, nella seconda il

Tra crisi ed emergenza, dal punto di vista fattuale, può esistere anche una stretta connessione, perché è frequente che le emergenze siano uno dei fattori eziologici delle crisi³⁶, tuttavia, su un piano concettuale, le due ipotesi sono distinte, giacché non sono una condizione necessaria dell'altra. Può aversi, infatti, una crisi non innescata da un fatto emergenziale, così come possono aversi emergenze di entità ridotta che non portano alla crisi di un sistema, vengono cioè risolte prima che questa si manifesti. Tale circostanza non resta su un piano astratto, ma ha ricadute concrete in quanto le risposte che i sistemi delle fonti danno, di fronte ai due fenomeni, si esprimono attraverso strumenti diversi per presupposti ed effetti. Le crisi, potendo essere legate alle capacità di reazione di un sistema e, quindi, a fattori che attengono alla tenuta strutturale "interna" agli stessi, potranno richiedere interventi normativi che implicano riforme su vasta scala. Le emergenze, dovute perlopiù a fatti "esogeni" al sistema e che hanno quale tratto qualificante quello della temporaneità e della imprevedibilità, richiederanno interventi rapidi, urgenti, adeguati. Questa distinzione, tra l'altro, non è priva di significato ove si ragioni intorno all'impatto di tali fenomeni nell'ambito sovranazionale, perché tra i vari livelli di produzione normativa, non sempre è possibile trovare strumenti adeguati allo scopo (si pensi, ad esempio, al decreto-legge, fonte prettamente nazionale, di cui ovviamente non si rinvergono omologhi in ambito eurounitario).

Quando si analizzano i rapporti tra i livelli di produzione normativa sovranazionale e nazionale di fronte alle emergenze, per quanto con le dovute cautele classificatorie, può essere utile tener presente l'elemento dimensionale. Si

fatto sfugge al dominio ordinamentale, richiedendo per la sua soluzione atti *extra ordinem* con il fine della salvezza dello Stato. Così R. RAVI PINTO, *Brevi considerazioni su stato d'emergenza e stato costituzionale*, in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, Special issue 1, 2020, 44, mutuando le categorie schmittiane (C. SCHMITT, *Teologia politica* (1922), in ID., *Le categorie del "politico"*, a cura di Gianfranco Miglio e Pierangelo Schiera, Il Mulino, Bologna, 1972, 39). V. anche G. COMAZZETTO, *Lo stato di eccezione nell'ordinamento italiano. Riflessioni a partire dalle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Biolaw Journal*, Special issue 1, 2020, 35 ss. Ampiamente sul concetto di eccezione in rapporto ad altre categorie vedi recentemente M. LUCIANI, *Il diritto e l'eccezione*, in *Rivista AIC*, 2, 2022, 49 ss.; nonché, E.A. IMPARATO, *L'eccezione nella regola. La sopravvivenza delle prerogative tra ordine pubblico e sicurezza nella transizione intra-costituzionale contemporanea*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019, part. 75 ss.

³⁶ Anche per le emergenze è difficile proporre modelli di classificazione completi, dato che per loro natura (imprevedibili) sfuggono per lo più al dominio dogmatico. Cfr. L. CARLASSARE, *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati*, in M. GALIZIA e P. GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1990, 481 ss. Tentativi in tal senso, anche se con valore esemplificativo, sono stati fatti da A. PIZZORUSSO, *Emergenza (stato di)*, cit., 551; e G. ROLLA, *Profili costituzionali dell'emergenza*, cit., 2 s., (entrambi, tra l'altro, non collocano le emergenze pandemiche in una categoria *ad hoc*, ma, al più, tra le emergenze naturali, seppure le vicende contemporanee abbiano dimostrato che queste presentano peculiarità non fungibili rispetto alle altre catastrofi naturali, come terremoti o alluvioni).

può al riguardo osservare come le emergenze possano assumere una connotazione locale (o regionale), nazionale o globale. È evidente che tra le tre dimensioni appena richiamate quella a venire in rilievo in questa trattazione sia la terza, ed è altrettanto evidente come, tra le tre, sia anche quella che più delle altre mette in crisi i sistemi tradizionali di produzione normativa. Quelle del XXI secolo, si è detto, rilevano essenzialmente come crisi globali, in quanto dipendono da fenomeni che spesso trascendono l'ambito statale, sia nelle cause che nelle possibili soluzioni. Ciò mette in evidenza una prima contraddizione: mentre le crisi più significative sono legate a fattori non riconducibili alla realtà dei singoli Stati, a ciò non si è accompagnata un'analogia evoluzione del costituzionalismo, il quale è ancora molto legato al modello statale e non riesce ad incidere sugli scenari globali³⁷. Allo stesso tempo, la connotazione intrinsecamente sovranazionale delle emergenze pone in discussione il concetto stesso di sovranità dello Stato e, in uno, la presunzione di completezza dell'ordinamento giuridico che ad esso si connette³⁸. Accade quindi che, anche quando gli artefici della produzione giuridica sono gli Stati, le loro scelte finiscano per essere condizionate (se non vincolate) da comportamenti e decisioni adottate a livello sovranazionale³⁹.

La classificazione delle emergenze può essere operata anche secondo un diverso criterio, quello della intensità, altrettanto connesso al profilo sovranazionale che si intende analizzare. L'uso frequente dei concetti di crisi ed emergenza, come detto, perderebbe valore, anche descrittivo, ove non fosse possibile graduarne – secondo parametri comunque non certi – l'intensità, in maniera tale da distinguerle tra “ordinarie” e “straordinarie”. Normalmente, quando si parla di crisi o emergenza ci si trova di fronte a casi “ordinari”, probabilmente gli unici effettivamente riconducibili al modello costituzionale di necessità contenuto nell'art. 77 Cost.⁴⁰. Tuttavia, senza voler accogliere la tesi che le emergenze del XXI secolo siano di fatto “straordinarie” (e quindi si collochino sempre fuori dal contesto costituzionale), non può non rilevarsi il discrimine tra i casi sicuramente ordinari (ad es. per anni in Campania si è parlato di “emergenza rifiuti”) e quelli cui si accenna in questo lavoro, aspetto sul quale si tornerà in chiusura. Anche per questo il criterio dell'intensità si collega a quello dimensionale.

Una tale emergenza può avere ripercussioni gravi in un contesto limitato,

³⁷ F. BALAGUER CALLEJON, *Crisi sanitaria, globalizzazione e diritto costituzionale*, cit., 802.

³⁸ V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1986; nonché, più di recente su questo aspetto, T.G. TASSO, *L'(in)certezza del diritto nello stato di emergenza*, in *L'Ircocervo*, 1, 2021, 435 ss.

³⁹ G. ROLLA, *Profili costituzionali dell'emergenza*, cit., 3.

⁴⁰ Secondo L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 240 s., le emergenze straordinarie non potrebbero essere contemplate da tale disposizione perché teoricamente idonee ad abilitare il Governo a derogare alle norme costituzionali.

me non porta a crisi di natura sistemica. Si possono avere esigenze di sostegno o di ristoro in certi settori, ma ciò non mette a rischio l'esistenza della sovrastruttura economica, politica e sociale che è alla base delle misure adottate. La differenza tra queste emergenze e quelle "straordinarie" può dunque leggersi in una capacità più o meno determinante di arrecare un elemento di rottura non solo all'interno del sistema, ma di inabilitare la stessa sovrastruttura di "recupero" del sistema. In altri termini, non solo un sistema è messo in crisi, ma non possono funzionare nemmeno i meccanismi necessari al ripristino dello stato ordinario, un cortocircuito a cui un ordinamento difficilmente sa trovare la soluzione guardando dentro se stesso. Si tratta della situazione-limite che richiama il modello della rete: se l'emergenza intacca un "nodo" della rete questa continua a funzionare, se li intacca tutti contemporaneamente la rete crolla e così il sistema.

Quando le emergenze hanno portata globale l'aspetto appena illustrato è particolarmente avvertito e la pandemia ne è stato un esempio emblematico. Tuttavia, cercheremo di vedere in che modo l'ordinamento ha cercato di tenere, di evitare in pratica che da uno stato di emergenza si passasse a uno stato di eccezione. Cosa che, ad opinione personale, non è avvenuta e le soluzioni adottate si sono sempre mosse – seppur forzatamente – lungo una direttrice costituzionale che tenesse anche presenti gli insopprimibili elementi provenienti da "fuori" i confini nazionali⁴¹.

Passando velocemente alla seconda linea di lettura, sembra possibile rilevare una distinta tendenza tra il livello sovranazionale delle fonti e quello nazionale nella reazione ai fenomeni emergenziali. Mentre con riferimento al primo, sul piano formale, si può osservare una certa "stabilità" degli strumenti impiegati, che si accompagna alle novità contenutistiche, al livello statale si riscontra una forte reattività, innovatività anche sul piano formale degli strumenti, oltre che dei contenuti, con il legislatore chiamato a complesse opere di adattamento che gli schemi vigenti non sempre consentono. Ciò d'altra parte, potrebbe intrecciarsi con un'altra tendenza, non specifica dei periodi di crisi, ad un doppio movimento di segno contrario nei rapporti tra diritto

⁴¹ Osserva P. FORTE, *Caratteri della decisione pubblica di emergenza contemporanea*, cit., 134 ss., che la decisione sull'emergenza, al giorno d'oggi, per quanto possa essere vista come decisione sovrana, non appartiene più al Sovrano. Ciò dipende dal fatto che la sovranità è distribuita, frazionata, posta al servizio dei diritti e delle libertà della persona, in quanto l'ordinamento «circonda con principi e connette a doveri di protezione dei diritti fondamentali anche gli irrinunciabili poteri d'emergenza, cui perciò fornisce un vero e proprio regime giuridico, anch'esso complesso, che suppone che l'ultima parola [...] possa essere rimessa [...] ad un insieme di apporti» riferibili ad un articolato complesso di soggetti e poteri.

sovranaZIONALE e nazionale; una tendenza all'apertura del sistema⁴², ma anche alla creazione di strumenti protettivi di chiusura. Che il sistema delle fonti sia aperto sul versante sovranazionale e dato acquisito⁴³, sia che ciò avvenga per espressa scelta costituzionale (come nel caso dell'art. 10 Cost.), sia che costituisca il faticoso approdo dell'evoluzione pretoria (come per l'adattamento al diritto UE dopo la sentenza *Granital* del 1984 o con il riconoscimento del ruolo della CEDU con le "sentenze gemelle" del 2007). Tuttavia, ogni movimento di apertura dettato da fattori "esogeni" comporta tentativi di risposta "protettiva" degli ordinamenti nazionali, al fine di definire nuovi equilibri tra i livelli: è avvenuto dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 170 del 1984, ma, in tempi più recenti, anche con la sentenza n. 269 del 2017. È avvenuto anche rispetto alla CEDU, dopo le prime incertezze sulla sua efficacia, quando si giunti, dopo qualche anno, a definire un punto di equilibrio tendenzialmente stabile⁴⁴. Ci si può interrogare, quindi, se tale tendenza possa venire in rilievo anche nei momenti di crisi, se cioè gli ordinamenti nazionali possano "forzare" i propri sistemi delle fonti per preservarli da una serie di fattori (non necessariamente normativi) di matrice sovranazionale e definire un punto di equilibrio accettabile tra forme (nazionali) e contenuti (sovranazionali), evitando che questi ultimi travolgano le prime.

Infine, la terza linea di lettura consente di osservare che l'interazione tra livello sovranazionale e nazionale rileva non soltanto per la presenza di un diritto positivamente determinato nel primo, in grado di vincolare in qualche modo il secondo, ma anche in ragione di elementi fattuali che, in virtù della propria diffusione globale, costituiscono fattori condizionanti la produzione del diritto statale, inteso come congiunto italo-sovranaZIONALE alla luce dei diversi meccanismi di integrazione conosciuti. Il caso della pandemia ne è un esempio abbastanza chiaro. Il diritto dello Stato entra in una fase di stress nonostante il vincolo non venga dal diritto "sovranaZIONALE" ma da una fattualità sovranazionale.

⁴² Sull'apertura "verso l'alto" delle Costituzioni post-belliche si veda recentemente A. RUGGERI, *Comparazione giuridica, dialogo tra le Corti, identità "intercostituzionale"*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2, 2022, 1 ss.

⁴³ Cfr. A. MORRONE, *Fonti normative*, Il Mulino, Bologna, 2018, 107 ss.; F. RIMOLI, *Certezza del diritto e moltiplicazione delle fonti; spunti per un'analisi*, in L. MENGONI, F. MODUGNO, F. RIMOLI, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Giappichelli, Torino, 2017, 196; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Padova, 2009, 11.

⁴⁴ Per quanto non manchi, ancora oggi, qualche profilo di incertezza, cfr. A. CARDONE, *La diretta applicabilità della CEDU nella giurisprudenza comune tra (apparenti) ritorni al passato e nuove dimensioni problematiche*, in *Dir. um. dir. int.*, 1, 2022, 65 ss.; dopo i dubbi sorti a seguito della riforma dell'art. 6 TUE e dell'annunciata adesione alla CEDU da parte dell'UE. Cfr. U. VILLANI, *Sull'efficacia della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano dopo il Trattato di Lisbona*, in *Diritti comparati*, 30 novembre 2012.

3. A partire dalle crisi “endemiche”. Le risposte europee alla crisi economica successiva al 2008. Il quadro delle fonti: tra la via eurounitaria e la via internazionale

Date le direttive teoriche e gli schemi concettuali del lavoro, occorre analizzare il modo in cui in questi si siano collocate le crisi degli ultimi decenni e quale influenza abbia prodotto sul diritto statale la loro peculiare natura globale e sovranazionale.

Partendo dalla crisi economica questa sembra presentare due peculiarità. In primo luogo, pare connotarsi come crisi “senza” emergenza o, in ogni caso, con il profilo emergenziale che assume tratti più sfumati rispetto agli eventi successivi: ciò si traduce in una netta prevalenza di misure di carattere strutturale adottate per fronteggiarla, piuttosto che nella tempestività e temporaneità degli strumenti normativi di risposta. In altre parole, la crisi dei sistemi è legata più alle carenze che gli stessi hanno accumulato in un lungo arco di tempo che a un evento repentino che li pone sotto stress, quindi l’esigenza è quella di porre rimedio a dette carenze con interventi destinati a durare, piuttosto che con atti che – proprio in quanto connessi alle emergenza – mutuano il tratto della temporaneità che le accompagna.

D’altra parte, è stato osservato con riferimento alla crisi economica prodottasi a partire dal 2007-2008 a livello globale, ma più in particolare europeo, che i fattori di questa non vadano collocati necessariamente in fatti esogeni al sistema, ma spesso siano riconducibili ad elementi sistemici⁴⁵: una particolare debolezza nella *governance* dell’Euro ove ancora esiste separazione tra governo della moneta e politica economica tra Stati e Unione, le forti asimmetrie economiche tra gli Stati europei che hanno causato difficoltà nell’individuare un approccio equilibrato e adeguato alle esigenze di tutti.

In secondo luogo, la crisi economica è peculiare perché assume i tratti della crisi endemica di carattere globale. Come si è già accennato nelle premesse, si intende con tale definizione far riferimento alla circostanza che quello economico è un tratto ricorrente delle crisi, anche quando esse si associano a fenomeni emergenziali di altra natura (come la pandemia e la guerra) e che hanno comportato risposte da parte dei soggetti sovranazionali ispirate ad approcci spesso opposti.

Il suo periodico “ritornare”, quindi, sembra collegato anche ad altre più profonde cause, quale la progressiva crisi dello Stato e della politica rispetto al mercato. L’economia sembra dominare la politica, con la conseguenza che

⁴⁵ Si veda R. PEREZ, *La crisi del debito pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2016, 669 ss., la quale osserva che la principale debolezza dell’eurozona (e quindi la sua minor capacità di resistere alla crisi) è data dal fatto che l’Euro è una moneta senza Stato, che non si appoggia a istituzioni in grado di assicurare la convergenza economica dei membri.

anche le scelte in ambito economico non si collocano più nei soggetti democratici. A ciò si associa il fatto che l'Europa nasce come soggetto essenzialmente economico, che non ha visto di pari passo svilupparsi una copertura politica, la quale è rimasta in capo agli Stati nazionali, ma questi, proprio in virtù della globalizzazione dei fenomeni, non hanno la possibilità di dispiegare le proprie risposte con la stessa efficacia del passato, così che oggi il carattere sovranazionale della crisi ha collocato al di fuori degli Stati le sedi decisionali privilegiate per l'adozione delle misure di contrasto alla crisi economica⁴⁶.

Se si considera a livello “casistico” la crisi economica innescata a partire dal 2007 si può rilevare che, a livello europeo, ne è derivato un quadro estremamente complesso di interventi normativi che è apparso sin dall'origine ispirato al massimo rigore e all'attenzione sul rispetto di determinati parametri finanziari da parte degli Stati. Quadro complesso perché affidato non soltanto a strumenti e procedure proprie del diritto dell'Unione, ma anche a trattati di diritto internazionale nel senso classico del termine⁴⁷.

Approssimativamente questo è composto dal *Patto Europlus* del 25 marzo 2011 con il quale gli Stati, da una parte erano vincolati a recepire le regole di bilancio dell'Unione fissate dal patto di stabilità e crescita, ma dall'altra erano liberi sulla scelta dello strumento normativo da adottare, purché si trattasse di fonti vincolanti. Successivamente si è avuta l'adozione di atti tipici del diritto UE con i c.d. *Six Pack* e *Two Pack* (il primo formato da una direttiva e cinque regolamenti, il secondo da due regolamenti), i quali rispettivamente hanno introdotto criteri interpretativi più rigidi delle regole del patto di stabilità e di quelle sul vincolo di pareggio di bilancio, nonché disposto un sistema di sanzioni per gli Stati che non avessero adottato misure efficaci per correggere un disavanzo eccessivo (sia attraverso misure preventive che correttive). Ma è soprattutto con il l'adozione del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* dell'Unione economica e monetaria sottoscritto il 2 marzo 2012 (noto come TSCG o, semplicemente, *Fiscal Compact*) che, tra le altre prescrizioni, viene sancito che gli Stati debbano recepire la regola del

⁴⁶ Y. MENY, *La crisi politica*, cit., 625 ss. Ciò, come ha osservato B. BRANCATI, *Tra diritti sociali e crisi economica. Un equilibrio difficile per le Corti costituzionali*, Pisa University Press, Pisa, 2018, 8, avrebbe provocato la crisi della “autorità del diritto” in Europa, essendo tutt'altro che chiara la linea di demarcazione tra diritto nazionale e diritto sovranazionale, la quale ha innescato una situazione di incertezza sulle attribuzioni di autorità decisionale.

⁴⁷ Sulla particolare complessità del quadro delle fonti, integrato in modo composito da strumenti del diritto dell'Unione e da trattati internazionali si vedano N. LUPO, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, in *Il Filangieri*, Quaderno 2011, 2012, 91; G. MARTINICO, *Le implicazioni costituzionali della crisi. Una rassegna della letteratura*, in *Federalismi.it*, 26, 2016, 6 s.; F. NUGNES, *L'Unione europea di fronte alla crisi. L'impatto sulla disciplina fiscale e sull'assetto istituzionale*, in *Federalismi.it*, 26, 2016, 9.

pareggio di bilancio «al più tardi un anno dopo l'entrata in vigore del Trattato tramite disposizioni vincolanti e di natura permanente – preferibilmente mediante l'adozione del nuovo vincolo di bilancio negli ordinamenti mediante una fonte di natura costituzionale»⁴⁸. Accanto a queste misure si colloca poi l'adozione del Meccanismo europeo di stabilità (MES), il quale opera come strumento di sostegno agli Stati in difficoltà, adottato anch'esso mediante un accordo internazionale (collocato al di fuori del diritto UE) che deve essere recepito dai singoli Stati aderenti secondo le regole interne di ciascuno. Tale opzione si era resa necessaria per superare le obiezioni di alcuni Stati all'approvazione del meccanismo che, riguardando l'intervento a sostegno del debito pubblico di uno Stato, aveva potuto trovare un riferimento nei Trattati attraverso la previa riforma dell'art. 136 TFUE⁴⁹.

Nella sostanza, quindi, il quadro degli atti di contrasto alla crisi economica fornisce una nuova prospettiva nell'approccio europeo. Come osservato da Rita Perez «la crisi non è più una causa esimente dal rispetto dei risultati di bilancio ma, al contrario, impone finanze sane e bilanci in pareggio». Ciò comporta il passaggio ad una politica “restrittiva” con regole più rigide e vincoli sempre più stringenti imposti agli Stati per il raggiungimento degli obiettivi di bilancio che, in un momento di bassa crescita, possono determinare a livello statale il sacrificio di diritti che sono spesso al centro delle Costituzioni nazionali approvate, in chiave sociale, nel secondo dopoguerra⁵⁰.

Le implicazioni sul piano delle politiche e dei contenuti, nei rapporti tra il livello sovranazionale e quello statale, sono notevoli, ma sfuggono all'oggetto e all'economia di questo lavoro, per cui ci si può soffermare soltanto su alcuni profili che riguardano, in senso stretto, l'impatto sul sistema delle fonti.

In questa sede è opportuno concentrarsi su due aspetti che ineriscono sempre al sistema delle fonti, il primo dalla prospettiva sovranazionale e il secondo da quella nazionale, diretto a verificare con quale grado il primo livello abbia condizionato la produzione nel secondo.

Quanto al livello sovranazionale, oltre all'accennato irrigidimento sul piano contenutistico, anche l'aspetto concernente la scelta degli strumenti normativi adottati a livello sovranazionale per veicolare determinati obblighi all'interno degli ordinamenti statali è peculiare. Si è osservata una certa

⁴⁸ Sull'evoluzione che ha avuto il “tasso” di vincolatività della regola del pareggio a livello europeo si veda N. LUPO, *La revisione costituzionale*, cit., 92 ss.

⁴⁹ La riforma dell'art. 136 TFUE si rendeva necessaria per consentire un intervento più agile sullo statuto del MES, in quanto la possibilità di utilizzare la procedura di revisione semplificata era impedita dalla circostanza che la decisione adottata attraverso di essa non può conferire nuove competenze all'Unione, modificando quelle esistenti. Lo statuto MES trova quindi fondamento nei Trattati attraverso la modifica dell'art. 136 TFUE che ora abilita gli Stati dell'Eurozona a stabilire un meccanismo di carattere assistenziale per salvaguardare la tenuta dell'area Euro.

⁵⁰ R. PEREZ, *La crisi del debito pubblico*, cit., 675.

tendenza allo scostamento dalla via “comunitaria”, prediligendo la via internazionale dell’accordo tra gli Stati, anche per superare alcuni vincoli procedurali imposti dal diritto UE⁵¹. Agli strumenti tipici del diritto dell’Unione, infatti, si affiancano strumenti di natura internazionalistica che, a ben vedere, sono il frutto dell’accordo tra Stati cui si perviene dalle relazioni tra i rispettivi Governi. Sono stati quindi sollevati dubbi sulla democraticità delle misure, con una riduzione del ruolo del Parlamento Ue nell’adozione delle stesse⁵², ma analoga considerazione potrebbe farsi per i Parlamenti nazionali⁵³, seppur tale rischio sia stato minimizzato da altri commentatori⁵⁴.

I punti di contatto tra queste fonti, così diverse tra loro anche per impatto ordinamentale (basti pensare alla differenza esistente tra applicazione diretta del diritto europeo ed efficacia del diritto pattizio sottoposto a recepimento), sono significativi. Si pensi, ad esempio, a due circostanze: al fatto che il TSCG del 2012 riconosca espressamente la prevalenza del diritto UE sulle disposizioni del trattato in caso di conflitto⁵⁵ e alla previsione secondo cui le disposizioni del *Fiscal compact* sono destinate, al più tardi entro cinque anni dalla loro entrata in vigore, ad essere incorporate nel diritto dell’Unione⁵⁶.

⁵¹ Tale scelta sarebbe dipesa dalla impossibilità di usare la procedura di revisione semplificata dei Trattati, in quanto avrebbe comportato una modifica delle competenze dell’Unione. Con la procedura ordinaria dell’art. 48 TUE difficilmente si sarebbe giunti, in tempi rapidi, all’adozione di regole così incisive per gli ordinamenti e le spese degli stati nazionali. Al riguardo v. G. MARTINICO, *Le implicazioni costituzionali della crisi*, cit., 22.

⁵² L’uso di strumenti intergovernativi sembra far registrare un passo indietro rispetto alle conquiste in termini di democraticità ottenute dopo il Trattato di Lisbona del 2009. Cfr. S. FABBRINI, *Le implicazioni costituzionali della crisi dell’Euro*, in *Il Mulino*, 1, 2012, 103.

⁵³ Osserva S. GAMBINO, *Crisi economica e costituzionalismo contemporaneo. Quale futuro europeo per i diritti fondamentali e per lo stato sociale?*, in *KorEuropa*, 2015, 114, che la crisi della legge porta a svalutare il ruolo di garanzia dei Parlamenti, a favore di un possibile incremento del ruolo di tutela dei giudici.

⁵⁴ Si veda, in tal senso, C. FASONE, E. GRIGLIO, *Can Fiscal Councils Enhance the Role of National Parliament in The European Union? A Comparative Analysis*, in B. DE WITTE, A. HERITIER, A. TRECHSEL (a cura di), *The Euro Crisis and the State of European democracy: contribution from the 2012 EUDO dissemination conference*, Cadmus, Firenze, 2013.

⁵⁵ Cfr. G. MARTINICO, *Le implicazioni costituzionali della crisi*, cit., 23. Prevalenza che dipenderebbe, ad ogni modo, anche dai principi che reggono gli effetti diretti e il primato del diritto dell’Unione. Se ciò vale senza dubbio per il caso di contrasto con il diritto nazionale, a maggior ragione può valere nell’ipotesi di conflitto con vincoli imposti (a livello nazionale) dal recepimento di disposizioni pattizie. Altri autori hanno invece sostenuto che il medesimo risultato sia raggiungibile alla luce del dovere di leale collaborazione degli Stati verso l’Unione. Così B. DE WITTE, *Using International Law in Euro Crisis Causes and Consequences*, in *ARENA Working Paper*, 4, 2013.

⁵⁶ A tal fine, il 6 dicembre 2017, la Commissione europea ha presentato una proposta di direttiva (COM(2017) 824 final) finalizzata ad incorporare le disposizioni del Fiscal Compact nell’ordinamento giuridico dell’Unione. Nonostante l’invito a Parlamento europeo e Consiglio ad adottare la proposta di incorporazione del Fiscal Compact nell’ordinamento giuridico dell’UE entro il primo semestre del 2019 al momento tale processo non si è ancora concluso. Su tale aspetto, in particolare, A. MAGLIARI, *Le riforme della governance economica dell’Unione: la creazione di un Fondo monetario europeo e la “comunitarizzazione” del Fiscal Compact*, in *DPCE Online*, 2, 2019, 1299 ss. Per gli

Ciò che, però, interessa maggiormente il nostro discorso è verificare in quale misura una regola tanto incisiva come quella del pareggio di bilancio sia stata in grado di produrre un vincolo per la produzione normativa degli Stati, al punto da potersi osservare la costruzione di una sorta di micro-diritto dell'emergenza economica⁵⁷. Una “regola” che, senza dubbio, condensa la promanazione sovranazionale con il connotato emergenziale, assurgendo a “caso di studio” esemplificativo in questa trattazione. Ma che allo stesso tempo, proprio per la forte incidenza sulle scelte di contenuto che sottendono alla forma della fonte, ha eroso la sovranità statale⁵⁸. I vincoli imposti al legislatore alterano il senso tradizionale della legge, la quale vede scolorire la propria “libertà di fine” ove questo sia nella sostanza etero-determinato, attraverso strumenti posti a presidio dei preminenti interessi di bilancio. Il diritto nella crisi, dunque, vede attenuarsi il rigore della tradizionale affermazione che lo vorrebbe frutto della sovranità, in quanto il sovrano per eccellenza del costituzionalismo moderno – lo Stato – viene affiancato (o surrogato) da altri sovrani non statuali (i mercati, la finanza, i poteri tecnici), come aveva ben illustrato Massimo Luciani nella sua teoria dell'antisovrano⁵⁹.

E, proprio per la sua capacità erosiva della sovranità, la crisi è in grado di incidere su più livelli del sistema delle fonti degli Stati, non solo ai ranghi inferiori ma, addirittura al più alto gradino costituzionale⁶⁰, come l'esperienza

aspetti generali di tale processo, G. BONVICINI, F. BRUGNOLI (a cura di), *Il Fiscal Compact*, Nuova cultura, Roma, 2012. Per la stretta connessione con il TSCG anche il MES è destinato ad entrare a far parte del diritto UE in modo effettivo. Le affinità tra i due trattati sono significative: entrambi nascono come accordi di natura internazionale collocati fuori dal diritto UE; le loro disposizioni si applicano direttamente senza bisogno di interposizione degli Stati una volta ratificati; il controllo sugli Stati che hanno ottenuto il finanziamento sono esercitati da un organismo internazionale e, infine, costituiranno, non solo negli effetti, ma anche nella forma, diritto UE. Vedi R. PEREZ, *La crisi del debito pubblico*, cit., 687.

⁵⁷ Ciò, ad opinione di I. CIOLLI, *I Paesi dell'Eurozona e i vincoli di bilancio. Quando l'emergenza economica fa saltare gli strumenti normativi ordinari*, in *Rivista AIC*, 2, 2012, 6, dipenderebbe anche dalla debolezza dell'Unione in termini economici e della mancanza di una strategia comune. L'assenza di strumenti operativi viene colmata con proclami politici e regolamenti vincolanti che pongono esclusivamente l'onere in capo agli Stati.

⁵⁸ S. GAMBINO, *Crisi economica e costituzionalismo contemporaneo*, cit., 116 s. Sui progressivi arretramenti della sovranità statale indotti dalla risposta alla crisi economica globale si rimanda a G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, 25 ss., part. 89 ss.

⁵⁹ M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle Costituzioni*, in *Riv. Dir. cost.*, 1996, 124 ss. Ma anche, M. LUCIANI, *Sovranità*, in *Italiani Europei*, 7, 2011, 165, ove sottolinea proprio l'aspetto cui si accennava, ossia quello della perdita progressiva di discrezionalità del fine della legge, un sovrano, appunto, che «non dichiara la propria aspirazione alla discrezionalità dell'esercizio del proprio potere, ma – anzi – cerca di presentare le proprie decisioni come logiche deduzioni da leggi generali oggettive, quali pretendono d'essere quelle dell'economia e dello sviluppo».

⁶⁰ N. LUPU, *La revisione costituzionale*, cit., 126 s., osserva che è propria della legge contemporanea la soggezione ad una crescente serie di vincoli, di cui quelli finanziari sono soltanto quelli più forti. Si tratta di vincoli che operano su più piani, da quello tradizionale della Costituzione a quello prodotto dall'Unione europea o dai livelli sovranazionale e globale di produzione dei diritti, che

italiana ha emblematicamente evidenziato. Il diritto della crisi può produrre, quindi, alterazioni profonde e di diversa natura, siano positive o materiali.

4. L'impatto del diritto di matrice "esterna" su quello nazionale. Il livello costituzionale: tra riforme "positive" e mutamenti "materiali" indotti dalla crisi economica

Come sopra accennato, va preliminarmente chiarito che l'impatto delle misure di contenimento della crisi economica sui sistemi costituzionali si è sviluppato seguendo due distinti percorsi: uno è quello della riforma in senso positivo della Costituzione, l'altro è quello implicante un mutamento in senso materiale di alcuni suoi precetti, i quali hanno assunto significato diverso alla luce delle nuove rigorose misure di bilancio.

Partendo dall'aspetto "formale", il profilo di maggior pregnanza dell'impatto della crisi economica sovranazionale sulle fonti nazionali è dato dal recepimento espresso del vincolo del pareggio di bilancio attraverso la riforma costituzionale⁶¹. Con la l. cost. n. 1 del 2012, infatti, sono state apportate significative modifiche al testo dell'art. 81 Cost. (nonché di altre disposizioni comunque legate alla gestione delle spese pubbliche, quali gli artt. 97, 117, 119 Cost.), al primo comma del quale, con formulazione innovativa rispetto alla precedente versione, oggi è affermato che «lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico».

Si è trattata di una riforma ritenuta, per certi versi, non evitabile, nemmeno attraverso una diversa e più restrittiva interpretazione dell'art. 81 Cost. a testo invariato. La ragione può essere colta nella funzione della Costituzione e nella necessità che essa, nel determinare i vincoli e i limiti all'azione politica, lo faccia nel modo più esplicito possibile⁶². Pertanto, se è vero che le riforme costituzionali possono essere mosse sia da elementi razionali che da elementi "irrazionali", nel caso di specie l'argomento razionale è stato individuato nella necessità di creare un vincolo al legislatore per porlo al riparo da possibili spinte di tipo populistico, le quali potrebbero compromettere sul lungo

contribuiscono ad accrescere il livello di complessità della legge che, al giorno d'oggi, non è più unilateralmente determinata. Su tale aspetto cfr. P. BONACCI, *National Parliaments Facing The Economic And Financial Crisis*, in *Amministrazione in cammino*, 3 maggio 2012.

⁶¹ Sul quale, in maniera dettagliata, si rinvia a G. LO CONTE, *Equilibrio di bilancio, vincoli sovranazionali e riforma costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2015.

⁶² N. LUPO, *La revisione costituzionale*, cit., 99. Tale osservazione è però messa in dubbio da quella parte della dottrina che non rinviene nella normativa sovranazionale l'imposizione di un vincolo cogente in capo al legislatore nazionale, soprattutto ove si utilizza l'avverbio "preferibilmente" – nel testo del *Fiscal Compact* – per indicare le linee guida dell'adattamento al legislatore nazionale. Cfr. M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 19 ottobre 2011, 62.

periodo l'esigenza posta alla base della riforma⁶³.

Ciononostante, si tratta pur sempre di un "frutto" della crisi, anzi, proprio la crisi come fattore esogeno sovranazionale avrebbe accelerato il processo costituente⁶⁴. Rapportando questo aspetto alle considerazioni generali dei precedenti paragrafi, si può osservare che l'introduzione del principio del pareggio di bilancio ha i tratti di una riforma strutturale, destinata a durare del tempo, a differenza delle fonti dell'emergenza che, di solito, sono temporaneamente limitate⁶⁵. Il dubbio che potrebbe sorgere al riguardo concerne, quindi, il possibile impatto indiretto che una riforma strutturale potrebbe avere sui diritti, vale a dire che, se le misure emergenziali limitative dei diritti incontrano specifici vincoli di ordine temporale, ove vi sia transizione da emergenza a crisi⁶⁶, con l'adozione di misure stabili, sarebbe opportuno interrogarsi anche in ordine alla legittimità di queste, ove sprovviste di una adeguato contenimento sul piano della produzione degli effetti nel tempo⁶⁷. Come dire, talvolta le crisi durano un certo lasso di tempo e con esso dovrebbero terminare gli effetti che le accompagnano.

Nella sua portata sostanziale, ossia come onere per gli Stati di adeguarsi alle regole di bilancio dell'UE con disposizioni durature di rango preferibilmente costituzionale, tali da assicurare l'equilibrio tra entrate e spese⁶⁸, il

⁶³ Un argomento "irrazionale" potrebbe essere quello che spingerebbe ad una riforma costituzionale soltanto per la paura che il sistema possa essere irrimediabilmente travolto dalla crisi economica, magari trascurando altre esigenze parimenti rilevanti, quali quelle della ripresa economica, del rilancio, ma anche della garanzia dei diritti (in primo luogo sociali). Al riguardo N. LUPU, *La revisione costituzionale*, cit., 101 s. Un significato sostanzialmente analogo a quello riportato nel testo sembra potersi ricavare dalla posizione di R. BIFULCO, *Jefferson, Madison e il momento costituzionale dell'Unione. A proposito della riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio*, in *Rivista AIC*, 2, 2012, secondo il quale «il limite all'indebitamento [...] serve a tutelare anche le generazioni future da un onere che, in alcuni casi, può divenire gravosissimo».

⁶⁴ La particolare urgenza della revisione è segnalata da I. CIOLLI, *I Paesi dell'Eurozona e i vincoli di bilancio*, cit., 17.

⁶⁵ A tale riguardo, ragionando sul progetto di revisione costituzionale all'epoca in atto, A. BRANCASI, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1, 2012, 108, distingueva l'adozione di due tipologie di regole. Un primo tipo di regole dotate di forza prescrittiva e necessarie a ridurre la "massa" complessiva del debito; un secondo tipo di misure, anch'esse dotate di forza prescrittiva, in grado di imporre vincoli al legislatore per evitare il ritorno alla situazione debitoria del passato. Ad opinione dell'Autore, solo le prime disposizioni avrebbero carattere "congiunturale" (o emergenziale) e sarebbero destinate ad avere una efficacia limitata nel tempo (anche se questo potrebbe essere più o meno lungo), mentre le seconde avrebbero carattere "strutturale", destinate a durare nel tempo, cioè, anche quando il risanamento finanziario fosse stato portato a termine.

⁶⁶ Fenomeni già descritti in passato come di "stabilizzazione dell'emergenza". Cfr. S. STAIANO, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2006, 659 ss.

⁶⁷ C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, cit., 30.

⁶⁸ Come è stato sottolineato da N. LUPU, *La revisione costituzionale*, cit., 92, gli accordi internazionali che veicolano il principio usano impropriamente il verbo "recepire" come azione che

principio del pareggio di bilancio sarebbe in grado di “ingessare” le scelte del legislatore nazionale in materia di politica economica⁶⁹, ragion per cui da una disposizione specifica in materia economico-finanziaria possono derivare conseguenze interpretative per l’intero assetto dei diritti disegnato a livello costituzionale.

La crisi economica globale non ha prodotto soltanto un effetto immediatamente percepibile, testuale, nel tessuto costituzionale, imponendo l’adozione di misure rigide a garanzia degli equilibri di bilancio; misure che, come si è detto, sono il riflesso di scelte “politiche” maturate fuori dal contesto nazionale, ma – come è stato osservato attentamente in dottrina – essa ha dato luogo anche ad un processo più subdolo di “corrosione” in senso materiale del testo costituzionale, non tanto andando a toccare il significato di singole disposizioni, ma comportando la necessità di rileggere, con le lenti del rigore economico, interi apparati normativi posti a garanzia di diritti ritenuti qualificanti nella forma di stato disegnata nel 1948.

È stato, ad esempio, sostenuto che la costituzionalizzazione dei vincoli europei sul bilancio, più che aprire una nuova fase “costituente”, avrebbero dato luogo ad una fase “decostituente” in quanto, sotto la spinta di un principio di necessità imposto dai mercati, sarebbero stati messi in dubbio i fondamenti del costituzionalismo sociale che connota la Carta⁷⁰. Ad essere intaccate sono, quindi, categorie tradizionali della teoria costituzionale, in primo luogo quelle della tenuta della normatività e prescrittività della Carta⁷¹. Se, cioè, il modello sociale in essa definito non abbia subito una “retrocessione” al rango della mera enunciazione programmatica, diminuendo il grado di effettività di taluni diritti (sociali in particolare)⁷².

Tale considerazione offre lo spunto per una riflessione sulla tenuta costituzionale di fronte alle crisi, nei due contesti economico e pandemico. A ben

spetterebbe agli Stati, tuttavia proprio la formulazione del *Patto Europlus* e del *Fiscal Compact* sembrano dimostrare l’insufficienza del diritto tradizionale dell’Unione, preferendo un impegno diretto degli Stati, assunto a livello intergovernativo, a modificare la propria Costituzione.

⁶⁹ Secondo I. CIOLLI, *I Paesi dell’Eurozona e i vincoli di bilancio*, cit., 4, una modifica costituzionale lascia minor margine di apprezzamento in capo agli Stati, anche di fronte a situazioni economiche variabili che richiederebbero la massima flessibilità.

⁷⁰ S. GAMBINO, *Diritti fondamentali, costituzionalismo e crisi economica*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2015, 6; S. GAMBINO, D. PAPPANO, G.M. CARUSO, W. NOCITO, D. LOPRIENO, G. GERBASI, D. D’ALESSANDRO, *Diritti sociali e crisi economico-finanziario. Problemi e prospettive*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1, 2016, 3.

⁷¹ In questo senso, S. GAMBINO, *Diritti fondamentali, costituzionalismo e crisi economica*, cit., 4; A. RUGGERI, *Crisi economica e crisi della Costituzione*, in *Consulta Online*, 2012, 14. Per una ricostruzione della dottrina maggioritaria a sostegno v. A. MORRONE, *Crisi economica e diritti*, cit., 81, nota 7.

⁷² Pur di fronte alle difficoltà della crisi economica ritiene, però, A. MORRONE, *Crisi economica e diritti*, cit., 82, che essa non sia stata tale da intaccare la base costituzionale, non abbia determinato, in pratica, quelle rotture che sono tipiche degli stati eccezionali.

vedere, le due vicende non sono del tutto sovrapponibili, perché il discorso sull'impatto della crisi economica, nel primo caso, riguarda soprattutto diritti sociali, imponendo una riflessione che, al di là del testo costituzionale, coinvolge l'effettiva disponibilità delle risorse per una loro piena realizzazione. Nel caso pandemico, invece, la tenuta costituzionale rispetto all'impatto di fattori esterni coinvolge diritti non condizionati, ovvero, al fattore normativo non si affianca anche quello finanziario, ma la conservazione della precettività è posta in dubbio da altri fenomeni, di origine non necessariamente economica.

Ad ogni modo, il discorso sul carattere normativo della Costituzione sociale coinvolge quello della integrità della sua rigidità, la quale finirebbe per essere messa in dubbio da una eccessiva capacità adattativa che le facesse perdere il ruolo di "argine" ai precetti dell'economia come unico criterio di orientamento delle decisioni pubbliche sulle spese sociali⁷³. Il dibattito sulle Costituzioni di fronte alla crisi economica ha portato, quindi, a riflettere sul significato stesso della sua "testualità"⁷⁴, ovvero all'elaborazione di una serie di teorie dei "mutamenti costituzionali", i quali interverrebbero anche a testo invariato sulla base di una semplice mutazione materiale dei contenuti⁷⁵.

Il recepimento del principio del pareggio di bilancio in Costituzione implica conseguenze non solo sul piano della tenuta del testo, ma anche delle tutele che ad esso si associano. La positivizzazione del vincolo in questione lo colloca tra i "parametri" spendibili nel controllo di legittimità costituzionale⁷⁶. Le Corti pertanto si vedranno riconosciuta una competenza piena a verificare

⁷³ È interessante che, al riguardo, W. NOCITO, *Diritti costituzionali e crisi finanziaria: la rigidità costituzionale alla prova*, in *Revista de Estudios Jurídicos*, 15, 2015, 32 ss., usi il concetto di "resilienza costituzionale" per indicare la sua capacità di resistere alle crisi, senza che ciò possa tradursi in una sua eccessiva duttilità che le farebbe nella sostanza perdere il suo essenziale carattere rigido. La nozione di "resilienza", invece, mi pare connotarsi per una maggiore carica "reattiva", come capacità del testo costituzionale di assorbire l'impatto dell'evento critico o emergenziale e reagire in senso positivo, quasi a sottolineare il suo carattere transitorio, cui si connette la transitorietà delle "torsioni" sulla fonte.

⁷⁴ L'impatto della crisi sulle Costituzioni ne ha depotenziato in un certo senso la "testualità", accentuando i fattori di materialità insiti nei mutamenti che ad essa si accompagnano. In questo senso le Costituzioni nazionali risentono della pressione di implicite limitazioni di sovranità che possono spingersi al punto di condizionare i contenuti delle riforme, ma anche il significato di intere parti del testo. La Costituzione, da questo punto di vista, perderebbe il suo significato di testo fondamentale, per assumere quello di "processo" imposto dagli attori costituenti dominanti in un certo momento storico. Cfr. K. TUORI, K. TUORI, *The Eurozone Crisis. A Constitutional Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

⁷⁵ Il rinvio è alle ricostruzioni di I. Pernice, B. De Witte, e W. Bökenförde, sulle quali si rinvia a G. MARTINICO, *Le implicazioni costituzionali della crisi*, cit., 9 ss.

⁷⁶ In tal senso G.L. TOSATO, *La riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio alla luce della normativa dell'Unione: l'integrazione fra i livelli europeo e interno*, in *Riv. dir. int.*, 1, 2014, 5 ss.; per un ulteriore approfondimento G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, in *Il Filangieri*, Quaderno 2011, 2012, 211 ss.

la legittimità delle leggi (in particolare di bilancio) in ordine alla conformità ai nuovi vincoli, potendo eventualmente rivolgersi alla Corte di giustizia attraverso rinvio pregiudiziale nel caso di disposizioni europee idonee ad incidere materialmente sulla portata del vincolo⁷⁷. Tale rafforzamento del ruolo del Giudice costituzionale, però, deve tener presente l'ampiezza del suo sindacato, il quale, in un bilanciamento complessivo, potrebbe anche coinvolgere la compatibilità di tale regola con il rispetto delle identità costituzionali nazionali (di cui all'art. 4.2. TUE) e, ove le limitazioni sul piano del bilancio dovessero essere eccessive, tali da contrastare con i principi supremi, ricorrere all'attivazione dei controlimiti⁷⁸. Per quanto ciò non possa escludersi in astratto, la Corte costituzionale non ha finora riservato particolare attenzione ai diritti economico-sociali in chiave di attivazione dei controlimiti. In questi casi, anche nelle occasioni in cui ha promosso rinvio pregiudiziale⁷⁹, si è concentrata maggiormente sui diritti di libertà.

4.1. Il livello sub-costituzionale: tra innovative leggi “rinforzate” e uso della decretazione d'urgenza nella risposta alla crisi economica

Anche guardando al livello sub-costituzionale delle fonti, la pressione della crisi economica sovranazionale ha determinato un impatto qualificabile sia in termini formali che materiali. Il primo nel senso di quegli interventi sul sistema delle fonti che, sulla scorta del recepimento del pareggio di bilancio, hanno portato all'introduzione di nuove, peculiari tipologie di legge; il secondo, invece, avendo riguardo a come strumenti normativi consolidati, quali i decreti-legge, siano stati utilizzati in risposta alla crisi.

Senza dubbio, l'aspetto di maggior rilievo che ha riguardato l'impatto sul sistema delle fonti è la previsione di una “nuova” tipologia di legge, approvata a maggioranza assoluta, per la determinazione del «contenuto della legge di bilancio, le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni», secondo quanto sancito dall'attuale comma 6 dell'art. 81 Cost. I contenuti di tale atto sono specificati dall'art. 5 della l. cost.

⁷⁷ Osserva N. LUPO, *La revisione costituzionale*, cit., 97, che il parametro ha oggi natura composita, non potendosi prescindere dall'integrazione dei contenuti che fornisce il diritto di matrice europea.

⁷⁸ S. GAMBINO, *Diritti fondamentali, costituzionalismo e crisi economica*, cit., 7 ss.

⁷⁹ Il caso a cui, ovviamente, si rimanda è quello dell'ordinanza n. 24 del 2017, con cui la Corte, nella nota vicenda “Taricco”, ha “minacciato” l'attivazione dei controlimiti, senza poi esercitarli in concreto. Qualche apertura in chiave “sociale” nell'uso dello strumento del rinvio pregiudiziale (ma senza minaccia del controlimite) si ha con l'ordinanza n. 182 del 2020, relativa alla legittimità della subordinazione dell'erogazione dell'assegno di natalità alla permanenza sul territorio nazionale per almeno cinque anni e al possesso di un reddito e un alloggio, come discriminatoria rispetto allo straniero regolarmente residente che vive in condizione di bisogno.

n. 1 del 2012 e alla sua approvazione il legislatore ha provveduto con la l. 243 del 2012⁸⁰, con la quale ha altresì definito la disciplina puntuale dei possibili scostamenti in caso di eventi eccezionali⁸¹.

Prescindendo dal dibattito sulla sua esatta qualificazione, ossia se possa qualificarsi come legge organica nel senso proprio del termine⁸² oppure debbano prevalere argomenti formali per cui, sul piano ordinamentale, essa resta sempre una legge ordinaria⁸³, ciò che interessa nel discorso che si sta portando avanti è la sua collocazione rispetto al fenomeno della crisi e il possibile significato da attribuire all'approvazione a maggioranza assoluta.

La sua introduzione costituisce una conseguenza non necessitata del recepimento della regola del pareggio di bilancio, perché ad una compiuta attuazione si sarebbe potuto dar luogo anche con la legge ordinaria approvata nelle forme che le sono proprie, tuttavia sembra emergere in modo significativo il profilo del “vincolo esterno” che da tale principio deriva, inteso come condensato dei precetti economici affermati in ambito sovranazionale nel contesto della crisi economica.

Di fronte a tale crisi, la necessità di risposta, che ha trovato la sua più compiuta formulazione nel diritto sovranazionale, sia dell'Unione che dei trattati *Europlus* e *Fiscal Compact*, ha agito come fattore “esogeno” di condizionamento della produzione normativa nazionale, una nuova possibile causa di

⁸⁰ R. DICKMANN, *Brevi considerazioni sulla natura rinforzata della legge 24 dicembre 2012, n. 243, di attuazione del principio costituzionale del pareggio dei bilanci pubblici*, in *Federalismi.it*, 6, 2013; L. BARTOLUCCI, *La legge “rinforzata” n. 243 del 2012 (e le sue prime modifiche) nel sistema delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2016.

⁸¹ In particolare l'art. 6 della legge in questione è significativo perché consente di raccordarsi alla più recente crisi pandemica, visto che, consentendo scostamenti temporanei del saldo strutturale dall'obiettivo programmatico esclusivamente in caso di eventi eccezionali, tra i quali appunto vanno collocati «eventi straordinari, al di fuori del controllo dello Stato, ivi incluse le gravi crisi finanziarie nonché le gravi calamità naturali, con rilevanti ripercussioni sulla situazione finanziaria generale del Paese», ha fornito la base per una serie di scostamenti, approvati a maggioranza assoluta dalle Camere, nel periodo della pandemia. Cfr. G. STEGHER, *In considerazione dell'emergenza sanitaria: Governo e Parlamento al banco di prova del Covid-19*, in *Nomos*, 1, 2020, 7 ss.

⁸² Secondo N. LUPO, *La revisione costituzionale*, cit., 109, la natura di legge organica per la particolare fonte prevista dall'art. 81, comma 6, Cost., discenderebbe dall'accertamento della sussistenza di quattro elementi differenziali che connotano, in altri ordinamenti, tale fonte: la distinzione formale rispetto alle leggi ordinarie; l'esistenza di un procedimento aggravato; una espressa riserva di competenza su determinate materie; la subordinazione esclusiva alla Costituzione. Al riguardo, in particolare, rimanda a L. LUATTI, *Questioni generali in tema di leggi organiche in Spagna*, in G. ROLLA, E. CECCHERINI (a cura di), *Profili di diritto parlamentare in Italia e in Spagna*, Giappichelli, Torino, 1997, 250 s.

⁸³ R. BIFULCO, *Jefferson, Madison e il momento costituzionale dell'Unione*, cit., 4, sottolinea come debba darsi preminenza agli aspetti formali per cui mancherebbe sia una auto-qualificazione dell'atto in tal senso, sia la mancanza di una chiara ripartizione della competenza sulle materie, ragion per cui non è da escludere che parte degli ambiti materiali dell'art. 5 della l. cost. n. 1 del 2012 possa essere disciplinata da leggi ordinarie in senso stretto, senza che ciò ne infici la legittimità.

“erosione” della sovranità nazionale rispetto a scelte essenziali quali quelle economiche e di bilancio. Allo scopo di bilanciare lo spostamento della decisione in una sede esterna allo Stato, la previsione dell’approvazione a maggioranza assoluta sembra orientata verso un tentativo di recupero di una maggior partecipazione e condivisione politica su determinati contenuti veicolati dalla crisi (partecipazione che, per il livello costituzionale, sarebbe già assicurata dalla particolare procedura dell’art. 138 Cost.)⁸⁴.

Quello della decretazione d’urgenza costituisce un po’ un *leitmotiv* di tutte le vicende critiche ed emergenziali oggetto del presente lavoro; una fonte che, per la sua stretta attinenza alla necessità e all’urgenza, non poteva non essere ricorrente in queste fasi, ma che assume connotati di volta in volta diversi, talvolta evidenziando problematiche “antiche”, altre volte offrendo l’occasione per riflettere su usi “nuovi”. Il suo utilizzo è quindi indice di una tendenza alla gestione delle crisi attraverso strumenti più propriamente emergenziali, aspetto che riflette una certa “polisemia” del decreto-legge, a seconda dello specifico assetto funzionale cui esso si riferisce nella pratica.

Il decreto-legge è stato ampiamente usato come fonte per l’adozione di misure di contrasto alla crisi economica⁸⁵, ma, nonostante l’adeguatezza dello strumento all’esigenza di una reazione rapida, ha recato con sé alcuni profili problematici strettamente legati all’uso che di tale peculiare fonte è stato fatto negli anni; prassi non sempre in linea con la necessità di una risposta efficace alla crisi.

Tre vicende sono state, in particolare, segnalate⁸⁶: una certa tendenza dei decreti-legge a rinviare a fonti di natura non regolamentare la disciplina di importanti profili del governo dell’economia, dando vita a forme di “delegificazione anomala”, in violazione, tra l’altro, del principio di tipicità delle fonti secondarie; il costante ricorso alla tecnica del combinato tra maxiemendamento governativo in sede di conversione e proposizione della questione di fiducia, non dettato da esigenze di contenimento dei tempi ma, piuttosto, per consentire al Governo di incidere in maniera “preminente” sul procedimento legislativo; e, infine, una tendenza alla forte disomogeneità di contenuto dei decreti legge, la quale complica sicuramente la successiva risposta del

⁸⁴ Cfr. R. BIFULCO, *Jefferson, Madison e il momento costituzionale dell’Unione*, cit., 5.

⁸⁵ Si pensi, ad esempio, al d.l. n. 112 del 2008 con cui il Governo Berlusconi adottò la manovra economica del mese di agosto, nonché al d.l. n. 95 del 2012 con cui il Governo Monti adottò le misure sulla *Spending review*. Vedi U. RONGA, *Il Governo nell’emergenza (permanente). Sistema delle fonti e modello legislativo a partire dal caso Covid-19*, in *Nomos*, 1, 2020, 20 s. A questi si aggiunga la lunga serie di decreti-legge adottati dai Governi Berlusconi e Monti per contrastare gli effetti della crisi, ad esempio: il d.l. n. 185 del 2008; il d.l. n. 78 del 2009; il d.l. n. 225 del 2010; il d.l. n. 201 del 2011; il d.l. 216 del 2011; il d.l. n. 1 del 2012; il d.l. n. 5 del 2012; il d.l. n. 16 del 2012.

⁸⁶ In tal senso G. RIVOCCHI, *Il Parlamento di fronte alla crisi economico-finanziaria*, in *Rivista AIC*, 3, 2012, 13 ss.

Parlamento, chiamato a vagliare i contenuti delle misure anti-crisi in sede di conversione.

Si tratta, come è evidente, di tre aspetti “controversi” che non rinvergono nella crisi (e, quindi, nei fattori “esogeni”) la loro causa, ma che possono in qualche modo incidere da una parte sull’efficacia delle misure di contrasto, dall’altra sulla necessità di preservare il ruolo del Parlamento come presidio contro un eccessivo declino della sovranità nazionale di fronte a scelte che vengono presentate come ineluttabile conseguenza delle leggi del mercato e dell’economia.

5. Da una crisi globale a un’emergenza globale. La pandemia come fenomeno complesso che condensa elementi critici ed emergenziali

Quando la fase peggiore della congiuntura economica, prodottasi a partire dalla crisi finanziaria del 2007-2008 e manifestatasi a fasi alterne fino a tutto il 2013, sembrava superata, con una sostanziale stabilizzazione della crescita, il mondo ha conosciuto un “nuovo” fenomeno, per certi versi inatteso o comunque collocato dal comune sentire sociale in epoche storiche del passato, non toccate dal progresso tecnologico, medico e scientifico che si è soliti attribuire al presente. La diffusione di un patogeno su scala globale, e con una rapidità mai sperimentata in epoca moderna, ha invece posto sia gli ordinamenti nazionali che le istituzioni sovranazionali di fronte alla necessità di trovare soluzioni a problematiche che, spesso, non si prestavano né agli strumenti normativi consueti né alla ripartizione di competenze normative tra i diversi livelli.

Non era mancato chi, nel periodo della crisi economica, non l’avesse paragonata alle grandi pandemie del passato⁸⁷, tuttavia, la pandemia da Covid-19 del presente presenta tratti del tutto peculiari rispetto alle vicende sinora esaminate e, quindi, anche risvolti del tutto nuovi sul piano dell’impatto del diritto sovranazionale su quello nazionale.

La prima e più immediata peculiarità che vale a differenziare l’esperienza pandemica da quella della crisi economica è che, nel caso più recente, ci si trova di fronte ad un fenomeno complesso, che presenta sia gli elementi dell’emergenza in senso stretto (in particolare sanitaria), sia quelli della crisi (economica, conseguente alle limitazioni imposte per contenere i contagi e

⁸⁷ Afferma C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, cit., 2, che la crisi economica è «sovente presentata nel dibattito mediatico come un epifenomeno particolarmente aggressivo della globalizzazione, manifestatosi in tutta la sua minacciosa capacità di contagio per il solo fatto di essersi affacciato Oltreoceano, similmente alle pandemie dalle quali un tempo venivano flagellati interi continenti». Tuttavia, il paragone rischia, ad opinione dell’Autrice, di collocare la crisi economica in un luogo naturale – il mercato – al quale non sarebbe possibile apporre vincoli di sorta, appunto come se si trattasse di fenomeni naturali non arginabili.

alle sue ricadute sulla produzione). Come è stato osservato, nella pandemia possono rilevarsi due crisi distinte – una strettamente socio-sanitaria e l'altra socio-economica⁸⁸. Ciò porta ad un potenziale duplice impatto sul diritto costituzionale, un effetto che si dispiega sia sui diritti e le libertà “tradizionali”, sia a cascata sui diritti sociali⁸⁹.

La seconda peculiarità della pandemia è che essa è stata un evento improvviso, le cui cause remote possono essere collocate in alcuni fattori relativi ad uno sviluppo scarsamente sostenibile su scala globale⁹⁰, ma di per sé assolutamente imprevedibile nel breve periodo. Questo aspetto apre a due considerazioni, una scientifica e una politico-giuridica.

Dal primo punto di vista, frequenti sono stati i moniti venuti dal mondo della scienza che ha, a più riprese, messo in guardia i Governi nazionali dai rischi dello scoppio di epidemie dalla possibile portata pandemica, in ragione della sempre più forte incidenza delle attività umane sull'ambiente e di nuove occasioni di interazione uomo-natura⁹¹. Ma è altrettanto vero che tali previsioni non sono state percepite a livello sociale e politico come minacce attuali e concrete. In questo senso la pandemia era inattesa.

Dal punto di vista politico e giuridico probabilmente si “paga” oggi il taglio ai diritti sociali, in *primis* alla tutela della salute, frutto di rigide scelte di bilancio, misure che hanno consegnato un sistema sanitario non del tutto preparato a reggere il primo impatto della nuova malattia. Ciò non significa che, al contrario, la pandemia sarebbe stata evitata, ma comunque la pressione sul sistema, e con essa la percezione dell'emergenza, sarebbero state probabilmente diverse.

C'è, però, un aspetto che accomuna le vicende della pandemia a quelle della crisi economica, e che viene in particolare rilievo in questa relazione, ed è quello della “globalità”, ovvero di un fenomeno che ha colpito l'intero

⁸⁸ A. RIVIEZZO, *Fonti dell'emergenza e Costituzione economica*, in *Osservatorio AIC*, 4, 2021, 131, ritiene, inoltre, che i due aspetti non siano riconducibili ad un unico dato materiale straordinario, ma le cause del secondo sarebbero da addebitare al primo, congiuntamente alla stretta interdipendenza economica tra i diversi sistemi nazionali in una economia globalizzata.

⁸⁹ Secondo F. BALAGUER CALLEJON, *Crisi sanitaria, globalizzazione e diritto costituzionale*, cit., 800 s., il duplice impatto riguarderebbe: in primo luogo, un possibile peggioramento della situazione economica dovuta al perdurare della pandemia che potrebbe indurre gli Stati all'adozione di politiche più rigide per la fruizione dei diritti sociali; in secondo luogo, l'adozione di misure emergenziali finalizzate al contenimento dei contagi in numerosi Stati che inciderebbero sul godimento di diritti e libertà fondamentali della popolazione, aspetto che richiede una adeguata ponderazione dei valori rispetto alla prevalente esigenza di salvaguardia della vita e della salute.

⁹⁰ Tra le cause F. BALAGUER CALLEJON, *Crisi sanitaria, globalizzazione e diritto costituzionale*, cit., 796, annovera la distruzione dell'ambiente, il cambiamento climatico e la progressiva riduzione della biodiversità.

⁹¹ Affascinante per un profano della materia la lettura di D. QUAMMEN, *Spillover. L'evoluzione delle pandemie* (2012), trad. it. di L. Civalieri, Adelphi, Milano, 2014.

pianeta, implicando una serie di considerazioni e fattori che si collocano fuori dai singoli Stati nazionali, anche per le misure che in concreto sarebbero state da adottare per contenere il contagio.

È abbastanza evidente come uno degli aspetti che ha reso particolarmente complesso il coordinamento delle azioni a livello globale nella risposta alla pandemia risiede nella mancanza di un diritto sovranazionale omogeneo e, soprattutto, effettivamente cogente per gli Stati.

Si potrebbe al riguardo fare riferimento al Regolamento sanitario internazionale, adottato il 23 maggio 2005 (ma in vigore dal 15 giugno 2007), come unico strumento giuridicamente vincolante in capo agli Stati per la prevenzione e il controllo della diffusione internazionale delle malattie⁹², che attribuisce in primo luogo all'Organizzazione mondiale della Sanità il potere di dichiarare un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale e di emanare "raccomandazioni temporanee" per il contenimento dei contagi (che, per definizione, non sono vincolanti). Inoltre, tale atto dovrebbe fornire agli Stati dei criteri di massima per l'applicazione di misure limitative di libertà e diritti, quali: la previsione di una base legale; il perseguimento del fine della tutela della salute pubblica; proporzione e necessità rispetto all'obiettivo perseguito, tenendo conto dei diritti oggetto di limitazione. Tuttavia, l'elasticità dei criteri si è prestata ad un'applicazione fortemente differenziata da parte degli Stati, tanto da far dubitare della natura giuridicamente vincolante del Regolamento⁹³.

In dottrina è stato osservato come uno dei tratti maggiormente qualificanti la differenza tra la crisi economica e quella pandemica – e quindi le risposte che le istituzioni nazionali e sovranazionali possono adottare – stia nel carattere essenzialmente asimmetrico della prima e simmetrico della seconda⁹⁴. A differenza della crisi economica, spesso incentrata su una bipartizione tra stati virtuosi e stati non virtuosi, la pandemia avrebbe toccato in maniera più o meno uniforme, anche se in momenti diversi nel tempo, un po' tutti gli Stati del globo, quantomeno quelli con sistemi sanitari avanzati, in grado di operare tracciamenti efficaci dei contagi. Ciò, come detto, è stato l'argomento di

⁹² S. NEGRI, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2018, 35 ss.

⁹³ G. PERRONE, *Il Regolamento Sanitario Internazionale dell'OMS alla prova dell'emergenza Covid-19*, in *Biola Journal*, Special issue 1, 2020, 515 ss. La carenza di efficacia vincolante del Regolamento sarebbe associata alla assenza di un vero potere sanzionatorio in capo all'OMS contro le violazioni poste in essere dagli Stati. Cfr. A. SPAGNOLO, *Contromisure dell'OMS come conseguenza di violazioni dei Regolamenti sanitari internazionali*, in *SIDIBlog*, 5 maggio 2016.

⁹⁴ S. MANGIAMELI, *Covid-19 e Unione europea. La risposta alla crisi sanitaria come via per riprendere il processo di integrazione europea*, in *Diritti fondamentali*, 2, 2021, 556; L. BARTOLUCCI, *Le prime risposte economico-finanziarie (di Italia e Unione europea) all'emergenza Covid-19*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid 19, 8 aprile 2020.

maggior rilievo alla base di un mutato approccio nella risposta che, a differenza del passato, non è stata improntata alla più rigida austerità, ma ha manifestato tratti di maggior solidarietà, nella percezione che non fossero identificabili profili di responsabilità in capo agli Stati ovvero il rischio di comportamenti economicamente opportunistici degli stessi⁹⁵.

È opportuno, tuttavia, intendersi sull'esatto significato di tale simmetricità. Infatti, essa ha senso soltanto se si guarda al dato "teorico", cioè alla circostanza che un virus colpisca indistintamente, senza far differenza tra ricchi e poveri. Tuttavia, se si guarda al dato "reale", il suo senso risente di molteplici variabili, per cui è facilmente intuibile che sistemi con una maggiore capacità economica o una migliore organizzazione sanitaria hanno la possibilità di assorbire meglio l'impatto di una pandemia (basti pensare, ad esempio, alla disponibilità di posti letto, al numero di strutture sanitarie per abitante, alla possibilità di approvvigionarsi tempestivamente di medicinali e vaccini)⁹⁶.

Un ulteriore elemento che accomuna crisi economica e pandemia – sul quale si avrà modo di tornare in maniera più approfondita al paragrafo 7 – risiede nella loro capacità erosiva della sovranità degli Stati nazionali e di condizionamento delle scelte normative che essi adottano, impattando quindi sul sistema delle fonti. La differenza è data dal fattore condizionante che, nel caso della crisi economica, assume i tratti dell'elemento normativo positivo di provenienza sovranazionale, mentre, nel caso della pandemia, di un elemento naturale a diffusione globale.

6. La risposta europea all'emergenza sanitaria: un approccio in chiave competenziale

L'influenza del diritto di matrice sovranazionale nel contesto pandemico, considerate le sostanziali carenze sul piano internazionale, è pervenuta soprattutto dall'ordinamento eurolunitario. In questo ambito, anche in ragione delle peculiarità che lo caratterizzano, il sistema delle fonti sembra denotare una certa stabilità dei modelli, vale a dire che, in ambito europeo, non si sono

⁹⁵ M.R. MAURO, *L'Unione europea alla prova del Covid-19: il Recovery Fund e il rilancio del processo di integrazione*, in G. PALMIERI (a cura di), *Oltre la pandemia*, I, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, 132.

⁹⁶ È significativo, come osserva E. BORJA, *La storia in carte*, in *Limes*, 1, 2022, 296, che «la geografia del virus non è una superficie piatta e banale perché lascia – e anzi accentua – il già alto grado di differenziazione del mondo. Diverse sono le condizioni di partenza in cui il virus ha attecchito, dovute ad esempio ai diversi livelli di efficienza delle strutture sanitarie. Diverse le capacità di studiare e conoscere le situazioni, evidenti nell'eterogenea affidabilità dei dati dei contagi. Diversi gli effetti oggettivi, a partire dal numero delle vittime. Diverse le percezioni del problema da parte dei cittadini. Diverse le capacità di reazione dei paesi. Tutte queste differenze rendono il virus teoricamente in grado di rimescolare i rapporti di forza internazionali, modificare la potenza relativa di un soggetto, accelerare processi in corso e forse persino sovvertirli».

riscontrati quei fenomeni di forte “innovazione” che, invece, è stato possibile osservare nei sistemi nazionali, ma, al più, interventi di interesse sul piano dei contenuti sostanziali, che hanno tentato di rimediare ad alcune lacune che il sistema pur presenta in tale ambito.

La diversa risposta europea alla pandemia rispetto alla precedente crisi economica si può spiegare essenzialmente secondo un approccio competenze. Infatti, come meglio si vedrà, le istituzioni dell’Unione si sono mosse soprattutto seguendo le competenze normative loro assegnate dai Trattati, competenze che, in ragione delle materie toccate, sono in verità piuttosto contenute. Se guardiamo all’aspetto formale delle fonti, anche prescindendo dalla “globalità” del fatto naturale emergenziale, allora possiamo riscontrare competenze piuttosto “deboli” nella tutela della salute o in materia di limitazione dei diritti e delle libertà rispetto a quanto possono ancora fare i singoli Stati nazionali, aspetto che segna una certa differenza rispetto al quadro della crisi economica, ove le istituzioni europee hanno avuto sicuramente maggior margine di intervento attraverso atti giuridicamente vincolanti (aspetto che sembra confermato anche dagli interventi inerenti alla ripresa di fronte alla “seconda” crisi economica, quella conseguente alla pandemia).

La materia che emerge prevalente dalla gestione della pandemia è quella attinente alla tutela della salute, talvolta intrecciata ad altri profili materiali (ad esempio, quando essa si connette alla libertà di circolazione delle persone o delle merci nel mercato unico). Preliminarmente, si può osservare una certa tendenza da parte delle istituzioni europee a darvi un’applicazione il più possibile “orizzontale”, in maniera tale che, nella definizione delle azioni e delle politiche dell’Unione che attengono ad altri ambiti sia comunque perseguita la scelta idonea a garantire un elevato livello di protezione della salute⁹⁷. La sua importanza, inoltre, trova conferma nella particolare attenzione che ad essa dedica la Corte di giustizia nella sua giurisprudenza, la quale ha spesso bilanciato le esigenze dello sviluppo economico con il miglioramento della qualità di vita umana, evitando che il progresso economico e tecnico possa arrecare effetti dannosi alla salute⁹⁸.

⁹⁷ Ciò, con l’entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, ma, soprattutto, con il riconoscimento ad essa della medesima efficacia vincolante dei Trattati, trova ulteriore supporto nell’art. 35 CDFUE, il quale stabilisce che ogni persona abbia il «diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche *alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali*». F. ROLANDO, *La tutela della salute nel diritto dell’Unione europea e la risposta dell’UE all’emergenza Covid-19*, in *Eurojus.it*, Numero speciale, *L’emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell’Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive*, 2020, 3.

⁹⁸ Corte giust., 19 aprile 2012, C-221/10, *Artegodan*. D’altra parte, la stretta interazione che poteva esistere tra i profili inerenti al mercato unico e la tutela della salute, anche per le inevitabili ripercussioni che la seconda poteva avere sui primi, si hanno a partire da una nota vicenda di qualche anno fa, notoriamente conosciuta come “morbo della mucca pazza”. Su questa si veda Corte giust.,

Ciononostante, il quadro competenziale dell'Unione in materia di salute risulta al di sotto del livello di "attenzione" che tale materia sembra ottenere in ambito politico o giurisdizionale. Seguendo un approccio formale, l'azione delle istituzioni dell'Unione è retta sempre dal principio di legalità, anche quando queste siano chiamate ad adottare provvedimenti in fasi emergenziali⁹⁹. La base legale dei diversi provvedimenti deve sempre risalire al quadro di competenze definito dai Trattati, tuttavia, come è noto, le istituzioni europee non hanno alcuna possibilità di ampliare, a seconda delle circostanze, il novero delle proprie competenze¹⁰⁰, queste «sono rimesse all'Unione solo in quanto e nella misura in cui i Trattati conferiscono poteri di intervento alle istituzioni», le competenze dell'Unione dipendono dalle scelte politiche e giuridiche adottate dagli Stati membri nel momento "costituente". Si tratta, in pratica, di competenze "derivate", dove, anche in ragione delle resistenze alla cessione di sovranità da parte degli Stati in tale settore, l'articolazione del riparto risulta poco chiaro¹⁰¹.

Alla luce dei Trattati, quindi, le competenze dell'Unione in materia di salute troverebbero un primo appiglio negli artt. 4 e 6 TFUE. Secondo la prima disposizione l'Unione avrebbe una competenza concorrente in materia di «problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica, per quanto riguarda gli aspetti definiti nel presente trattato», vale a dire che l'esercizio della stessa deve avvenire alla luce del principio di sussidiarietà, ossia è subordinato alla circostanza che l'Unione dia prova che la propria azione accentrata sia più efficace di quella portata avanti dai singoli Stati.

L'art. 6 TFUE, invece, prevede che l'Unione sia dotata di una semplice

17 settembre 1998, C-180/96, *Regno Unito c. Commissione*. Per ulteriori indicazioni sulla giurisprudenza conferente v. P. DE PASQUALE, *Le competenze dell'Unione europea in materia di sanità pubblica e la pandemia di Covid-19*, in *DPCE Online*, 2, 2020, 2297 s.

⁹⁹ Il principio di legalità, che copre l'azione amministrativa delle istituzioni europee, non consentirebbe, ad esempio, di adottare spontaneamente decisioni di emergenza sull'autorizzazione all'uso di un farmaco non autorizzato (ad esempio, un vaccino) senza una previa modifica normativa. È sempre necessario un ampliamento delle competenze che trovi la propria base in una modifica del Regolamento o nell'adozione di una normativa speciale. S. MARINO, *L'autorizzazione all'immissione in commercio dei vaccini anti-Covid-19*, in *Eurojus.it*, Fascicolo speciale, *La strategia di vaccinazione anti COVID-19 nell'Unione europea. Profili istituzionali e riflessi sulla libertà di circolazione*, a cura di I. Anrò e G. Boggero, 2021, 9.

¹⁰⁰ Al fine di superare l'eccessiva rigidità del quadro competenziale dell'Unione, in modo da consentire ad essa di non limitarsi ad una mera azione di coordinamento degli interventi degli Stati, in dottrina è stato suggerito il ricorso ad alcuni meccanismi che i Trattati mettono a disposizione per "ammorbire" il "vincolo" del principio di attribuzione delle competenze. Si è fatto riferimento alla teoria dei poteri impliciti e alla clausola di flessibilità prevista dall'art. 352 TFUE. Vedi F. MUNARI, L. CALZOLARI, *Le regole del mercato interno alla prova del COVID-19: modeste proposte per provare a guarire dall'ennesimo travaglio di un'Unione incompiuta*, in *Eurojus.it*, 2020, cit., 37 s.

¹⁰¹ P. DE PASQUALE, *Le competenze dell'Unione europea in materia di sanità pubblica*, cit., 2296. Per ulteriori riferimenti cfr. F. BESTAGNO, *La tutela della salute tra competenze dell'Unione europea e degli Stati membri*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2, 2017, 317 ss.

competenza per svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri, in particolare per quanto concerne «tutela e miglioramento della salute umana». In questo caso, la competenza esclusiva resta in capo agli Stati, per cui l'Unione non potrebbe intervenire nemmeno in via sussidiaria, riservandosi ad essa soltanto un'azione integrativa e di supporto agli Stati, ma senza alcun margine sostitutivo.

Per quanto non espressamente previsto dai Trattati, invece, la competenza resta esclusivamente in capo agli Stati, in particolare per quanto concerne la politica sanitaria e il settore della salute pubblica, dove la discrezionalità del loro intervento è piena (si pensi a quanto riguarda l'organizzazione del servizio sanitario pubblico e a quanto questa possa aver inciso sulla gestione della pandemia).

In sintesi, nell'ambito della tutela della salute, tenendo conto dei rapporti Unione-Stati, possono rilevarsi almeno tre distinti ambiti competenziali: uno concorrente dell'Unione rispetto agli Stati esercitabile nel rispetto della sussidiarietà, uno di mero coordinamento da parte dell'Unione e uno esclusivo in capo agli Stati a carattere residuale¹⁰².

Oltre alla mancanza di un sistema di competenze accentrate in capo all'Unione, un ulteriore limite ad una effettiva interazione tra i due livelli delle fonti sovranazionali-nazionali può essere collocato nella scarsa configurazione di strumenti propriamente emergenziali – sul piano delle fonti europee – analoghi a quelli di cui, in un modo o nell'altro, gli ordinamenti statali sono dotati. Ciò, si avrà modo di meglio specificare, ha fatto sì che, nonostante l'importanza di un adeguato bilanciamento delle libertà con le esigenze di salute e sicurezza, riconosciuto da diverse Carte sovranazionali, non vi sia stato un effettivo raccordo tra Stati e Unione, per cui si è registrato il “riemergere” del ruolo degli Stati negli ambiti del contrasto alla minaccia pandemica¹⁰³.

L'assetto dettagliato della competenza dell'Unione in materia di sanità pubblica è quello delineato dall'art. 168 TFUE¹⁰⁴, dal quale si ricava un'indicazione piuttosto chiara dei “limiti” posti all'accentramento rispetto al *favor*

¹⁰² G. CAGGIANO, COVID-19. *Competenze dell'Unione, libertà di circolazione e diritti umani in materia di controlli delle frontiere, misure restrittive della mobilità e protezione internazionale*, in *I Post di AISDUE*, 2, 2020, 81 s.

¹⁰³ Cfr. I. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, in *Rivista AIC*, 1, 2021, 107.

¹⁰⁴ L'art. 168 TFUE non è l'unica disposizione di rilievo ai fini della base normativa della risposta al Covid-19, si considerino anche gli articoli 196 TFUE, sul sistema di protezione civile dell'Unione, e l'art. 222 TFUE, sulla clausola di solidarietà. Vedi G. CAGGIANO, COVID-19. *Competenze dell'Unione, libertà di circolazione e diritti umani*, cit., 82 ss. Per un inquadramento oltre la vicenda pandemica si vedano i contributi dello speciale *Salute e sanità nella prospettiva europea. Oltre l'art. 168 TFUE?*, in *Corti supreme e salute*, 1, 2022.

per il mantenimento di ampie competenze statali¹⁰⁵. Se leggiamo il testo della disposizione vediamo che in più punti tale assetto viene ribadito, ad esempio, dove il Trattato specifica che l'azione dell'Unione ha solo lo scopo di "completare" l'azione degli Stati membri (per il miglioramento della sanità pubblica, la prevenzione di malattie o la lotta ai grandi flagelli; ovvero per ridurre gli effetti nocivi dell'uso di stupefacenti, par. 1). Altrettanto può dirsi per quelle indicazioni relative al mero "incoraggiamento" alla cooperazione tra Stati, alla "promozione" del coordinamento (par. 2) o alla possibilità di adottare mere «misure di incentivazione per proteggere e migliorare la salute umana, in particolare per lottare contro i grandi flagelli che si propagano oltre frontiera» (par. 5), ovvero "raccomandazioni" per i fini previsti dall'articolo in questione (par. 6). Tutto ciò avendo sempre come chiaro riferimento il rispetto per «le responsabilità degli Stati membri per la definizione della loro politica sanitaria e per l'organizzazione e la fornitura di servizi sanitari e di assistenza medica» (par. 7).

La capacità di vincolo delle istituzioni dell'Unione in tale materia è pertanto abbastanza limitata, per cui alle stesse va riconosciuta la possibilità di un mero intervento di coordinamento, piuttosto che la possibilità di procedere ad una reale armonizzazione tra le discipline nazionali. Tale carenza è stata, d'altra parte, sottolineata anche dalle stesse istituzioni europee nell'emergenza Covid-19 se si pensa alla Risoluzione 2020/2616 del Parlamento europeo, la quale ha constatato che «la risposta dell'UE alla pandemia Covid-19 è stata caratterizzata da una mancanza di coordinamento tra gli Stati membri in termini di misure di sanità pubblica». Per rimediare alle conseguenze che una tale impostazione delle competenze può determinare sul piano della tutela della salute è stato anche suggerito, come possibile intervento *de iure condendo*, di trasferire l'intera materia della politica sanitaria tra quelle concorrenti, ove, nel rispetto del principio di sussidiarietà, le istituzioni dell'Unione avrebbero la possibilità di armonizzare gli interventi statali su profili di interesse comune¹⁰⁶.

Il carattere complementare e non esclusivo della competenza dell'Unione in materia di salute emerge, inoltre, dalla circostanza per cui l'esercizio concorrente della stessa è ammesso soltanto nel caso in cui si persegua una finalità europea, ad esempio, in merito «ai problemi comuni di sicurezza per la fissazione di parametri elevati di qualità e sicurezza dei medicinali e dei dispositivi

¹⁰⁵ Per un'analisi dettagliata si rinvia a M. MARLETTA, *Commento all'art. 168 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2014, 1518 ss.; M. MIGLIAZZA, *Commento all'art. 168 TFUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Cedam, Padova 2014, 1039 ss.

¹⁰⁶ P. DE PASQUALE, *Le competenze dell'Unione europea in materia di sanità pubblica*, cit., 2307.

medici, per la protezione della salute umana *nel mercato interno*¹⁰⁷, ovvero nel caso in cui si intrecci con altre materie rilevanti per l'Unione¹⁰⁸. Nel settore relativo alla determinazione dei livelli di tutela della sanità pubblica, invece, gli Stati conservano una discrezionalità ampia.

Pur a fronte di un quadro competenziale estremamente limitato, con una competenza preminente degli Stati anche in ordine alla regolamentazione della circolazione e della chiusura dei confini, non si è mancato di osservare un tentativo di pervenire – su determinati temi (si pensi alla disciplina sulla c.d. Certificazioni digitali Covid) – ad una maggiore uniformità normativa, anche se spesso attraverso atti di *soft law* dell'Unione¹⁰⁹.

Alla luce di questo quadro competenziale vanno considerati poi alcuni atti normativi dell'Unione che hanno dato espressa attuazione alle disposizioni dei Trattati e che hanno costituito la base giuridica per alcune delle misure adottate nel contrasto alla pandemia, proprio per la stretta attinenza alla “globalità” della diffusione del contagio. Su tutte, occorre ricordare la Decisione 1082/2013/UE, adottata ai sensi dell'art. 168, par. 5, TFUE, con la quale sono state disciplinate le forme di cooperazione tra Stati membri e istituzioni europee per pianificare la reazione di fronte alle minacce per la salute a carattere transfrontaliero¹¹⁰; sempre per la specifica incidenza transfrontaliera si consideri la Direttiva 2011/24/UE, che disciplina la possibilità per un cittadino dell'Unione di avvalersi dell'assistenza sanitaria in uno Stato membro diverso da quello di residenza (circostanza che, soprattutto nelle fasi più acute dell'emergenza, non è mancata di presentarsi, quando alcuni Paesi sono rimasti a corto di posti in terapia intensiva)¹¹¹. Vanno, poi, prese in considerazione

¹⁰⁷ M. MIGLIAZZA, *Commento all'art. 168 TFUE*, cit. 1041.

¹⁰⁸ Come osservato da P. DE PASQUALE, *Le competenze dell'Unione europea in materia di sanità pubblica*, cit., 2298, il fine dell'armonizzazione è stato talvolta realizzato per vie “indirette”, grazie all'adozione di misure di riavvicinamento tra gli Stati riguardanti il funzionamento del mercato interno, che avessero *anche* il fine di tutela della salute. Il ricorso al combinato dei paragrafi 1 e 3 dell'art. 114 TFUE, infatti, oltre a stabilire il potere di adottare misure di riavvicinamento (armonizzazione) da parte delle istituzioni europee, riconosce anche una certa potenzialità espansiva dello stesso quando coinvolge le materie di «sanità, sicurezza, protezione dell'ambiente e protezione dei consumatori», per le quali le misure devono basarsi su un «livello di protezione elevato, tenuto conto, in particolare, degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri scientifici».

¹⁰⁹ Si veda T. CERRUTI, *Il certificato digitale europeo tra luci e ombre*, in *Eurojus.it*, cit., 2021, 26; nonché ID., *Libertà di circolazione e pandemia: servirà un passaporto-COVID per attraversare i confini dell'Unione europea?*, in *Rivista AIC*, 2, 2021, 6 ss.

¹¹⁰ Per più analitiche indicazioni sul quadro delle fonti UE alla base della risposta al Covid-19 si vedano E. CIRONE, *Le fonti del diritto dell'Unione in materia di salute pubblica alla prova dell'emergenza sanitaria: alcune riflessioni sulle misure di contrasto della pandemia e sul “certificato digitale COVID-19 UE”*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2021, 646 ss.; E. ARBIA, C. BIZ, *L'Unione europea contro la pandemia di COVID-19*, in *Giustizia insieme*, 17 aprile 2020; F. ROSSI, *Luci e ombre sull'intervento dell'Unione europea a fronte dell'emergenza del Covid-19*, in *Nomos*, 1, 2020.

¹¹¹ Sulla direttiva, recepita in Italia con d.lgs. 4 marzo 2014, n. 38, vedi G. DI FEDERICO, *La direttiva 2011/24/UE e l'accesso alle prestazioni mediche nell'Unione europea*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 3,

quelle fonti che hanno costituito la base per l'importante processo che ha portato all'approvazione e all'immissione in commercio in tempi rapidissimi dei vaccini anti-covid, su tutti la Direttiva 2001/83/CE, recante protocolli comuni per i medicinali ad uso umano; il Regolamento 726/2004 che ha istituito l'Agenzia europea per i medicinali (EMA), attribuendole la competenza a decidere in maniera centralizzata sulle richieste di approvazione di nuovi farmaci; il Regolamento 507/2006, che prevede la possibilità di "autorizzazione condizionata all'immissione in commercio"¹¹².

Gli interventi concreti adottati in ambito europeo per fronteggiare la pandemia, anche se non sempre tempestivi o efficaci, sono stati numerosi, ma al riguardo occorre fare due precisazioni.

La prima è che gli attori internazionali e sovranazionali hanno dimostrato notevoli carenze nell'approccio iniziale alla vicenda pandemica, sia per ragioni strutturali, inerenti a poteri di cui disponevano, sia, forse, per non aver stimato adeguatamente la portata del fenomeno che si trovavano ad affrontare. Da una parte l'OMS non ha saputo svolgere con chiarezza né la funzione preventiva né quella di coordinamento tra gli Stati e questo, sia perché sprovvista di strumenti adeguati e vincolanti (al netto di quanto visto sul Regolamento sanitario internazionale), sia perché spesso ha rilasciato dichiarazioni apparentemente discordanti che non hanno contribuito ad un generale clima di chiarezza sulla situazione che si stava vivendo. Dall'altra, l'UE ha pagato alcune carenze sul piano della competenza in materia sanitaria, ma ha anche manifestato pericolose incertezze nell'approccio iniziale, fortemente improntate ancora ad una logica "individualistica" piuttosto che "solidaristica"¹¹³.

2012, 683 ss.; L. UCCELLO BARRETTA, *Il diritto alla salute nello spazio europeo: la mobilità sanitaria alla luce della direttiva 2011/24/UE*, in *Federalismi.it*, 19, 2014; G. BOGGERO, *Gli ostacoli alla mobilità sanitaria transfrontaliera in Italia*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2018, 377 ss.

¹¹² Con specifico riferimento alla vicenda della vaccinazione anti-covid si vedano S. MARINO, *L'autorizzazione all'immissione in commercio dei vaccini anti-Covid-19*, cit., 6 ss.; V. SALVATORE, *La ricerca di soluzioni diagnostiche e terapeutiche per far fronte all'emergenza pandemica da Covid-19. Il ruolo propulsivo dell'Agenzia europea per i medicinali: profili giuslavoristici e regolatori*, in *DPCE Online*, 2, 2020, 2311 ss.; A. CIONI, *La corsa al vaccino contro il Covid-19. Qualche considerazione fra requisiti per l'autorizzazione e regole di responsabilità*, in *Resp. civ. prev.*, 6, 2020, 2019 ss.; A. CAUDURO, *Autorizzazione all'immissione in commercio condizionata e vaccinazione Covid-19 (nota a Cons. St., sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045)*, in *Giustizia insieme*, 30 novembre 2021.

¹¹³ Così F. BALAGUER CALLEJON, *Crisi sanitaria, globalizzazione e diritto costituzionale*, cit., 807 s., richiamando anche le note dichiarazioni di Christine Lagarde di marzo 2020, quando, al rapido aggravarsi della situazione dei contagi in Italia che lasciavano presagire un impatto economico severo, ha dimostrato un certo disinteresse per il sostegno a quei Paesi che si trovavano per primi ad affrontare la pandemia. Posizione stigmatizzata in modo puntuale dal Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, il quale ha sottolineato che «l'Italia sta attraversando una condizione difficile e la sua esperienza di contrasto alla diffusione del coronavirus sarà probabilmente utile per tutti i Paesi dell'Unione Europea. Si attende quindi, a buon diritto, quanto meno nel comune interesse, iniziative di solidarietà e non mosse che possono ostacolarne l'azione».

L'inadeguatezza di una risposta affidata ai singoli Stati è stata resa manifesta dal carattere globale della pandemia, non contenibile entro i loro confini tradizionali, ma ha anche contribuito a far sorgere l'esigenza di un maggior coordinamento, il quale ha stimolato un particolare dinamismo delle istituzioni europee, scarsamente rilevato fino al recente passato¹¹⁴. Proprio questa nuova vitalità dell'azione europea ha permesso di dare nuovo corso al principio solidaristico, rimasto in ombra nelle fasi iniziali della risposta alla pandemia¹¹⁵, ma che riveste un ruolo determinante in un ordinamento – come quello europeo – che deve raccordare in un patrimonio comune Paesi che vantano tradizioni ed esperienze socio-economiche tanto diverse¹¹⁶.

La seconda precisazione, che occorre tener ben presente in uno studio che vorrebbe essere incentrato sul sistema delle fonti, è che quando si valuta l'azione dell'Unione nel contrasto alla pandemia questa può sì essere condotta attraverso atti normativi in senso stretto, ma per lo più ciò avviene tramite specifiche politiche. Come è stato osservato, la pandemia «è il classico caso la cui regolamentazione rientra nell'approccio “per politiche” invece che in quello “per atti normativi”; ma, in un caso come nell'altro, l'azione regolatrice dell'UE è comunque sostenuta dall'allegazione, almeno implicita, di un interesse pubblico comune»¹¹⁷. Quindi, molte azioni, ma poche novità sul piano delle fonti, a conferma di un quadro che – a livello sovranazionale – si conferma tendenzialmente stabile di fronte al Covid-19.

Pur all'interno di un quadro di competenze molto limitato, e con la precisazione di cui sopra, gli interventi a livello dell'Unione sono stati molteplici e hanno toccato diversi ambiti, sia in relazione al contenimento dei contagi in senso stretto, sia di sostegno economico in conseguenza della crisi generata dalla pandemia (sui quali ci si soffermerà rapidamente più avanti).

¹¹⁴ E. PAPARELLA, *Crisi da Covid-19 e Unione europea: cenni di cambiamento nel “discorso” della Commissione europea e “condizionalità utile”*, in *Osservatorio AIC*, 6, 2020, 176 s.

¹¹⁵ Si pensi a quei provvedimenti adottati unilateralmente da alcuni Stati nella fase iniziale della pandemia, diretti, ad esempio, a limitare le esportazioni di DPI o a chiudere le frontiere infra-comunitarie, con grave impatto sull'immagine della coesione e della condivisione della risposta a un problema comune, tanto da far dubitare circa “l'effettiva esistenza di una solidarietà europea”. M.R. MAURO, *L'Unione europea alla prova del Covid-19*, cit., 101 s.

¹¹⁶ Solidarietà che, in ambito europeo, può assumere diverse sfumature, come solidarietà intergenerazionale, solidarietà tra Stati membri e cittadini dell'Unione, solidarietà orizzontale tra individui nell'Unione, solidarietà tra Unione e Stati membri nei loro rapporti. Per quanto possa assumere diversi significati la sua importanza nel sistema normativo europeo è ampiamente riconosciuta, anche in chiave di una maggiore concretizzazione della condivisione degli oneri tra Stati. Cfr. G. MORGESE, *Solidarietà di fatto... e di diritto? L'Unione europea allo specchio della crisi pandemica*, in *Eurojus.it*, cit., 2020, 81 ss.

¹¹⁷ A. RIVIEZZO, *Fonti dell'emergenza e Costituzione economica*, cit., 140, il quale precisa che «l'azione regolatrice dell'Unione europea si sviluppa indifferentemente tanto attraverso *regolamenti e direttive* [...], quanto attraverso *azioni e programmi*, frutto di strategie concordate a livello governativo tra gli stati membri».

In primo luogo, vanno considerate quelle azioni di coordinamento poste in essere per garantire lo scambio di informazioni e dati, la gestione di una scorta strategica di attrezzature mediche e le operazioni di assistenza e rimpatrio per i cittadini UE¹¹⁸.

Il problema più sensibile che nelle prime fasi della pandemia le istituzioni europee hanno dovuto affrontare ha riguardato la possibile chiusura delle frontiere tra Stati, sia quelle esterne che quelle interne all'area Schengen¹¹⁹. In particolare, si è notato al riguardo un forte attivismo degli Stati, con l'Unione che ha cercato di pervenire ad una gestione omogenea attraverso l'utilizzo di atti propriamente di *soft law*¹²⁰. Si pensi alla Comunicazione 115/2020 del 16 marzo con cui si chiedeva ai Paesi membri di procedere alla chiusura delle frontiere esterne, ovvero alla Raccomandazione 2020/1475 del 13 ottobre, per un approccio più coordinato alla limitazione della libertà di circolazione all'interno dell'Unione¹²¹.

Sempre nella prospettiva di un adeguato bilanciamento tra esigenze di gestione del rischio sanitario e circolazione delle merci si considerino quelle misure restrittive all'esportazione di dispositivi o medicinali, rispetto alle quali è stato adottato un articolato sistema normativo. Si tratta di atti che trovano la propria base giuridica nel Regolamento 2015/479, il quale consente l'adozione «da parte degli Stati membri, di restrizioni quantitative all'esportazione giustificate da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale». Questi hanno dapprima limitato l'esportazione di DPI e, successivamente, di vaccini, sempre con provvedimenti a carattere temporaneo e con un regime di «autorizzazione alle esportazioni»¹²².

¹¹⁸ Si veda, ad esempio, il meccanismo di coordinamento delle crisi (ARGUS). P. DE PASQUALE, *Le competenze dell'Unione europea in materia di sanità pubblica*, cit., 2303.

¹¹⁹ Al riguardo C. SAGONE, *Le limitazioni alla libertà di circolazione e soggiorno nella pandemia da Covid-19 tra ordinamento italiano e Unione Europea*, Intervento al Seminario di diritto comparato «Le fonti della crisi: prospettive di diritto comparato», 25 marzo 2022.

¹²⁰ Si vedano D.E. TOSI, *Emergenza Covid e processo di integrazione europea: alcune riflessioni in ordine alla "questione" del territorio dell'Unione*, in *DPCE Online*, 2, 2020, 1364 ss.; G. FIENGO, *Le misure di contenimento della diffusione del COVID-19: sospensione dell'accordo di Schengen*, in *Osservatorio Covid-19, DPCE Online*, 29 marzo 2020.

¹²¹ L'atto del 16 marzo 2020 definisce una serie di linee guida per le limitazioni alla libertà di circolazione, avendo ben presente l'esigenza che le ragioni di contenimento dei contagi non pregiudichino od ostacolino lo svolgimento continuo delle attività economiche e il funzionamento delle catene di approvvigionamento.

¹²² Si vedano, in particolare, il Regolamento di esecuzione n. 2020/402 e il Regolamento di esecuzione n. 2020/568 per le limitazioni all'esportazione di DPI, il Regolamento di esecuzione n. 2021/111, il Regolamento di esecuzione n. 442/2021 e il Regolamento di esecuzione n. 2021/521 per i vaccini. Per un quadro dettagliato, F. SPITALERI, *Le restrizioni all'esportazione adottate dall'Unione*

Alla luce sempre dell'esigenza di coordinamento può considerarsi anche il ruolo svolto dall'EMA nell'autorizzazione all'immissione in commercio dei vaccini anti-covid, il quale, come si è detto in precedenza, trova la propria base legale in diversi atti vincolanti del diritto dell'Unione¹²³.

Infine, particolarmente significativo è stato il tentativo di definire un quadro uniforme e giuridicamente vincolante sul rilascio e l'utilizzo del c.d. Certificato COVID digitale (comunemente *Green pass*) in Europa. A ciò si è provveduto con l'adozione del Regolamento 2021/953 il quale, in quanto dotato di effetti diretti, dovrebbe fissare un sistema omogeneo circa il rilascio e il reciproco riconoscimento di tale documento tra gli Stati dell'Unione, al fine di consentire al titolare un più agevole esercizio della libertà di circolazione, anche in vista di un progressivo allentamento delle restrizioni legate al quadro pandemico¹²⁴. Nonostante l'intento bisogna chiedersi se l'atto abbia raggiunto il fine, ovvero se, anche alla luce di ampi margini di flessibilità della normativa, non si sia comunque registrata una certa "frammentazione" nell'uso dei certificati, affidata sempre a scelte più o meno rigide dei singoli Stati¹²⁵.

Di fronte all'adozione da parte di ciascuno Stato di misure restrittive imposte dalla pandemia il diritto dell'Unione (o sovranazionale) funge anche da parametro di legittimità delle limitazioni, le quali devono essere coerenti con i principi di necessità e proporzionalità propri del diritto europeo¹²⁶. Ciò, d'altra parte, non riguarda soltanto il profilo della compatibilità delle misure nazionali rispetto ai principi del diritto UE, ma anche la possibile incidenza delle stesse su diritti e libertà garantiti dalle Carte sovranazionali, su tutte CDFUE e CEDU. Infatti, sono le stesse Carte dei diritti a sancire che le misure tengano

nel corso della Pandemia, in *Eurojus.it*, 2021, cit., 44 ss.; nonché A. ARENA, *Emergenza e libertà fondamentali nel mercato unico*, in S. STAIANO (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, 351 ss.

¹²³ S. MARINO, *L'autorizzazione all'immissione in commercio dei vaccini anti-Covid-19*, cit., 6 ss.

¹²⁴ T. CERRUTI, *Il certificato digitale europeo tra luci e ombre*, cit., 21 ss.; M. LOTTINI, *Green pass europeo: cooperazione e nuove tecnologie nel mercato unico*, in *ceridap.eu*, 19 gennaio 2022.

¹²⁵ Si pensi a quanto previsto dal par. 11 dell'art. 1 del Regolamento 2021/953, secondo il quale «fatta salva la competenza degli Stati membri di imporre restrizioni per motivi di salute pubblica, qualora accettino certificati di vaccinazione, certificati di test che attestano un risultato negativo o certificati di guarigione, gli Stati membri si astengono dall'imporre ulteriori restrizioni alla libera circolazione, quali ulteriori test in relazione ai viaggi per l'infezione da SARS-CoV-2 o la quarantena o l'autoisolamento in relazione ai viaggi, a meno che non siano necessarie e proporzionate allo scopo di tutelare la salute pubblica in risposta alla pandemia di COVID-19». Sul punto cfr. I. SPADARO, *Green pass in Italia e all'estero, tra garanzie costituzionali e obbligatorietà vaccinale indiretta*, in *Federalismi.it*, 29, 2021, part. 69 ss.

¹²⁶ G. CAGGIANO, *COVID-19. Competenze dell'Unione, libertà di circolazione e diritti umani*, cit., 75 ss. Anche se la questione potrebbe essere problematica per quelle limitazioni statali che esauriscono i propri effetti sul versante puramente interno, ove non trovano applicazione le libertà del mercato unico. Cfr. A. ARENA, *Le restrizioni per affrontare l'emergenza COVID-19 e le libertà fondamentali del mercato unico: uno sguardo alle situazioni puramente interne*, in *Eurojus.it*, 2020, cit., 38 ss.

conto di un adeguato bilanciamento tra esigenze della libertà ed esigenze di sicurezza¹²⁷. Per tale ragione l'eventualità di un accesso alle Corti europee nel caso in cui le misure nazionali contrastino con le Carte sovranazionali non è parsa, sin dall'inizio, tanto remota e, di fatti, si sono registrati casi di censure rispetto a misure ritenute non proporzionate rispetto allo scopo¹²⁸. Sempre tenendo presente che l'aspetto emergenziale non è ignorato dalle stesse Carte dei diritti, le quali prevedono adeguati meccanismi derogatori (come l'art. 15 CEDU o l'art. 52 CDFUE) che mirano a contemperare la criticità transitoria con la preservazione di un minimo inderogabile di garanzia dei diritti, sia da un punto di vista sostanziale (fissando i diritti che in nessun caso possono subire limitazioni), sia da un punto di vista procedimentale (con trasparenti oneri di comunicazione in capo agli Stati)¹²⁹.

I vari passaggi di questo quadro complesso denotano un deciso cambio di rotta rispetto al passato nella risposta dell'Unione, sia nella gestione della pandemia che – come vedremo – della crisi post-pandemica. Questa non appare improntata più ad una apparente logica divisiva tra Stati virtuosi e Stati debitori (come avvenuto in passato per la crisi economica), ma ad una maggiore condivisione degli sforzi tra Stati e alla realizzazione di maggiori forme di

¹²⁷ I. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali*, cit., 106.

¹²⁸ Emblematico il caso della sentenza Corte EDU, 15 marzo 2022, *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Svizzera*, 21881/20, che ha ritenuto non proporzionate rispetto al fine quelle misure che vietavano in maniera eccessivamente severa la libertà di riunione. Si veda F. GIANONI, G. GRASSO, *Divieto della libertà di riunione e tutela giurisdizionale al tempo della pandemia. Note critiche sulla decisione della Corte EDU nella causa Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse del 15 marzo 2022*, in *Diritti comparati*, 21 aprile 2022.

¹²⁹ Secondo l'art. 15 CEDU «In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale». In generale su tale disposizione si veda G. CATALDI, *Commento all'art. 15 CEDU*, in S. BARTOLE, A. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 2012, 555 ss. Circa l'uso fatto da tale disposizione durante la pandemia, che ha visto diversi Stati presentare comunicazioni di deroga al Segretario generale del Consiglio d'Europa, si vedano M. DI BARI, *L'emergenza Covid-19 "vista dall'altro". CEDU e Patto sui Diritti Civili e Politici: un prisma per orientarsi in una riflessione sull'emergenza Coronavirus nel contesto italiano*, in *DPCE Online*, 2, 2020, 2551 ss.; R. LUGARÀ, *Emergenza sanitaria e articolo 15 CEDU: perché la Corte europea dovrebbe intensificare il sindacato sulle deroghe ai diritti fondamentali*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2020, 341 ss. Effetti derogatori nell'ambito della CDFUE possono essere attribuiti all'art. 52, il quale, al par. 1, stabilisce che «Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui». Sul punto, R. CI-SOTTA, *Brevi note sulla giurisprudenza sull'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE in materia di limitazioni ai diritti fondamentali ... con uno sguardo in avanti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2021, 20 ss.

coesione su base solidaristica¹³⁰. Resta, comunque, difficile capire a quale “consapevolezza” addebitare il cambio di rotta: se a quella della preferibilità della via solidaristica e coesiva o quella della inarrestabilità della minaccia epidemologica, destinata a colpire – prima o poi – ogni Paese¹³¹.

7. Limitazione dei diritti, misure di contenimento e primato degli Stati nazionali: le “alterazioni” nei sistemi delle fonti dettate da fenomeni sovranazionali

Malgrado il tentativo compiuto a livello europeo di garantire un certo coordinamento delle risposte e, quindi, una sostanziale omogeneità della gestione della pandemia, da quanto abbiamo sopra osservato si ricava l'impressione che i limiti competenziali in capo all'Unione in materia di salute¹³² abbiano consentito agli Stati di ritagliarsi un ampio margine di manovra nell'adozione delle misure emergenziali. Sulle autorità nazionali, infatti, è ricaduto il peso delle decisioni più controverse¹³³ – perché incidenti su diritti e libertà fondamentali – spesso prive di solide coordinate sia sul piano scientifico che sul piano giuridico, le quali hanno evidenziato la “solitudine” dello Stato di fronte alla pandemia, segnando un evidente “cortocircuito” tra realtà ed esigenze: da una parte, la mancanza di strumenti di coordinamento sovranazionale in una materia, quale quella delle libertà costituzionali, ancora gelosamente racchiusa negli ordinamenti nazionali; dall'altra, la consapevolezza che tali vicende, per la loro natura globale, sfuggono al pieno dominio degli Stati. In sintesi, lo Stato è il *dominus* dell'emergenza ma l'emergenza pandemica sfugge al dominio dello Stato¹³⁴.

¹³⁰ Nonostante le incertezze iniziali sulla effettiva comprensione del fatto che tale fenomeno non potesse essere trattato alla stregua di una semplice questione “nazionale”, ma presentava peculiarità che ne facevano risaltare la dimensione “globale”, con conseguente insufficienza di ogni approccio di risposta affidato ai singoli ordinamenti. Cfr. A. RIVIEZZO, *Fonti dell'emergenza e Costituzione economica*, cit., 139; C. BERGONZINI, *L'Europa e il Covid-19. Un primo bilancio*, in *Quad. cost.*, 4, 2020, 765 ss.

¹³¹ Un'indicazione potrebbe venire dalla Risoluzione del Parlamento europeo su “*Impatto delle misure connesse alla Covid-19 sulla democrazia, sui diritti fondamentali e sullo stato di diritto*”, 13 novembre 2020, secondo la quale la pandemia «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».

¹³² S. MANGIAMELI, *Covid-19 e Unione europea*, cit., 588. Cfr. I. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali*, cit., 106.

¹³³ Sul punto si veda, in particolare, R. CABAZZI, E. COSTANZO, *La pandemia e i suoi lasciti. Tensioni e sfide del costituzionalismo democratico sociale nell'ordinamento europeo*, in *Federalismi.it*, 14, 2021, 2, nota 2, i quali sottolineano una certa capacità di adattamento dello Stato di fronte al mutare delle situazioni e la sua messa alla prova durante il periodo della pandemia, circostanza per certi versi eccezionale.

¹³⁴ Osserva F. BALAGUER CALLEJON, *Crisi sanitaria, globalizzazione e diritto costituzionale*, cit., 811, che «lo Stato sarà sempre l'attore di ultima istanza, perché è l'unica istituzione capace di esercitare direttamente potere nei confronti della popolazione, ma non sarebbe stato necessario fare

Per quanto si sia osservato che la pandemia ha, in un certo senso, eroso la sovranità degli Stati¹³⁵, intesa come libertà e discrezionalità dei fini politici che si concretizzano nella produzione giuridica e, quindi nelle fonti, il ruolo che gli Stati nazionali hanno avuto nella gestione dell'emergenza sembra deporre, al contrario, nel senso di una piena vitalità del concetto di Stato sovrano. Quindi, probabilmente, la pandemia non ha determinato alcun tramonto della sovranità in senso "soggettivo", al più una sua erosione sul piano dell'azione¹³⁶. Una sovranità che, però, ritorna – suo malgrado – più per una lacuna che per una consapevole opzione. Occorre chiedersi, quindi, se una sovranità su base nazionale sia ancora adeguata ad un contesto globale e al carattere sovranazionale che connota le crisi dell'ultimo secolo.

La domanda "con la pandemia si è avuto un ritorno dello stato sovrano?", potrebbe avere, allo stesso tempo, risposta affermativa e negativa. Affermativa, perché gli Stati si sono posti come attori principali dell'emergenza; negativa, perché le misure non paiono tanto il frutto di una volontà libera nel fine, ma sono determinate dall'emergenza¹³⁷.

Nel loro agire contro la pandemia gli Stati spesso hanno dovuto affrontare problemi comuni, anche se talvolta in momenti diversi, per cui non sono mancati casi di "influenza" reciproca sulle misure e sugli strumenti normativi da adottare per contrastare la pandemia¹³⁸. Non è stato raro, cioè, che le scelte adottate da un certo Stato fossero assunte poi a modello da altri. Ciononostante, la mancanza di un coordinamento effettivo su ogni aspetto delle limitazioni e le esigenze peculiari di ciascuno Stato hanno portato ad un'ampia diversificazione delle misure o ad utilizzare i medesimi strumenti, ma in modo

ricorso a tale potere in modo così intenso se fossero esistiti efficaci strumenti di concertazione internazionale che avrebbero potuto prevenire una catastrofe umanitaria di dimensioni sconvolgenti».

¹³⁵ Il principio di sovranità dello Stato sarebbe da tempo posto in discussione proprio dal moltiplicarsi delle fonti di provenienza "esterna" che ne intaccano l'esclusiva capacità produttiva del diritto. Secondo la sua accezione tradizionale «lo Stato pretende di essere l'unico a comandare e nega che vi sia un'autorità che gli si possa contrapporre all'interno o all'esterno», così R. BIN, *La sovranità nazionale e la sua erosione*, in A. PUGIOTTO, (a cura di), *Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali*, Jovene, Napoli, 2013, 369 ss.

¹³⁶ La natura della pandemia si intreccia in modo problematico con la differenza tra implicazioni istituzionali e implicazioni assiologiche determinate dall'erosione della sovranità, proposta da G. MARTINICO, *Le implicazioni costituzionali della crisi*, cit., 4, perché il punto – nel caso odierno – non è tanto quello del vincolo imposto dai controlli esterni allo Stato, quanto piuttosto il fatto di non poter decidere altrimenti (a causa dell'emergenza), ma di essere sempre e comunque i decisori (per la carenza di una competenza "forte" a livello sovranazionale).

¹³⁷ Non è mancato chi, provocatoriamente, abbia assegnato la sovranità proprio al virus. Cfr. I. DOMINIJANNI, *Il Virus sovrano*, in www.centroriformastato.it, 14 marzo 2020.

¹³⁸ Guardare alle misure adottate da altri Stati significa, però, fare attenzione alla rispettiva forma di Stato, perché non è dato rinvenire una fungibilità dei rapporti tra autorità e diritti tale da rendere invariabile il peso e i confini delle limitazioni. Cfr. T. GROPPI, *Le sfide del coronavirus alla democrazia costituzionale*, in *Consulta Online*, 1, 2020, 192 s.

diverso (il caso dei *Green pass* è emblematico). Per tale motivo non è mancato chi ha sottolineato il rischio di una possibile “concorrenza” tra ordinamenti a causa delle differenze nella scelta delle misure limitative e della conformazione di regimi più o meno rigidi¹³⁹.

Se si passa dal livello esterno a quello interno agli Stati le dinamiche della sovranità presentano ulteriori aspetti problematici, i quali si riflettono sulle modalità di produzione del diritto, come l’esperienza Italiana degli ultimi due anni ha insegnato. È vero, quindi, che gli Stati hanno dovuto farsi carico delle maggiori responsabilità decisionali in termini di limitazione dei diritti e delle libertà, ma è altrettanto vero che negli Stati gli organi che sono stati in “prima linea” nell’adozione delle suddette misure sono stati quelli dell’Esecutivo.

Su un piano generale, le fonti dell’emergenza hanno sempre una stretta connessione con l’azione degli Esecutivi. Come il Parlamento lascia più ampi margini di azione al Governo, così le fonti tipiche di quest’ultimo (siano esse primarie che secondarie) “erodono” temporaneamente gli spazi che sono normalmente riservati alla legge¹⁴⁰. E, come ogni emergenza meritevole di tale nome, anche quella determinata dalla pandemia ha visto un Esecutivo particolarmente attivo sul versante della produzione normativa¹⁴¹. Anzi, sembra quasi potersi affermare che l’intensità dell’azione normativa degli Esecutivi (anche sul piano della “originalità” delle soluzioni) è direttamente proporzionale alla vastità dell’emergenza.

L’impatto della pandemia sul sistema delle fonti, in quanto emergenza nel senso puro del termine, ha portato al proliferare di misure provvisorie, di immediata applicazione e destinate a rimanere in vigore per il tempo di

¹³⁹ F. MUNARI, L. CALZOLARI, *Le regole del mercato interno alla prova del COVID-19*, cit., 23 ss., il quale sottolinea (part. 26), che l’efficacia delle misure potrebbe essere frustrata «da una sorta di dilemma del prigioniero, poiché gli Stati membri che sarebbero altrimenti più prudenti, magari perché toccati in modo più intenso dalla pandemia, potrebbero essere costretti ad accelerare la ripresa delle attività economiche rispetto ai propri desiderata per uniformarsi alle scelte di altri Stati membri».

¹⁴⁰ G. ROLLA, *Profili costituzionali dell’emergenza*, cit., 22. Tale circostanza era, tra l’altro, già ampiamente evidenziata da G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, I, UTET, Torino, 1993, 174 ss., il quale osservava come fosse consueto, nelle Costituzioni che si reggono sull’attribuzione del potere legislativo al Parlamento, l’accentramento della produzione normativa nelle mani dell’Esecutivo in contesti emergenziali, visto che i tempi del procedimento legislativo mal si adatterebbero alla richiesta tempestività degli interventi.

¹⁴¹ Va segnalato che una tendenza alla progressiva “traslazione” in capo agli Esecutivi dell’azione normativa è stata osservata anche nel contesto non pandemico, così A. MALASCHINI, M. PANDOLFELLI, *Crisi della legislazione: riorganizzazione parziale del procedimento legislativo o codificazione ordinaria ex post?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3, 2021, 169, tuttavia, è solo a partire dallo scoppio della pandemia che il Governo si è posto come vero e proprio *dominus* della gestione dell’emergenza sul piano normativo. Cfr. A. LO CALZO, *Le prassi parlamentari sul sindacato ispettivo nel contesto dell’emergenza sanitaria*, in L. BARTOLUCCI, L. DI MAJO (a cura di), *Le prassi delle istituzioni in pandemia*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022, 148 ss.

permanenza delle circostanze che le hanno determinate¹⁴². La necessità di adeguare le risposte normative alle concrete esigenze dell'emergenza ha talvolta fatto dubitare della loro conformità al modello costituzionale di produzione normativa. Una domanda ricorrente in dottrina, infatti, ha riguardato proprio la circostanza che il diritto "pandemico" avesse dato luogo ad un modello innovativo e atipico nella produzione giuridica, anche se le posizioni, seppure con non trascurabili voci critiche, si sono prevalentemente assestate in senso contrario¹⁴³.

Sorgono a questo punto numerosi dubbi. Se davvero possa considerarsi esistente un sistema normativo dell'emergenza predeterminato a livello ordinamentale e in quale misura esso sia stato derogato. O se piuttosto la vicenda debba inserirsi all'interno di quella più vasta problematica che attiene alla progressiva "destrutturazione" del sistema delle fonti¹⁴⁴, per cui il diritto della pandemia non sarebbe altro che uno degli esiti (nuovi) della flessibilità, dell'apertura che ormai lo caratterizza e che consentirebbe un più malleabile adattamento a emergenti circostanze materiali.

Un modello per la verità esiste, ed è quello che fa capo al d.lgs. n. 1 del

¹⁴² Secondo F. BALAGUER CALLEJON, *Crisi sanitaria, globalizzazione e diritto costituzionale*, cit., 802, quelle dell'emergenza sarebbero «misure incomplete dal punto di vista normativo», perché non in grado di rimanere autonomamente in vigore una volta venuta meno la situazione che le giustifica.

¹⁴³ Ad esempio, S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, 546 ss., non sembra ricondurre la produzione giuridica della pandemia ad un modello o sistema alternativo a quello costituzionale, per cui, pur non accettando una chiara scissione della verifica tra legittimità formale e sostanziale dei provvedimenti, ritiene che l'unica vera rottura (temporanea e non assimilabile ad uno stato di eccezione) sia quella della pari dignità sociale. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., 139, invece, supera il dubbio sullo stato di eccezione attraverso la ricostruzione della catena delle fonti, ove nessun anello sfugge al sindacato giurisdizionale. Infine, M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti*, cit., 15, il quale sottolinea l'importanza della forma, non solo in quanto fine a se stessa, ma perché funzionale alla garanzia della sostanza dei diritti.

¹⁴⁴ La progressiva perdita di ordine all'interno del sistema delle fonti è da tempo studiata in dottrina, si vedano, ad esempio, F. MODUGNO, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in M. SICLARI (a cura di), *Il pluralismo delle fonti previste dalla Costituzione e gli strumenti per la loro ricomposizione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, 3 ss.; nonché, già in precedenza, ID., *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. Dir.*, Agg. I, Giuffrè, Milano, 1997, 561 ss.; A. RUGGERI, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in ID., «Itinerari» di una ricerca sul sistema delle fonti, Giappichelli, Torino, 2009, 433 ss.; R. BIN, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e limite del potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare, I (Le fonti del diritto)*, Jovene, Napoli, 2009, 35 ss. Sulla "destrutturazione" del sistema delle fonti già G. SERGES, *Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2017, 2 ss. Più di recente, A. RUGGERI, *Il disordine delle fonti e la piramide rovesciata al tempo del Covid-19*, in *Consulta Online*, 3, 2020, 684 ss., ha definito il sistema delle fonti ormai "asistemico", ove l'emergenza pandemica avrebbe soltanto evidenziato i segni di una crisi visibili da tempo. Per ulteriori riferimenti sul tema C. INGENITO, *Moltiplicazione, frammentazione, destrutturazione e delocalizzazione delle fonti del diritto*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2019, 2 ss.

2018, c.d. Codice della Protezione Civile, che, oltre ad altre disposizioni conferenti, agli artt. 24 e 25 prevede che al Consiglio dei ministri spetti la dichiarazione dello stato di emergenza nazionale. Una volta dichiarata l'emergenza, per una durata massima di dodici mesi, prorogabili al massimo per altri dodici mesi (termine, tra l'altro derogabile, come dimostrato dalla prassi applicativa)¹⁴⁵, il Capo del Dipartimento di Protezione Civile è abilitato all'emanazione di ordinanze di protezione civile «da adottarsi in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea»¹⁴⁶.

Tuttavia, considerato il rilievo che determinate evenienze concrete possono avere nella conformazione di un impianto normativo, è stato giustamente rilevato¹⁴⁷ che il sistema elaborato dal Codice della Protezione Civile fosse “ritagliato” su diverse e peculiari tipologie emergenziali, a carattere propriamente calamitoso (come terremoti, alluvioni, etc.). Per tale ragione è apparso, sin dall'inizio, del tutto inadeguato a far fronte a un fenomeno, quello pandemico, per sua natura mutevole e imprevedibile, ma anche dai contorni temporali tutt'altro che definiti.

Si è assistito, quindi, ad un rapido passaggio ad un diverso sistema di produzione del diritto emergenziale, non direttamente riconducibile al modello di Protezione civile, ma articolato sul binomio decreto-legge/decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri. Ciò avrebbe dato vita ad un vero e proprio “doppio binario” del regime normativo emergenziale¹⁴⁸, con un progressivo

¹⁴⁵ Già la vicenda dell'emergenza sanitaria di per sé è emblematica in quanto lo stato di emergenza nazionale è stato dichiarato dal Consiglio dei Ministri il 31 gennaio 2020 e si è protratto, attraverso una serie di proroghe (l'ultima disposta all'art. 16 del d.l. n. 221 del 2021), fino al 31 marzo 2022, ben oltre il limite dei due anni. Ma anche nella gestione di emergenze “non straordinarie” – ad esempio, quella dichiarata in occasione del crollo del ponte “Morandi” di Genova – con d.l. n. 162 del 2019 veniva disposto che lo stato di emergenza, «dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 15 agosto 2018 e prorogato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 luglio 2019, può essere prorogato fino ad una durata complessiva di tre anni secondo le modalità previste dal medesimo articolo 24». Su tali aspetti già D. TRABUCCO, C. DELLA GIUSTINA, *Sulla possibile proroga dello stato di emergenza*, in *Diritti fondamentali*, 14 luglio 2019.

¹⁴⁶ Per un'illustrazione più dettagliata, anche in relazione alla vicenda pandemica, si veda G. LAURI, *Governo e Parlamento di fronte all'emergenza*, in B. BRANCATI, A. LO CALZO, R. ROMBOLI (a cura di), *Coronavirus e Costituzione*, Pisa University Press, Pisa, 2020, 75 ss.

¹⁴⁷ I. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali*, cit., 133 ss.; E. FURNO, *Costituzione, fonti del diritto ed ordinanze emergenziali*, cit., 290; A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, in *Osservatorio sulle fonti*, Fascicolo speciale, 2020, 327; C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Diritti comparati*, 2, 2020, 49.

¹⁴⁸ A. CARDONE, *Il baratro della necessità*, cit., 318; I. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali*, cit., 135; R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, cit., 519, al riguardo osserva che la produzione normativa dell'emergenza si è sviluppata

abbandono di quello ordinariamente strutturato dal d.lgs. n. 1 del 2018, a vantaggio (sia per numeri, ma soprattutto per “peso” delle misure) del secondo, all’apparenza completamente innovativo, che prende avvio con l’adozione del primo d.l. n. 6 del 2020.

Per quanto il sistema del d.lgs n. 1 del 2018 dimostri che, non solo a livello costituzionale, ma anche ordinario, l’ordinamento prenda in considerazione il fenomeno emergenziale come aspetto della realtà che richiede la definizione di un regime giuridico sufficientemente elastico¹⁴⁹, altre ragioni hanno probabilmente indotto a scegliere un distinto modello che non fosse ancorato a quello della Protezione civile. Da una parte, probabilmente, la circostanza che un’eccessiva ampiezza della “base legislativa” offerta dal d.lgs. n. 1 del 2018 avrebbe finito per rimettere buona parte delle limitazioni alle sole ordinanze di protezione civile¹⁵⁰, per cui il decreto-legge offriva maggiore copertura e adeguamento primario in tal senso; dall’altra, si vedrà meglio a breve, il solo decreto-legge non è stato ritenuto adeguato a sopperire a quella esigenza di provvedimentalità propria delle ordinanze, per cui si è fatto ricorso alla sua integrazione mediante i d.P.C.M., rispetto ai quali, comunque, residuano incertezze in ordine ai profili limitativi¹⁵¹.

lungo due distinte “catene” o “filieri”, collegate sì, ma pur sempre separate, in quanto i d.P.C.M. sono ricondotti espressamente ai vari decreti-legge adottati, piuttosto che al conferimento del potere di ordinanza connesso alla dichiarazione dello stato di emergenza del 31 gennaio 2020. Cfr. S. ZEULI, *Il contrasto del Governo al Covid-19 fra responsabilità politica e sistema delle fonti*, in G. PALMIERI (a cura di), *Oltre la pandemia*, cit., 923; A. ARCURI, *La Corte costituzionale salva i d.P.C.M. e la gestione della pandemia. Riflessioni e interrogativi a margine della sent. n. 198/2021*, in *Giustizia insieme*, 19 gennaio 2022; F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2020.

¹⁴⁹ Per una più ampia ricostruzione cfr. A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2021, 6 ss.

¹⁵⁰ Atti di cui sarebbe controversa la natura giuridica e che, sicuramente, non possono collocarsi al livello primario delle fonti, con conseguente loro carenza sotto il piano del rispetto della riserva di legge, costituzionalmente imposta per la maggior parte degli ambiti materiali in cui sono intervenute le limitazioni. Si veda, A. CARDONE, *Il baratro della necessità*, cit., 327, il quale, per ulteriori approfondimenti, rinvia a E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna University Press, Bologna, 2019.

¹⁵¹ Una dettagliata riconduzione di un fenomeno naturale, come la pandemia, agli schemi rigidi del precetto giuridico è opera complessa. Il “legislatore” si è per lo più attenuto al principio di precauzione nell’adozione delle misure limitative, criterio più che condivisibile quando ci si trova dinanzi a fenomeni nuovi. Resta da capire quale sia il “limite” oltre il quale le limitazioni non potrebbero spingersi. Chi in dottrina ha proposto la normazione degli stati emergenziali ha anche individuato come possibile limite al legislatore quello del “nucleo duro” dei diritti, come contenuto minimo indefettibile di ciascuna libertà fondamentale (cfr. G. DE MINICO, *Costituzione ed emergenza*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2018, 17), ma in realtà, cosa sia in concreto questo “nucleo duro” è difficile da stabilire, soprattutto di fronte a un'emergenza mutevole come quella pandemica. Le scelte legislative restano legate alle interpretazioni che i giudici, di volta in volta, vorranno dare (e non sono mancate quelle opinabili, giunte persino alle soglie del giudizio di costituzionalità, come nel recente

Il timore percepito è stato, quindi, quello di un possibile progressivo scioglimento verso la “normalizzazione” della gestione emergenziale della pandemia anche per le fasi successive al suo superamento¹⁵². Normalizzazione che può essere intesa sia in senso “formale” che “sostanziale”. Quanto al primo, che interessa maggiormente questo lavoro, essa implicherebbe la transizione verso sempre nuove forme di produzione del diritto dettate dall'emergenza, anche a causa di un uso distorto degli strumenti propriamente emergenziali nei tempi “ordinari”¹⁵³. Ma questa può essere intesa, nel secondo senso, anche come sopravvivenza dell'approccio emergenziale all'emergenza reale, il quale lascia come residuo un possibile saldo negativo in termini di libertà, spesso frutto di un malinteso diritto alla sicurezza¹⁵⁴.

Il quadro dell'intervento normativo statale si presenta, quindi, come la tessera di un mosaico nella gestione dell'emergenza a livello sovranazionale. Denotando, allo stesso tempo, la “solitudine” dello Stato verso i fenomeni emergenziali che trascendono le competenze delle istituzioni sovranazionali e un'ampia “discrezionalità” conformativa dei modelli che, al di fuori dei confini dell'ordinamento nazionale, non ha ragione di profilarsi. I due paragrafi

caso della sentenza n. 127 del 2022), con la creazione di un vero e proprio diritto giurisprudenziale frammentato sulla definizione della limitazione operata. L'unico strumento di orientamento adeguato resta quello della valutazione secondo proporzionalità e precauzione della misura limitativa, adeguata alle concrete peculiarità del momento. Ad esempio, pur considerando una medesima libertà – quella di circolazione – è ovvio che le limitazioni assumono un significato diverso se consideriamo la c.d. *Fase 1* della pandemia con quella successiva all'introduzione dei c.d. *Green pass*, quindi, il “nucleo duro” acquista in valore relativo, determinato dalle circostanze materiali, dove molto dipende dai criteri interpretativi delle limitazioni seguiti a livello giurisprudenziale.

¹⁵² Per G. BUCCI, M. DELLA MORTE, *Dopo la Pandemia: il futuro e la memoria costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 1, 2022, 74 s., la normalizzazione dell'emergenza, come riduzione della socialità, segnerebbe il ritorno ad una nuova barbarie. Riprendendo il volume di G. AZZARITI, *Diritto e barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Laterza, Bari-Roma, 2021.

¹⁵³ Secondo I. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali*, cit., 163, «le situazioni straordinarie acutizzano la propensione a ricollocare la funzione rappresentativa in capo ad un organo monocratico», che, calato nella situazione contingente, ha comportato uno spostamento progressivo della gestione emergenziale per “progressive insufficienze”: dalla legge al decreto-legge, dal decreto-legge al d.P.C.M.

¹⁵⁴ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., 141, sembra mettere in guardia dal cedere alle lusinghe di un supposto “diritto alla sicurezza”, in quanto esso maschera sempre una rinuncia ad una quota delle proprie libertà. Il discorso sarebbe diverso nel caso di situazioni coperte da uno stato di emergenza temporaneamente circoscritto, dichiarato il quale rappresenterebbe l'unica circostanza in cui il “diritto alla sicurezza” ha margini di implementazione. Per tale ragione credo si possano stigmatizzare molte delle riforme che negli anni sono state enfaticamente definite “Pacchetti sicurezza”, in quanto si collocano ben al di fuori di contesti emergenziali giuridicamente definiti e circostanziati e sviscolano il senso stesso della sicurezza. Un difficile tentativo di colmare la distanza tra libertà e sicurezza è compiuto da C. MOSCA, *La sicurezza come diritto di libertà*, Cedam, Padova, 2012, secondo il quale il diritto alla sicurezza deve essere inteso, al giorno d'oggi, come portatore di valori e limiti propri di ciascun diritto costituzionale, da vivere in una dimensione essenzialmente collettiva, e non confuso con la sicurezza che ha deviato dalla propria essenza e che prelude alle imposizioni di un regime autoritario.

che seguono vogliono fornire un'illustrazione essenziale di come il modello nazionale di produzione del diritto abbia seguito percorsi "inconsueti", che ne segnano la distanza rispetto a quelli europei.

7.1. Cenni sull'uso della decretazione d'urgenza in risposta all'emergenza pandemica

La tematica relativa all'uso del decreto-legge durante l'emergenza pandemica è stata oggetto di notevole attenzione in dottrina, sia per gli aspetti di novità che essa ha offerto sia per la densità delle implicazioni. È possibile qui dedicare ad essa soltanto qualche cenno che permetta di collocarla all'interno del discorso più ampio che si sta portando avanti. Inoltre, come si è anticipato, quale fonte tipica della necessità e dell'urgenza, esso ha attraversato tutte le epoche critiche toccate da questo lavoro, presentando in ciascuna di esse peculiare (e non sempre coincidente) conformazione. Anche il solo quadro dei decreti-legge pandemici adottati richiederebbe l'apertura di un'ampia parentesi, ma qui ci si limiterà a richiamarne soltanto alcuni, rinviando ad altre sedi l'illustrazione complessiva¹⁵⁵.

Si è accennato in precedenza alla circostanza che la Costituzione non ignora il fenomeno emergenziale¹⁵⁶, ciononostante essa non prevede – fatta salva la circoscritta ipotesi dell'art. 78 sullo stato di guerra – una disciplina dello stato di emergenza. Se consideriamo anche le varie disposizioni specifiche che riconoscono la limitabilità sostanziale di taluni diritti in casi eccezionali, queste contribuiscono a costituire una sorta di microsistema costituzionale "ordinario" dell'emergenza, il cui fulcro è da individuare sicuramente nell'istituto del decreto-legge.

Secondo un insegnamento piuttosto consolidato il decreto-legge nasce come atto con forza di legge da adottarsi da parte del Governo in ipotesi "limitatissime", tali dovevano essere intesi i «casi straordinari di necessità e di urgenza» cui fa riferimento l'art. 77 Cost. Nonostante ciò, è a partire soprattutto dagli anni '70 che l'uso del decreto-legge va incontro ad una graduale trasformazione che ne muta la natura originaria, con una progressiva dilatazione dei presupposti e una immediata ricaduta sul dato quantitativo. In sostanza, il decreto-legge progressivamente perde quei tratti di "eccezionalità"

¹⁵⁵ Per l'illustrazione dei decreti-legge adottati nella fase iniziale, i quali hanno definito i tratti del "secondo binario" normativo prescelto per il contenimento dell'emergenza si rinvia a R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, cit., 521, il quale li definisce appunto "originari"; nonché a A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem?*, Mucchi, Modena, 2020.

¹⁵⁶ Per cui, come recentemente precisato dal compianto V. ONIDA, *Costituzione e coronavirus. La democrazia nel tempo dell'emergenza*, Piemme, Milano, 2020, essa fornirebbe tutti gli strumenti per un'adeguata risposta giuridica alla pandemia.

che gli si volevano attribuiti in origine¹⁵⁷.

È stato, quindi, osservato come la *ratio* originaria del decreto-legge fosse quella di assicurare la sopravvivenza dello Stato e dell'ordinamento di fronte a situazioni imprevedibili di pericolo¹⁵⁸. Tuttavia, questa tesi è stata posta in discussione proprio dall'evoluzione dell'uso del decreto-legge, che si è allontanato da quel rigoroso modello emergenziale, per adattarsi a situazioni sì urgenti, ma sicuramente molto meno "impegnative". D'altra parte, a seguire puntualmente il dettato costituzionale, il decreto-legge non è una fonte dell'emergenza, ma dell'urgenza, e i due concetti non sempre sono sovrapponibili¹⁵⁹.

Sarebbe possibile dunque riscontrare diverse graduazioni dell'emergenza, una che rientra nel perimetro dell'art. 77 Cost., che può essere gestita attraverso l'adozione di decreti-legge, e l'altra che lo travalica, determinando situazioni per le quali in dottrina è stata suggerita l'introduzione di un'apposita disciplina costituzionale degli stati d'emergenza¹⁶⁰. Tale distinzione, però, acquista significati diversi a seconda del contesto, in particolare, a seconda dello stato di evoluzione di una determinata prassi sull'uso del decreto-legge che finisce per assoggettarvi o meno determinati fatti emergenziali.

Si è detto delle "torsioni" che l'uso del decreto-legge avrebbe subito nella prassi, tutte in qualche misura incidenti sulla portata dei presupposti giustificativi, spesso "stirati" beneficiando di una certa elasticità semantica, al punto da farvi rientrare anche qualcosa che "straordinario" non è, o comunque non lo è nel senso inteso originariamente in Costituzione: sono ben note, ad esempio, le prassi abusive dalla reiterazione o della adozione in carenza dei

¹⁵⁷ Per una approfondita trattazione delle progressive trasformazioni nell'uso del decreto-legge si vedano A. PREDIERI, *Il Governo colegislatore*, in F. CAZZOLA, A. PREDIERI, G. PRIULLA (a cura di), *Il decreto legge fra Governo e Parlamento*, Giuffrè, Milano, 1975, IX ss.; A. CELOTTO, *L'abuso del decreto legge. I profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Cedam, Padova, 1997, 190 ss.; A. SIMONCINI, *Tendenze recenti della decretazione d'urgenza in Italia e linee per una nuova riflessione*, in ID. (a cura di), *L'emergenza infinita La decretazione d'urgenza in Italia*, EUM, Macerata, 2006, 19 ss.; D. CHINNI, *Decretazione d'urgenza e poteri del Presidente della Repubblica*, Editoriale scientifica, Napoli, 2014, 151 ss.

¹⁵⁸ A. MAZZOLA, *Il sistema delle fonti e i provvedimenti adottati per contenere l'emergenza epidemiologica da COVID-19*, in *Nomos*, 1, 2020, 7, rimandando al pensiero di Vezio Crisafulli. Tuttavia, già lo stesso V. CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., 104, non sembrava essere così perentorio, in quanto riconosceva che gli argomenti letterali non possedevano particolare forza persuasiva. Inoltre, tale tesi andrebbe rapportata a quella di C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. Dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, 834 s., ora in ID., *Diritto costituzionale vivente*, a cura di D. Nocilla, Milano, 1992, 193 ss., secondo il quale andrebbero distinte una necessità assoluta da una relativa, ove va rilevato che nella prassi il decreto-legge è usato più per la seconda e che per la prima.

¹⁵⁹ U. RONGA, *Il Governo nell'emergenza*, cit., 5. Riguardo alla nozione di urgenza già L. GIANNITI, P. STELLA RICHTER, *Urgenza (diritto pubblico)*, in *Enc. Dir.*, XLV, Giuffrè, Milano, 1992, 901 ss. Ora, esaustivamente, G. SERGES, *La dimensione costituzionale dell'urgenza. Studio su di una nozione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, part. 441 ss.

¹⁶⁰ G. DE MINICO, *Costituzione ed emergenza*, cit., 5. Ulteriori indicazioni, *infra*, par. 10.

presupposti¹⁶¹. Ma, anche a prescindere dai vizi del decreto-legge, ciò che occorre segnalare è la trasformazione del modo di intendere l'uso dell'atto nella prassi degli organi politici. Non solo il decreto-legge è stato sempre più inteso come uno strumento normativo dell'urgenza "ordinaria", ma questa è stata sempre più sganciata dalla materialità del fatto per essere avvicinata alle esigenze relative di normazione dell'Esecutivo¹⁶². In sostanza il decreto-legge ha mutato nel tempo la propria essenza.

A poco sono valsi i tentativi compiuti dalla Corte costituzionale per riportare il decreto-legge sui binari di una maggiore correttezza costituzionale, sia perché la giurisprudenza sul punto si è caratterizzata per alcune problematiche oscillazioni – che hanno visto segnare "punti" importanti sulla tenuta del decreto-legge, ma anche perdere importanti occasioni per un controllo più incisivo¹⁶³ –, sia perché il Giudice delle leggi ha sempre manifestato una certa "deferenza" rispetto alla valutazione dei presupposti rimessa al binomio Governo-Parlamento, attraverso il criterio della "evidente mancanza" elaborato a partire dalla nota sentenza n. 29 del 1995¹⁶⁴.

Nell'emergenza pandemica si sono, quindi, riproposte ancora questioni "antiche" sulla sussistenza dei presupposti alle quali se ne sono affiancate di "nuove", legate essenzialmente all'inedito collegamento di tali fonti con i d.P.C.M..

Quanto alla sussistenza dei presupposti è stato sostenuto che i decreti-legge adottati come "base" dei d.P.C.M., secondo lo schema emergenziale "alternativo" a quello di Protezione civile, presentino i requisiti di necessità e urgenza che la Costituzione prescrive, essendo la radicalità della situazione

¹⁶¹ R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, cit., 520.

¹⁶² U. RONGA, *Il Governo nell'emergenza*, cit., 19. Come già insegnava A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., 507, l'uso del decreto-legge potrebbe rappresentare il risvolto di una tacita modifica della forma di governo in Italia che riconosce «all'esecutivo un potere di disporre senza condizionamenti di sorta dell'attività legislativa».

¹⁶³ Nel primo senso si può ricordare la decisione che ha posto fine alla prassi della reiterazione (n. 360 del 1996), nonché la prima importante pronuncia di incostituzionalità di un decreto-legge per carenza dei presupposti, la n. 171 del 2007, seguita a breve distanza dalla sentenza n. 128 del 2008; ovvero la sentenza n. 22 del 2012, con cui la Corte ha censurato l'inserimento di disposizioni estranee in sede di conversione, così come avvenuto anche con la successiva sentenza n. 32 del 2014. Nel secondo senso, invece, le sentenze n. 355 del 2010 o n. 237 del 2013.

¹⁶⁴ Si vedano, tra i molti, P. CARNEVALE, *Il vizio di "evidente mancanza" dei presupposti al debutto quale causa di declaratoria di incostituzionalità di un decreto legge. Il caso della sentenza n. 171 del 2007*, in *Giur. it.*, 2007, 2675 ss.; R. ROMBOLI, *Una sentenza «storica»: la dichiarazione di incostituzionalità di un decreto legge per evidente mancanza dei presupposti di necessità e di urgenza*, in *Foro it.*, 2007, 1986 ss. Di recente, su tale criterio, cfr. le sentenze Corte cost. n. 99 del 2018 e n. 97 del 2019.

emergenziale da sola sufficiente a giustificare l'adozione¹⁶⁵, a maggior ragione giustificati per dare una ulteriore copertura a livello primario ad interventi in materie coperte da riserva di legge¹⁶⁶. Tuttavia, anche a tale riguardo il dubbio potrebbe porsi nel rapporto peculiare con la fonte ad esso connessa nella gestione dell'emergenza – il d.P.C.M. – in quanto i contenuti del decreto-legge rischiano di trasformarsi in una sorta di “delega” ad altra fonte, avente una funzione eminentemente esecutiva. Il decreto-legge vedrebbe così degradato il proprio carattere di fonte ad applicazione immediata¹⁶⁷, nonché la natura provvedimentale che tradizionalmente gli si vorrebbe attribuita¹⁶⁸.

Il decreto-legge finisce, così, per assumere le inedite vesti di una “fonte sulla produzione”, che mai si era pensato potesse assumere in virtù della sua specifica natura di fonte dell'urgenza (utilizzabile, quindi, nelle emergenze)¹⁶⁹.

Estrapolato dal tessuto costituzionale del 1948, secondo una prospettiva che rievoca i tratti di un originalismo traslato dai diritti alle fonti, il decreto-legge è stato considerato da numerosi commentatori lo strumento più adeguato alle emergenze, per cui sarebbe stato opportuno affidare la gestione della pandemia proprio a tale fonte¹⁷⁰, magari recuperandone i tratti di provvedimentalità ormai perduti¹⁷¹. Una tesi di questo tipo, perfettamente aderente al dato costituzionale, può essere difficilmente praticabile se ci si colloca dal versante della prassi. Ci si trova in un ambito in cui, verosimilmente, diritto positivo e sua concreta attuazione da parte degli organi politici hanno lo

¹⁶⁵ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., 119, secondo il quale la verifica reggerebbe anche a volersi discostare dal consolidato criterio della “evidente mancanza”.

¹⁶⁶ S. ZEULI, *Il contrasto del Governo al Covid-19*, cit., 924, ritiene che si sia trattato comunque di una scelta apprezzabile che denota la particolare attenzione con cui il Governo ha affrontato la tematica emergenziale.

¹⁶⁷ R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, cit., 522; nonché, più specificamente, L. MAZZAROLLI, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 23 marzo 2020, 13 s.

¹⁶⁸ A. CARDONE, *Il baratro della necessità*, cit., 337.

¹⁶⁹ Secondo P. CARNEVALE, *Pandemia e sistema delle fonti a livello statale. Qualche riflessione di ordine sistematico*, in *Corti supreme e salute*, 1, 2021, 47, il trasferimento di una parte del bilanciamento in capo a una fonte delegata sarebbe in contrasto con la natura auto-applicativa del decreto-legge. G. MOBILIO, *La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze. L'epidemia da Covid-19 e i rapporti tra decreto-legge e altre fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, Fascicolo speciale 2020, 369 s., ha paragonato il decreto-legge pandemico a una “norma di riconoscimento” nel senso hartiano della definizione.

¹⁷⁰ In questo senso, ad esempio, A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia*, cit., 9, la quale ritiene che un livello maggiore di garanzia sarebbe stato offerto da un intervento mediante legge. Cfr. A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem?*, cit., 60 ss.; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, 558 ss.

¹⁷¹ P. CARNEVALE, *Pandemia e sistema delle fonti a livello statale*, cit., 47.

stesso peso argomentativo. Non è solo importate capire come la Costituzione delinea l'uso di una certa fonte, ma anche come questo sia correntemente percepito da parte degli organi legislativi (entro i margini che la Corte costituzionale ha comunque lasciato aperti). In parole povere, se il Governo ricorre normalmente al decreto-legge per una proroga di termini in scadenza (i famosi “milleproroghe”), potrà adottare lo stesso strumento per un'emergenza come quella pandemica? O, per fare un parallelo con il fenomeno della crisi economica visto in precedenza, possono porsi sullo stesso piano le misure adottate per contenere i contagi con le manovre economiche (di carattere sistemico) cui il Governo ha dato corso con decreti-legge?

Diversi fattori potevano, quindi, far ipotizzare che il decreto-legge non fosse da solo sufficiente per disciplinare il regime emergenziale della pandemia. E questo sia muovendo da una prospettiva “patologica”, che vede nel mutamento che l'uso dell'atto ha subito nella prassi degli organi la ragione ultima della sua “insufficienza”¹⁷², sia “fisiologica”, legata alternativamente alla natura cangiante e mutevole, in rapido divenire, della pandemia¹⁷³, ma anche al fatto che il decreto-legge, da un punto di vista procedimentale, si è scoperto troppo lento per un fenomeno di questo genere¹⁷⁴.

7.2. Cenni sull'uso dei Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri in risposta all'emergenza pandemica

Il profilo di maggiore innovazione sul versante della produzione normativa nazionale è sicuramente quello concernente l'uso del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri come fonte “preminente” della pandemia. La peculiarità della scelta di affidare a un atto, la cui natura normativa è tutt'altro

¹⁷² Emblematiche le parole di G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost*, 16 giugno 2020, «era logico aspettarsi che, diventato il decreto legge una forma anomala, ma invalsa nella prassi, di legislazione corrente, quando si fosse presentata una vera situazione di necessità e urgenza, il procedimento ideato dai Costituenti per fronteggiare velocemente l'emergenza sia apparso “lento”, come “lento” era apparso il procedimento ordinario di formazione della legge di fronte all'abuso della parola “emergenza” per qualunque problematica economica o sociale si presentasse al vaglio della politica».

¹⁷³ Ha osservato U. RONGA, *Il Governo nell'emergenza*, cit., 21, che il decreto-legge è stato pensato per far fronte ad eventi che, pur potendo avere una durata più o meno lunga, si presentano come sostanzialmente statici, mentre la pandemia è in continua ed imprevedibile evoluzione.

¹⁷⁴ Collegandosi all'aspetto sopra accennato della mutevolezza della pandemia, P. CARNEVALE, *Pandemia e sistema delle fonti a livello statale*, cit., 50, ha rilevato che il livello di “provvisorietà” delle misure è apparso eccessivo anche per una misura come il decreto-legge, in quanto le esigenze di adattabilità risultano ben più serrate del pur breve termine di sessanta giorni di autonoma vigenza, i quali, a ben vedere, parrebbero un'eternità se rapportati agli sviluppi di un'epidemia. Così i d.P.C.M. avrebbero tentato di assecondare tale esigenza di rapido adeguamento normativo. Anche per A. RUGGERI, *Il disordine delle fonti*, cit., 694, sarebbe proprio la natura del decreto-legge a renderlo inutilizzabile in casi come quello pandemico, con efficace metafora «il Parlamento-tartaruga non riuscirebbe mai a raggiungere ed a superare il Governo-Achille».

che pacifica¹⁷⁵, il compito di adottare le concrete misure limitative dei diritti e delle libertà costituzionali emerge già se si pone attenzione all'uso che ne era stato fatto in epoche precedenti la pandemia, un uso sicuramente molto diverso rispetto a quello del tempo presente¹⁷⁶.

La principale critica generale mossa all'uso di tale fonte nella gestione della pandemia risiede nella considerazione che, derogando al sistema previsto dal Codice di Protezione civile, essa avrebbe contribuito alla costruzione di un vero e proprio sistema delle fonti *extra ordinem*,¹⁷⁷ mentre una migliore garanzia dei diritti poteva essere assicurata attraverso il ricorso a strumenti normativi che la Costituzione già mette a disposizione a tal fine. Ad ogni modo, anche a voler rinvenire un fondamento dei d.P.C.M. nei decreti-legge, essi recherebbero pur sempre profili di dubbia legittimità, vista l'ampiezza della "delega" conferita dalla fonte primaria¹⁷⁸.

Come accennato, l'esatta ricostruzione della natura di tali atti è tutt'altro che semplice. Tendenzialmente in dottrina, per l'uso fattone nel caso recente, essi sono stati assimilati alle ordinanze *extra ordinem*¹⁷⁹, atti amministrativi che la Corte costituzionale ha in passato ritenuto conformi ai principi costituzionali purché rispettosi di rigide condizioni che attengono alla loro efficacia temporalmente limitata, all'adeguatezza della motivazione, alla specificità della situazione regolata, alla conformità ai limiti dettati dalla necessaria copertura legislativa che ne abilita l'adozione¹⁸⁰.

Dato che, però, il sistema di Protezione civile, cui si è accennato sopra, già prevedeva l'adozione di atti dotati di natura affine alle suddette ordinanze, si è posto il problema (di rilievo non soltanto teorico) di definire i rapporti tra le ordinanze di Protezione civile¹⁸¹ previste in quella sede e i d.P.C.M. adottati

¹⁷⁵ Si tratterebbe di atti che non presentano caratteristiche formali stabili e dove gli stessi contenuti difficilmente sarebbero configurabili in senso stretto come "normativi". Cfr. R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, cit., 89 ss. Ovviamente ciò fino alla gestione dell'emergenza, dove i d.P.C.M. "mutano" la propria consueta natura, a favore di una vocazione sostanzialmente normativa.

¹⁷⁶ Si veda L. CASTELLI, *Una fonte anomala. Contributo allo studio dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri*, Editoriale scientifica, Napoli, 2021.

¹⁷⁷ Rileva una certa "discontinuità costituzionale" della produzione normativa pandemica V. BALDINI, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, in *Diritti fondamentali*, 1, 2020, 893 ss.

¹⁷⁸ Osserva A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia*, cit., 23, che «quando uno stesso decreto legge fonda provvedimenti, incidenti sui diritti, molto differenti fra loro, risulta manifesto come l'atto che *effettivamente* restringe i diritti sia il d.P.C.M. e non il decreto legge».

¹⁷⁹ Diffusamente sul punto, A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia*, cit., 19 s.; I. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali*, cit., 139 ss.; U. RONGA, *Il Governo nell'emergenza*, cit., 23 ss.

¹⁸⁰ Si vedano, in particolare, Corte cost., n. 26 del 1961; Corte cost. n. 4 del 1977, Corte cost., 115 del 2011.

¹⁸¹ Sulle quali si veda S. PALUMBO, *Le ordinanze in materia di protezione civile, tra potere di urgenza e urgenza di potere*, in *Persona e amministrazione*, 2, 2020, 375 ss.

secondo il più innovativo “modello”. Per alcuni autori i due sistemi sarebbero riconducibili ad unità proprio attraverso l’assimilazione dei d.P.C.M. alle ordinanze di cui, nella sostanza, condividerebbero la natura. Il fondamento di legittimità di tali atti andrebbe, quindi, individuato nel combinato delle disposizioni sancite, in generale, dal Codice di Protezione civile del 2018 e, in specie, da quelle rese necessarie dagli adattamenti concreti con la serie dei decreti-legge pandemici¹⁸². Altri Autori, invece, hanno, sin dall’inizio, rilevato che le ordinanze di Protezione civile e i d.P.C.M. non sarebbero identificabili su un piano formale, in quanto i secondi normalmente non contengono alcun riferimento al fondamento nel sistema di Protezione civile, ma, al più, alla dichiarazione dell’emergenza del 30 gennaio 2020 ad opera dell’OMS, inoltre, non vi sarebbe nemmeno una coincidenza sul piano soggettivo dell’esercizio del relativo potere, per cui il relativo fondamento andrebbe individuato nei decreti-legge “originari”¹⁸³.

Il dubbio parrebbe risolto nel secondo senso dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 198 del 2021¹⁸⁴, la quale ha affrontato lo specifico profilo della legittimità costituzionale del sistema di produzione del diritto nell’emergenza. Il fulcro della motivazione sul punto ruota attorno alla differenza concettuale tra “atti necessitati” e “ordinanze necessitate” già fatta propria dalla Corte nella sentenza n. 4 del 1977¹⁸⁵. Mentre i d.P.C.M., in quanto atti a contenuto tipizzato, sarebbero assimilabili ai primi, le ordinanze di Protezione civile, a contenuto libero, sarebbero affini alle seconde. I d.P.C.M. attuativi dei vari decreti-legge “pandemici” non corrispondono, quindi, alle ordinanze di cui al Codice di Protezione civile, dato che, secondo la Corte, sarebbe

¹⁸² Per tale tesi, in primo luogo, E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell’emergenza virale da Coronavirus*, in *Biolaw Journal*, 1, 2020, 97; M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 18 marzo 2020. Nonché M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., 123; A. MAZZOLA, *Il sistema delle fonti*, cit., 13.

¹⁸³ R. ROMBOLI, *L’incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, cit., 524; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., 568.

¹⁸⁴ Da qui la posizione chiara di A. ARCURI, *La Corte costituzionale salva i d.P.C.M. e la gestione della pandemia*, cit., che, sulla scorta della lettura della decisione, sostiene che «i d.P.C.M. del “covid-19”, infatti, sono atti che non hanno né l’aspetto esteriore del sotto-tipo particolare e positivo (le ordinanze disciplinate dal Codice di Protezione), mancandone tutti gli elementi essenziali: il *nomen*, l’indicazione delle norme a cui si intende derogare e la motivazione (che a rigor di codice dovrebbe pure essere esaustiva), né tanto meno hanno – ed è questo il punto davvero importante – la natura e la sostanza del tipo generale (ordinanze contingibili e urgenti), essendo atti (normativi o meno) che attuano fonti primarie senza derogare ad alcuna norma di legge». Cfr. altresì O. SPATARO, *Stato di emergenza e legalità costituzionale alla prova della pandemia*, in *Federalismi.it*, 11, 2022, 180.

¹⁸⁵ Secondo la Corte entrambi avrebbero come «come presupposto l’urgente necessità del provvedere, “ma i primi, emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto; le altre, nell’esplicazione di poteri soltanto genericamente prefigurati dalle norme che li attribuiscono e perciò suscettibili di assumere vario contenuto, per adeguarsi duttilmente alle mutevoli situazioni”».

confermato dalla circostanza che nelle premesse dell'atto è al più richiamata la dichiarazione dello stato di emergenza, ma poi è immediatamente specificato che lo scopo dell'atto è quello di dare attuazione alle disposizioni dei decreti-legge e non del d.lgs. n. 1 del 2018.

Residua all'esito della decisione appena richiamata un dubbio che concerne la possibilità di configurare il sistema delle fonti usate durante l'emergenza come "tipico" ovvero "atipico". In dottrina erano state segnalate le aporie di un sistema che non sembrava avere precedenti nell'esperienza dell'ordinamento italiano¹⁸⁶. La Corte, infatti, non usa mai tale aggettivo per connotare la produzione giuridica pandemica, ma si limita a ricondurla ad un modello "alternativo", comunque conforme al dettato costituzionale.

Anche se non sono mancate voci critiche¹⁸⁷, il dibattito intorno alla tipicità della produzione del diritto secondo il binomio decreto-legge/d.P.C.M. è stato chiuso dalla Corte secondo un approccio piuttosto pragmatico, le cui conclusioni apparivano, invero, prevedibili, perché già formulate tra le righe della precedente sentenza n. 37 del 2021, con cui era stata risolta a favore dello Stato la controversia sulla competenza legislativa nella "materia pandemica".

Secondo i Giudici della Consulta, il modello della Protezione civile, pur positivamente determinato, non sarebbe l'unico conforme a Costituzione e, per di più, non godrebbe del fondamento in una fonte rinforzata. Ciò non precluderebbe al legislatore di ricorrere ad una diversa modalità di risposta normativa in situazioni di emergenza, qualora dovesse apparire più adeguata alle esigenze del caso, come ha fatto ricorrendo ad un sistema che si basa su una limitazione generale disposta con fonte primaria (il decreto-legge) e una specifica esecuzione delle sue disposizioni rimessa alla fonte amministrativa (il d.P.C.M.).

Tale modello è, infine, ritenuto aderente al quadro costituzionale¹⁸⁸ perché non vi sarebbe stata alcuna surrettizia delega del potere legislativo in capo al Presidente del Consiglio, in violazione degli artt. 76 e 77 Cost., né quest'ultimo avrebbe illegittimamente esercitato poteri straordinari in contrasto con le garanzie dell'art. 78 Cost. La legittimità dell'uso del d.P.C.M. viene, quindi,

¹⁸⁶ Ad esempio, A. CARDONE, *Il baratro della necessità*, cit., 337, ha osservato che il ricorso ad un sistema così innovativo «abbia prodotto una "mela avvelenata", che è consistita, da un lato, nel porre sotto un'insostenibile tensione il principio di legalità in senso formale e sostanziale, dall'altro, nell'infilarsi nel vicolo cieco cui conduce il sottostimare le caratteristiche strutturali della contingibilità e dell'urgenza». I. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali*, cit., 139, ha invece rilevato come quella seguita ai tempi del Covid sia stata una "inusuale" tecnica di produzione del diritto.

¹⁸⁷ A. LAMBERTI, *La Corte costituzionale e il salvataggio forzato dei D.P.C.M.: osservazioni a margine di Corte cost., sent. n. 198/2021*, in *Corti supreme e salute*, 1, 2022, 9 ss.

¹⁸⁸ In questo senso già U. DE SIERVO, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, Fascicolo speciale, 2020, 310 ss.

ricondotta alla sua natura meramente esecutiva, la quale gli impedirebbe di ampliare il quadro delle limitazioni oltre ciò che è disposto con decreto-legge¹⁸⁹.

Il problematico utilizzo del d.P.C.M. è emerso con tutta evidenza sin dal momento in cui tale fonte ha fatto la sua comparsa sulla “scena” ordinamentale a partire dal d.l. n. 6 del 2020¹⁹⁰. In questo atto, che per la prima volta accenna all’eventualità che il Presidente del Consiglio possa adottare «ulteriori misure di contenimento dell’emergenza», difettano tutti quegli elementi che sono tipici di una fonte principale nel suo rapporto con una esecutiva. Non definisce i principi a cui l’atto esecutivo deve attenersi, non specifica le modalità procedurali della sua adozione, dispone limitazioni dai contorni piuttosto indefiniti, rimettendone la concreta determinazione solo all’atto esecutivo e preclude ogni forma di intervento parlamentare sulle misure concretamente adottate.

Un tentativo di rimediare a tali palesi lacune nella disciplina di un modello tanto innovativo si è reso necessario già con il decreto-legge immediatamente successivo, frutto di una meditazione sicuramente più accorta del primo. Con d.l. n. 19 del 2020, infatti, è sancito che le misure emergenziali debbano attenersi ai principi di proporzionalità e adeguatezza al rischio. Inoltre, proprio in ragione della particolare connessione all’evoluzione dello stato di fatto, le misure sono adottate per un periodo non superiore a trenta giorni. Il Governo definisce, poi, la procedura da seguire per l’adozione dei d.P.C.M.: su proposta del Ministro della Salute, sentiti i Ministri dell’interno, della difesa, dell’economia e delle finanze, nonché altri ministri competenti per materia e i Presidenti delle Regioni interessate.

Infine, prevede un doppio sistema di “parlamentarizzazione” dei d.P.C.M., sia attraverso una forma di interlocuzione successiva – con obbligo di trasmissione del d.P.C.M. alle Camere e di riferire alle stesse ogni quindici giorni sulle misure adottate – sia preventiva – con illustrazione dei provvedimenti da adottarsi da parte del Presidente del Consiglio, al fine di tener conto degli indirizzi formulati. Meccanismo che però non sarebbe sufficiente a recuperare il primato parlamentare sul piano della produzione del diritto¹⁹¹.

¹⁸⁹ Dubbi su tale profilo in E. FURNO, *Costituzione, fonti del diritto ed ordinanze emergenziali*, cit., 306.

¹⁹⁰ I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione giuridica*, 18 marzo 2020.

¹⁹¹ A. RUGGERI, *Il Coronavirus, la sofferta tenuta dell’assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta Online*, 1/2020, 126, ha sottolineato che il Parlamento non ha la possibilità di apportare emendamenti o di incidere sulla conversione di tali atti, ma soltanto di fornire “indirizzi” non si sa fino a che punto in grado di influenzare le scelte dell’esecutivo. Dubbi sulla effettiva vincolatività degli indirizzi anche in R. MAZZA, *La “parlamentarizzazione” dell’emergenza Covid-19 tra norme e prassi*, in *Federalismi.it*, 12, 2021, 160 s. Anche N. LUPO, *Il Parlamento*

Nella prassi, quindi, il d.P.C.M. finisce per atteggiarsi come fonte “co-primaria” in quanto, formalmente mantiene natura amministrativa, ma materialmente tocca diritti la cui limitazione è normalmente coperta da riserva di legge. La connotazione “co-primaria” deriverebbe dalla previsione di un controllo parlamentare estremamente blando, legato esclusivamente alla conversione dei decreti-legge e alla prassi della comunicazione, che consentirebbero al d.P.C.M. di entrare in vigore ben prima della conversione, spesso sulla base di indicazioni estremamente vaghe contenute nei decreti-legge abilitanti, al limite della “delega in bianco”. Non si tratta atti amministrativi nel senso materiale del termine, perché la loro natura normativa è innegabile, analogamente ai regolamenti, rispetto ai quali però scontano un grado ancora minore di incidenza parlamentare. I d.P.C.M. finiscono, quindi, per integrare i contenuti dei decreti-legge su un piano “quasi paritario”, assumendo una natura ibrida che, da una parte li vede incidere su diritti coperti spesso da una riserva di legge rinforzata, dall'altra li assoggetta solo al sindacato del giudice comune, ma non della Corte costituzionale¹⁹².

Resta, infine, un ultimo profilo critico, che trascende il piano delle fonti, collocandosi piuttosto su quello dell'equilibrio tra i poteri. L'adozione di atti “monocratici”, come i d.P.C.M., determinerebbe un più forte accentramento della gestione della pandemia non solo nell'esecutivo, ma nel Presidente del consiglio, con una evidente “verticizzazione” del potere, che normalmente si accompagna ai fenomeni emergenziali¹⁹³. L'uso di tale fonte potrebbe anche porsi come sintomo di debolezza dell'Esecutivo rispetto alla maggioranza parlamentare e, a sua volta, del Presidente del Consiglio nella compagine governativa¹⁹⁴, aspetto che porterebbe a preferire nella gestione della pandemia il ricorso a un atto che non deve passare dal vaglio della conversione o dalla collegialità del Consiglio dei Ministri. Tuttavia, questa scelta potrebbe

nell'emergenza pandemica, tra rischio di autoemarginazione e “finestra di opportunità”, in V. LIPPOLIS, N. LUPO (a cura di), Il Filangieri, Il Parlamento nell'emergenza pandemica, Quaderno 2020, 156, ha rilevato che tale meccanismo si è rivelato troppo “pesante” e, quindi, inefficace. Di soluzione “penalizzante” per le Camere parla P. CARETTI, I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di Stato, in Osservatorio sulle fonti, 2020, 297.

¹⁹² Inoltre, non si è mancato di evidenziare che, talvolta, i d.P.C.M. assumano a loro volta la natura di “fonti sulla produzione” ove rinviano a ordinanze ministeriali per la concreta specificazione delle limitazioni previste (ad esempio, nel caso della determinazione delle c.d. Zone rosse). La conformità al principio di legalità di tale soluzione sarebbe estremamente dubbia, in quanto la fonte abilitate l'adozione di un atto amministrativo (l'ordinanza) sarebbe collocata in un atto non assimilabile alla legge (il d.P.C.M.). I. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali*, cit., 142.

¹⁹³ M.A. GLIATTA, *Brevi considerazioni sull'uso dei D.P.C.M. nella gestione dell'emergenza sanitaria*, in G. PALMIERI (a cura di), *Oltre la pandemia*, I, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, 961; C.A. CIARALLI, *Protagonismo governativo ed alterazione del sistema delle fonti del diritto: nuovi equilibri in tempo d'emergenza?*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2022, 77 ss.

¹⁹⁴ M. BELLETTI, *La “confusione” nel sistema delle fonti*, cit., 21.

rinvenire la propria giustificazione anche in una eccezionale esigenza di celerità nell'adattamento delle misure, difficile da conseguire attraverso atti di natura collegiale, e strettamente connessa alle peculiarità di dimensione globale e mutevolezza che caratterizzano la pandemia.

Tale ultimo aspetto consente di chiudere questa lunga parentesi sulle vicende dell'ordinamento nazionale che, per il peso avuto nel dibattito dottrinale recente, non potevano essere ignorate. Tuttavia, consente anche di tracciare una linea tra le vicende del sistema nazionale delle fonti e quelle relative alla dimensione globale e sovranazionale della pandemia. Per rientrare nel filo del discorso, dopo quest'ampia digressione, si può porre un interrogativo, se sia stata l'esistenza di fattori "esogeni" (o sovranazionali) a indurre la scelta di utilizzare un modello normativo del tipo descritto, vale a dire, se l'eccezionale straordinarietà del caso dipende anche dalla sua connotazione globale e dall'impreparazione dell'ordinamento nazionale a dare risposte adeguatamente pronte secondo i consueti schemi.

Non sembra possibile ricavare dai dati empirici a disposizione elementi che permettano di stabilire con certezza una diretta connessione tra questi profili, ovvero se la scelta di un modello innovativo di produzione giuridica sia stata indotta dalle caratteristiche globali dell'emergenza piuttosto che da carenze strutturali del sistema delle fonti. Tuttavia, l'articolazione del piano delle competenze a livello sovranazionale (in particolare europeo) sembra aver rimesso al centro della produzione giuridica lo Stato; quest'ultimo, che negli anni ha visto progressivamente ridursi la propria attività normativa a favore di istituzioni sovranazionali e che nel campo dei diritti di rilievo puramente interno ha dimostrato una estrema lentezza (sono emblematiche le vicende che hanno accompagnato il noto "caso Cappato", con la mancata "risposta" del legislatore al monito della Corte costituzionale nel termine che questa aveva fissato), è stato recentemente "costretto" a fare tutto e subito, denotando – allo stesso tempo – grande capacità e volontà di reazione (si direbbe oggi, resilienza), ma anche notevoli carenze strutturali sul piano dell'adeguatezza del sistema delle fonti vigente (inteso in senso materiale) a rispondere ai contesti emergenziali senza ricorrere agli artifici della "atipicità" (o, come la chiama la Corte, della "alternatività").

8. La risposta europea alla crisi post-pandemica. Di nuovo sulla crisi economica, ma con un mutamento di paradigma

Come si è avuto modo di scrivere in precedenza (v. *retro*, par. 5), uno degli aspetti peculiari della pandemia è quello di condensare in un unico evento sia elementi puramente emergenziali, sia elementi tipici della crisi, soprattutto sul

versante delle conseguenze economiche post-pandemiche¹⁹⁵. Sulla base delle precisazioni fatte in apertura, queste possono richiedere interventi ben diversi da quelli emergenziali in senso stretto, con riforme di sistema, nelle quali gioca un ruolo di primo piano il diritto sovranazionale per la dimensione globale della crisi¹⁹⁶. Per tale ragione è interessante porre a raffronto l'esperienza più recente della crisi post-pandemica con quella della crisi economica, per verificare se ci sono elementi di affinità (legati, ad esempio, ai “vincoli” e alle “condizioni” alla produzione normativa nazionale) o elementi di differenza (per lo più legati all'approccio, ai tempi o al tipo di condizioni imposte)¹⁹⁷.

La precedente esperienza della risposta alla crisi economica si era caratterizzata per un approccio di estremo rigore nei confronti di alcuni Stati, basti pensare al sistema di regole comuni che questi erano tenuti ad osservare per raggiungere determinati fini di bilancio e al “severo” regime di condizioni e sanzioni che i vari atti adottati (ad esempio i due *Packs*) prevedevano, è stato però osservato come il rigore non abbia sul medio-lungo periodo favorito la crescita, con effetti contrari a quelli che si volevano realizzare e, per di più, con una contrazione delle garanzie sul piano dei diritti sociali cui non si è associata una apprezzabile integrazione finanziaria e un rilancio delle crescita adeguato¹⁹⁸.

Una maggiore consapevolezza dei possibili effetti negativi legati a un approccio rigido nelle misure ha portato, nella gestione delle conseguenze economiche della pandemia a livello europeo, ad una svolta rispetto al passato, con misure che focalizzano l'attenzione più sul rilancio che sui bilanci ed un quadro maggiormente permeato dal principio di solidarietà¹⁹⁹. Ciò ha

¹⁹⁵ L'aspetto concernente le risposte economiche e il suo impatto sulla tenuta delle istituzioni democratiche è analizzato in chiave critica da E. BRANCACCIO, *Democrazia sotto assedio*, Piemme, Milano, 2022.

¹⁹⁶ Come, infatti, ha osservato A. RIVIEZZO, *Fonti dell'emergenza e Costituzione economica*, cit., 130 s., le crisi economiche, anche se hanno un impatto sociale significativo non ne intaccano i fondamenti da un punto di vista istituzionale o giuridico, al più favoriscono la maturazione di una maggiore consapevolezza circa la necessità di dar vita a nuovi e diversi progetti sociali, obiettivo perseguibile soltanto attraverso riforme di carattere strutturale.

¹⁹⁷ Nel porre a raffronto le due crisi A. PISANESCHI, *Dalla crisi Lehmann Brother alla crisi Covid. Istituzioni europee e regolazione bancaria alla prova dello stress test*, in *Federalismi.it*, 7, 2022, 247, ha rilevato una notevole differenza di risposta delle istituzioni europee di fronte a questi eventi, con una tempestività e una efficacia sensibilmente maggiore nella più recente, avendo probabilmente fatto tesoro degli errori del passato.

¹⁹⁸ R. PEREZ, *La crisi del debito pubblico*, cit., 691.

¹⁹⁹ Numerose iniziative adottate in reazione alla pandemia (ad esempio, le due iniziative di investimento CRII e CRII+ con somme da destinare ai servizi sanitari nazionali; il PEPP per l'acquisto, tramite banche centrali, di titoli pubblici e privati fino a 750 miliardi di Euro; il sostegno SURE per mitigare il rischio del calo di occupazione e, soprattutto, il programma *Next Generation EU*), segnano un deciso cambio di rotta rispetto alla crisi economica (cui si è accompagnata la successiva crisi dei debiti sovrani). La direzione è sempre più quella del passaggio dai prestiti condizionati a forme combinate di sussidi più prestiti del *Next Generation EU*, strumento realmente innovativo e

condotto all'adozione di misure inedite²⁰⁰. Pertanto si può osservare che – sul piano delle fonti – mentre la precedente esperienza della crisi si è tradotta in un considerevole numero di vincoli, che hanno inciso anche sul testo costituzionale, questi hanno prodotto benefici concreti forse inferiori a quelli attesi.

Alla radice di un approccio poco solidaristico nella gestione della crisi economica c'è stata una scarsa valorizzazione dell'impatto asimmetrico del fenomeno. Ciò ha portato ad improntare i rapporti tra Unione e Stati secondo criteri “antagonisti”, identificando, a seconda del caso, Stati “virtuosi” e Stati “debitori”. Tra l'altro, la frammentazione è stata acuita dalle differenze di regime che hanno riguardato, ad esempio sul Patto di stabilità, i Paesi dell'Eurozona rispetto agli altri²⁰¹. Anche nel caso delle misure adottate per fronteggiare la crisi post-pandemica, come ad esempio per l'approvazione del programma *Next Generation EU*, si è registrato un iniziale approccio divisivo, che ha reso particolarmente complessi i negoziati, con varie forme di differenziazione, oltre a quelle tradizionali tra Stati frugali e non, sono emerse quelle tra Stati osservanti dei principi dello “stato di diritto” e Stati che denotavano qualche lacuna su questo versante²⁰². A fronte di ciò, però, si è registrata una risposta europea innovativa. Senza l'intervento attivo dell'Unione, che si è mossa nella direzione di «un vero bilancio pluriennale europeo, con il riconoscimento dell'importanza di obiettivi strategici comuni concernenti i beni pubblici europei, con risorse proprie per conseguirli, con la capacità di emettere titoli della UE, di fare una politica economica europea per contrastare la recessione e preparare un futuro migliore per le nuove generazioni», probabilmente non ci sarebbe stata una ripresa in termini piuttosto rapidi (quantomeno dalla pandemia)²⁰³, con una tendenziale maggiore omogeneità della crescita a livello degli Stati membri e una maggiore integrazione dopo la crisi²⁰⁴.

Il quadro degli interventi europei in reazione alla crisi pandemica è davvero imponente, sia per entità economica che per complessità dei progetti, per cui è opportuno darne conto in maniera molto sommaria, senza indugiare eccessivamente sugli aspetti di contenuto che porterebbero fuori dal tema che

«conforme al paradigma della solidarietà sia emergenziale sia riequilibratoria nella distribuzione, nell'utilizzo e nella restituzione dei fondi, rispetto a strumenti [...] basati sulla logica dei prestiti variamente condizionati da restituire in tempi abbastanza brevi». Così G. MORGESE, *Solidarietà di fatto... e di diritto*, cit., 111 s. Cfr. G. PITRUZZELLA, *Next Generation Eu, the Principle of Solidarity and the Responsibility of the Member States*, in *Passaggi costituzionali*, 2, 2021, 11 ss.

²⁰⁰ E. PAPARELLA, *Crisi da Covid-19 e Unione europea*, cit., 178.

²⁰¹ I. CIOLLI, *I Paesi dell'Eurozona e i vincoli di bilancio*, cit., 4.

²⁰² A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico «normativo»?», in *Federalismi.it*, 4, 2022, 239; A. MARTINELLI, *L'Unione Europea di fronte alla pandemia Covid-19*, in *Federalismi.it*, 4, 2022, 547.*

²⁰³ A. MARTINELLI, *L'Unione Europea di fronte alla pandemia Covid-19*, cit., 544.

²⁰⁴ A. PISANESCHI, *Dalla crisi Lehmann Brother alla crisi Covid*, cit., 258.

si vuole svolgere.

Si devono segnalare al riguardo il programma di acquisto di titoli di debito per l'emergenza pandemica (PEPP), attraverso il quale la BCE finanzia gli scostamenti di bilancio necessari per le misure di controllo della pandemia. Congiuntamente a questo, l'attivazione della "clausola di salvaguardia" del Patto di stabilità e crescita, per consentire agli Stati di incrementare la spesa pubblica senza rischiare una procedura per deficit eccessivo, a fronte di eventi non controllabili che richiedono maggiore flessibilità economica. Al fine di favorire la ripresa economica degli Stati europei è stato predisposto un apposito *Pandemic Crisis Support* (nell'ambito del programma MES), che mette a disposizione degli Stati fondi a credito soggetti all'unica condizione del loro investimento in spese sanitarie o per il contrasto della diffusione del Covid-19. Inoltre, per contenere l'impatto della crisi pandemica nel mondo del lavoro è predisposto il meccanismo SURE, che consiste in forme di finanziamento per la riduzione dell'orario di lavoro o altre misure di protezione dell'occupazione e della potenziale perdita di reddito²⁰⁵.

Ma il programma certamente più significativo, sia per dimensioni che per innovatività, è quello relativo al *Next Generation EU*, un piano economico per la promozione degli investimenti in settori strategici. Si tratta di un accordo, raggiunto nell'ambito del Consiglio dei capi di stato e di governo UE il 21 luglio 2020, che prevede una dotazione di 750 miliardi di Euro, reperiti attraverso la contrazione di prestiti sui mercati, che si inserisce nell'ambito dell'integrazione del Quadro finanziario pluriennale 2021-2027.

L'importo così stanziato è diretto a finanziare, in netta prevalenza, il c.d. *Recovery Fund*, per una somma complessiva di 672,5 miliardi di Euro di cui 312,5 erogati sotto forma di sussidi agli Stati e 360 sotto forma di prestiti. Si tratta del principale, ma non unico²⁰⁶, strumento finanziario per l'attuazione degli obiettivi del *Next Generation EU* ed è quello che maggiormente interessa questo lavoro, perché in grado di incidere maggiormente sul profilo della produzione normativa degli ordinamenti nazionali. Come è stato opportunamente osservato, questo piano non ha un significato puramente economico, ma corrisponde ad un preciso progetto politico ove alla ripresa viene associata l'implementazione dei valori europei e dei diritti fondamentali negli

²⁰⁵ Per indicazioni più dettagliate si rinvia a R. CABAZZI, E. COSTANZO, *La pandemia e i suoi lasciti*, cit., 17 ss.; S. MANGIAMELI, *Covid-19 e Unione europea*, cit., 570 ss.; G. MORGESE, *Solidarietà di fatto... e di diritto*, cit., 100 ss.

²⁰⁶ In totale i programmi sono 7. Oltre al già citato *Recovery Fund* (RRF da *Recovery and Resilience Facility*), gli altri programmi sono: il *ReactUE* per il rafforzamento della politica di coesione; il *RescEU* per i programmi di protezione civile; il programma *Horizon EU* per la ricerca e l'innovazione; il *Just Transition Fund* per il sostegno al passaggio a un'economica sostenibile; il *Rural Development* per lo sviluppo delle zone rurali, e l'*InvestEU* per il sostegno agli investimenti in Europa.

Stati membri che accedono al Fondo²⁰⁷.

Per quanto concerne il quadro delle fonti di livello europeo che ha accompagnato l'approvazione del *Next Generation EU* esso si presenta particolarmente articolato. Alla proposta della Commissione del 27 maggio 2020, cui è seguita la decisione del Consiglio dei capi di Stato e di Governo del 21 luglio 2020, hanno dato attuazione una pluralità di atti, tutti essenzialmente riconducibili al diritto dell'Unione. Il percorso ha, infatti, visto una prima approvazione, il 17 settembre 2020, delle linee guida per l'attuazione del *Recovery Fund* da parte della Commissione. A queste hanno fatto seguito atti di diritto primario, in particolare i tre Regolamenti del dicembre 2020, rispettivamente nn. 2092, 2093 e 2094, i quali hanno definito il regime delle condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione, stabilito il quadro finanziario pluriennale per il periodo 2021-2027, istituito uno strumento dell'Unione europea per la ripresa, a sostegno alla ripresa dell'economia dopo la crisi COVID-19 (in sostanza, l'articolazione del quadro di finanziamenti e prestiti legato al *Next Generation EU*). Infine, con il Regolamento 2021/241, approvato da Parlamento e Consiglio, è stato determinato il dispositivo per la ripresa e la resilienza (il *Recovery Fund*), sulla cui base dovranno essere presentati i PNRR degli Stati membri.

Tale quadro consente di fare due rapide riflessioni in tema di fonti del diritto, una dal versante propriamente europeo, in rapporto alla precedente esperienza, l'altro sull'impatto che questo produce nel diritto nazionale.

Quanto al primo aspetto, occorre segnalare che, malgrado le notevoli difficoltà iniziali²⁰⁸ – comprensibili, in un certo senso, in ragione del momento “epocale” di svolta economica che si è presentato all'indomani della pandemia e delle differenze di fondo tra Stati, mai superate realmente – si è avuto un recupero deciso del metodo “comunitario” rispetto alla precedente esperienza, in cui la risposta era stata prevalentemente affidata a trattati

²⁰⁷ S. MANGIAMELI, *Covid-19 e Unione europea*, cit., 579. Indicativo di tale apporto alla crescita “trasversale” è l'individuazione delle aree di intervento e priorità del *Recovery Fund*, i sei pilastri indicati dal considerando 10 del Regolamento 2021/241: « 1) transizione verde, compresa la biodiversità; 2) trasformazione digitale; 3) crescita intelligente, sostenibile e inclusiva (occupazione, ricerca, sviluppo e innovazione); 4) coesione sociale e territoriale; 5) salute e resilienza economica, sociale e istituzionale; 6) politiche per la prossima generazione, infanzia e gioventù, incluse l'istruzione e le competenze». Vedi A. MARTINELLI, *L'Unione Europea di fronte alla pandemia Covid-19*, cit., 553.

²⁰⁸ Cfr. E. PAPARELLA, *Crisi da Covid-19 e Unione europea*, cit., 178. Si consideri che, però, tale contributo usciva in pubblicazione poco prima che si giungesse all'approvazione dei Regolamenti istitutivi del *Next Generation EU*, quindi teneva presenti gli esiti positivi, ma articolati, dei negoziati ultimati a luglio 2020.

internazionali e al metodo “intergovernativo”²⁰⁹.

Anche a fronte di alcune “carenze istituzionali”, rilevate con l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la risposta europea alla crisi economica aveva registrato una sorta di “fuga dai Trattati” e, quindi, dal metodo “comunitario”²¹⁰. Di fronte alla crisi pandemica, invece, al metodo intergovernativo che ha caratterizzato la prima fase dei negoziati sull’elaborazione del *Recovery Fund* e, soprattutto, nella definizione delle “condizionalità”, si è affiancato in maniera decisa il metodo comunitario che ha trovato riscontro nell’adozione degli atti regolamentari sopra citati. Nonostante la complessità dei raccordi tra istituzioni, in ragione della procedura di codecisione utilizzata, si è registrato il pieno coinvolgimento di Commissione, Parlamento e Consiglio, con la Commissione chiamata a svolgere un importante ruolo propulsivo e il Parlamento e il Consiglio impegnati nel legiferare. Ma non solo, Commissione, Parlamento e Consiglio sono chiamati ad intervenire attivamente anche nella fase esecutiva del piano (si pensi che la Commissione è chiamata a svolgere la valutazione dei Piani nazionali, la cui approvazione spetta al Consiglio; ovvero, alla circostanza che sia la Commissione a presentare al Consiglio le proposte di sospensione per violazione delle condizionalità e quest’ultimo le delibera; inoltre, il Parlamento conserva un ruolo di supervisione sull’attuazione del Piano per l’intera durata, beneficiando dell’invio di relazioni e documentazione sui piani).

Come già detto nelle premesse, al livello sovranazionale ed europeo le novità maggiori si collocano sul piano dell’azione, piuttosto che su quello delle fonti in senso stretto, proprio a tale riguardo è possibile rilevare profili che si intrecciano con quanto più approfonditamente trattato in altre relazioni di questo convegno, su tutte quella di Anna Alberti sui vincoli finanziari e quella di Fabio Pacini sul *soft law*.

Accanto agli atti di *soft law* e alle varie “linee guida”, “raccomandazioni” e “atti di indirizzo”, però, l’impianto del *Next Generation EU* è affidato ad atti tipici del diritto dell’Unione, dotati di effetti pienamente vincolanti, che conformano i margini di manovra degli Stati e condizionano la produzione giuridica nazionale.

8.1. L’impatto dell’attuazione del PNRR sul sistema nazionale: tra riforme, condizionalità e fonti

La procedura per la presentazione dei Piani nazionali è definita dagli artt. 17

²⁰⁹ Sull’utilizzo della procedura di codecisione e sul ruolo che assolvono Commissione, Consiglio e Parlamento nell’attuazione del *Recovery Fund* cfr. A. MARTINELLI, *L’Unione Europea di fronte alla pandemia Covid-19*, cit., 551 e 563.

²¹⁰ S. MANGIAMELI, *Covid-19 e Unione europea*, cit., 562.

ss. del Regolamento 2021/241. Gli Stati membri che desiderano accedere ai finanziamenti presentano la propria domanda alla Commissione (entro il 30 aprile 2021), tenendo presenti le *Raccomandazioni specifiche per Paese* elaborate nell'ambito del Semestre europeo. La Commissione è chiamata a valutare il Piano (nonché il suo aggiornamento), indicando anche l'importo del finanziamento da assegnare allo Stato, e a formulare al Consiglio una proposta di decisione di esecuzione entro due mesi dalla presentazione del Piano. L'approvazione del Piano è rimessa al Consiglio, il quale tiene conto dei criteri definiti dall'art. 19, par. 3, del Regolamento (in particolare, pertinenza, efficacia, efficienza e coerenza). La possibilità di fruire dei finanziamenti di cui al *Recovery Fund* è subordinata all'adozione di una serie di misure di sana *governance* economica (secondo l'art. 10 del Regolamento)²¹¹, tuttavia, l'aspetto di maggior rilievo, sul quale si vuole soffermare l'attenzione, riguarda le nuove "condizionalità", quelle introdotte dal Regolamento 2020/2092 sul rispetto dello stato di diritto, al quale l'art. 8 del Regolamento 2021/241 fa espresso rinvio.

Questo sembra essere l'aspetto di maggiore evidenza circa l'influenza del diritto sovranazionale su quello nazionale nell'ambito che si sta trattando, in quanto è in grado di orientare in maniera significativa la produzione giuridica nazionale, ma attraverso una serie di vincoli che acquistano un significato diverso da quello, solitamente negativo, che si voleva loro attribuito in passato.

L'inserimento delle condizionalità sullo stato di diritto segna una evidente inversione di tendenza nel processo di integrazione e maggiore coesione europea, perché coglie l'occasione della congiuntura, e della conseguente risposta per la ripresa, per operare un riavvicinamento tra gli ordinamenti nazionali a valori particolarmente sensibili nel contesto europeo, cercando così di ridurre le differenze assiologiche che ancora sussistono tra i vari Stati. Si può dire, quindi che, oltre alle condizioni di carattere più strettamente economico, rilevano per le fonti del diritto quelle condizionalità "positive" che mirano a sfruttare l'occasione del rilancio economico per riforme nel senso di una piena realizzazione dei principi dello Stato di diritto²¹².

²¹¹ Sulle condizionalità economiche all'accesso al Recovery Fund si veda A. CONZUTTI, «In conditionality we trust». *Riflessioni sulle condizionalità macroeconomiche introdotte dal recovery and resilience facility*, in *Ambiente diritto*, 3, 2022, 1 ss.

²¹² S. TROILO, *La tutela dello Stato di diritto nell'Unione europea post Covid-19*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 4, 2021, 84, non ha mancato di sottolineare che il carattere fortemente innovativo della condizionalità sullo stato di diritto si associa ad alcuni profili limitativi che, in teoria, avrebbero potuto favorire un uso strumentale. In particolare, per superare l'opposizione di alcuni Stati (su tutti Polonia e Ungheria) il Consiglio ha concesso una dilazione temporale per l'operatività dei principi e, inoltre, gli stessi sono stati collegati alle esigenze di protezione del bilancio e degli interessi finanziari dell'Unione, per cui potevano prestarsi ad interpretazioni restrittive che ne avrebbero confinato l'applicabilità ai soli casi in cui dalla violazione di un principio fosse derivato l'effetto

Il Regolamento 2020/2092, all'art. 3, definisce i casi che integrano una violazione ai principi dello stato di diritto. Queste si riscontrano in tre ipotesi: «a) le minacce all'indipendenza della magistratura; b) l'omessa prevenzione, rettifica o sanzione delle decisioni arbitrarie o illegittime assunte da autorità pubbliche, incluse le autorità di contrasto, la mancata assegnazione di risorse finanziarie e umane a scapito del loro corretto funzionamento o il fatto di non garantire l'assenza di conflitti di interesse; c) la limitazione della disponibilità e dell'efficacia dei mezzi di ricorso, per esempio attraverso norme procedurali restrittive e la mancata esecuzione delle sentenze o la limitazione dell'efficacia delle indagini, delle azioni penali o delle sanzioni per violazioni del diritto»²¹³.

Ma l'aspetto più significativo risiede nella coerenza che si è voluta assegnare a tali principi, i quali non sono rimessi ad una mera accettazione volontaristica degli Stati, ma trovano proprio nell'accesso al Programma di finanziamenti un adeguato meccanismo sanzionatorio che è in grado di condizionare le scelte normativa degli Stati, anche a un livello puramente interno.

Sempre secondo il Regolamento, infatti, a norma dell'art. 5, la Commissione può “condannare” lo Stato alla sospensione totale o parziale dell'erogazione dei versamenti o al rimborso anticipato dei prestiti garantiti dal bilancio dell'Unione, nonché imporre il divieto di concludere nuovi accordi su prestiti garantiti ovvero la sospensione dell'approvazione dei Programmi. La procedura di irrogazione delle sanzioni è particolarmente analitica. Si apre con la notifica allo Stato membro degli elementi su cui si fonda la conclusione, con la concessione di un termine compreso tra uno e tre mesi per la presentazione delle proprie osservazioni e delle informazioni ulteriori richieste dalla Commissione. Entro un mese dal ricevimento delle osservazioni la Commissione può adottare una proposta di decisione di esecuzione e, ad ogni modo, nel caso in cui risolva in tal senso, deve dare allo Stato la possibilità di fornire osservazioni sulla proporzionalità della misura. L'adozione della decisione spetta al Consiglio, il quale, a maggioranza qualificata, può anche modificare la proposta della Commissione.

diretto di una lesione agli interessi finanziari e di bilancio europei. Sulle specifiche vicende di alcuni Stati si veda J. SAWICKI, *Il rispetto dello Stato di diritto come condizione generale per l'accesso al Recovery Fund. Il regolamento 2020/2092, «relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione», e l'arretramento democratico di Ungheria e Polonia*, in *Passaggi costituzionali*, 2/2021, 237 ss.

²¹³ È emblematico che uno degli ambiti più delicati ove di recente si sono confrontati le istituzioni europee con alcuni Stati nazionali sia proprio quello attinente la giustizia. Su tutte, la vicenda che ha portato la Corte costituzionale polacca all'attivazione dei “controlimiti” con la sentenza 7 ottobre 2021. Al riguardo si vedano C. SANNA, *Dalla violazione dello Stato di diritto alla negazione del primato del diritto dell'Unione sul diritto interno: le derive della “questione polacca”*, in *Eurojus.it*, 31 dicembre 2021; S. TROILO, *Controlimiti versus Stato di diritto? Gli esiti della giurisdizionalizzazione dello scontro fra Unione europea e Polonia sull'indipendenza della magistratura*, in *Consulta Online*, 1, 2022, 115 ss.

Le decisioni sulle misure sono temperate dalla possibilità di sottoporre a revisione le stesse o su richiesta dello Stato od officiosamente, al più tardi, entro un anno dalla loro adozione. Lo Stato, infatti, può sempre adottare misure correttive, dandone comunicazione alla Commissione, alla quale spetta valutare le misure adottate e, nel caso, formulare una proposta al Consiglio per la revoca delle sanzioni.

Le “nuove” condizionalità introdotte dal Regolamento 2020/2092 segnano una cesura rispetto al passato. Esse sono in grado di creare, analogamente alle condizionalità di natura economico-finanziaria, vincoli alla produzione giuridica degli Stati, tuttavia, il vincolo assume un ruolo diverso. Non è diretto a conseguire determinati interessi di tenuta dei bilanci nell’ambito dell’Unione, ma acquista un peso assiologico²¹⁴, in quanto i fini si connotano in termini di “valore”. In questo modo cambia anche il modo in cui le condizionalità vincolano le politiche e le fonti del diritto degli Stati. Pur essendo assistite da un regime sanzionatorio, le condizionalità sullo stato di diritto instaurano un rapporto diretto tra valore e fonte piuttosto che tra sanzione e fonte.

Nonostante le difficoltà che hanno interessato la transizione dal Governo Conte II al Governo Draghi, sotto il profilo dell’impostazione da dare al PNRR italiano, questo è stato presentato in data 30 aprile 2021, ottenendo l’approvazione il 13 luglio 2021. Prescindendo dalla complessa articolazione del Piano – basata su sei missioni, a loro volta articolate in diverse linee di intervento, e tre priorità trasversali²¹⁵ – che trascende in parte il tema affrontato, ciò che interessa maggiormente è il profilo del rapporto esistente tra obiettivi da raggiungere, tempi degli interventi e fonti del diritto da utilizzare. In base al cronoprogramma del 15 aprile 2022 sono indicate le misure legislative previste dal Piano nazionale di ripresa e resilienza italiano come risultante dalla decisione adottata dal Consiglio il 13 luglio 2021. Per ogni misura, infatti, sono indicati sia i tempi dell’attuazione sia gli strumenti normativi da utilizzare. Ne emerge in tal modo un’agenda estremamente fitta che va dal 2021 al 2026, con una mole significativa di misure normative della più disparata

²¹⁴ Significativa in questi termini è anche la definizione di “stato di diritto” cui allude il Regolamento 2020/2092, riportata al Considerando 3: «Lo Stato di diritto impone che tutti i pubblici poteri agiscano entro i limiti fissati dalla legge, in linea con i valori della democrazia e nel rispetto dei diritti fondamentali quali stabiliti nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e negli altri strumenti applicabili, sotto il controllo di organi giurisdizionali indipendenti e imparziali. Esso esige, in particolare, che i principi di legalità che sottendono un processo legislativo trasparente, responsabile, democratico e pluralistico; certezza del diritto; divieto di arbitrarietà del potere esecutivo; tutela giurisdizionale effettiva, compreso l’accesso alla giustizia, da parte di organi giurisdizionali indipendenti e imparziali; e separazione dei poteri debbano essere rispettati».

²¹⁵ Si rinvia per una trattazione più dettagliata ad A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana*, cit., 247 ss.

natura da adottare (dalle leggi alle leggi di delega, dai decreti-legge ai decreti legislativi).

In sintesi, ciò che maggiormente rileva in questa sede è verificare in quale misura fattori “esogeni” all’ordinamento nazionale (in tal caso il complesso quadro sui *Recovery Fund* e i PNRR) possano condizionare la modalità di produzione del diritto nazionale e, quindi, il sistema delle fonti nel suo complesso nei contesti di crisi.

La prima impressione che si può avere è che le condizioni legate ai PNRR abbiano avuto più un impatto sull’indirizzo politico che sulle fonti in senso stretto²¹⁶, andando a sostituire all’indirizzo politico nel senso tradizionale del termine un “indirizzo tecnico”. Tale osservazione parrebbe trovare un argomento a sostegno nell’ampiezza degli interventi di riforma prospettati che²¹⁷, toccando vari aspetti della vita economica e sociale del Paese, vedono una decisa integrazione del ruolo di propulsione dell’indirizzo politico del Governo ad opera di principi e vincoli determinati a livello europeo²¹⁸. Tuttavia, a ben vedere, non si tratta di un vincolo meramente politico, perché esiste una stretta interrelazione tra attuazione o modifiche del PNRR e approvazione da parte di Commissione e Consiglio, alla quale è subordinata l’erogazione delle sovvenzioni e dei prestiti, assoggettata inoltre a meccanismi sanzionatori che, per gli Stati, assumono il rango del vincolo giuridico²¹⁹.

Quale impatto quindi sul sistema delle fonti e sulla produzione del diritto a livello nazionale?

Il profilo delle fonti si intreccia con quello dell’indirizzo politico, nella misura in cui sono predeterminati sia gli obiettivi da raggiungere, sia i tempi per conseguirli. In questi termini il Governo si vedrebbe condizionato sui contenuti della propria azione, ma anche dalla necessità di rispettare scadenze imposte da circostanze esterne alla propria agenda. Inoltre, la mole di riforme

²¹⁶ M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Astrid rassegna*, 12, 2021, 11 s.

²¹⁷ Osserva, ad esempio, N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *Federalismi.it*, 1, 2022, V, che «lo spettro delle materie coperte dalle linee di intervento, in termini di riforme e investimenti, necessarie a conseguire questi traguardi e obiettivi non esaurisce ovviamente tutta l’attività normativa e amministrativa che i pubblici poteri possono porre in essere da qui al 2026, ma certo appare assai ampio e sfidante per qualsivoglia sistema politico e istituzionale». L’ampiezza dell’intervento ha indotto anche a richiamare una sorta di precedente a “modello”, individuato nelle c.d. “deleghe Amato” di cui alla l. n. 421 del 1992, cfr. N. LUPO, *La delega legislativa come strumento di coordinamento dell’attività normativa di Governo e Parlamento: le lezioni che si possono trarre dalla legge n. 421 del 1992 (anche ai fini dell’attuazione del PNRR)*, in *Amministrazione in cammino*, 5 gennaio 2022, 1 ss.

²¹⁸ Sull’incidenza che il livello sovranazionale produce su quello nazionale nella determinazione dell’indirizzo politico, proprio per il tramite dell’approvazione del PNRR si veda A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana*, cit., part. 260 s.

²¹⁹ N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., VI s.

programmata nel quinquennio 2021-2026 appare tale da incidere, anche su un piano puramente quantitativo, sulla consistenza e la complessità della produzione normativa²²⁰.

La combinazione di necessità e urgenza dell'azione riformatrice, unitamente alla vastità degli interventi, spinge ad attribuire un ruolo di primo piano, tra le fonti utilizzate, al decreto-legge²²¹. Aspetto che consente di formulare qualche osservazione di carattere sistematico.

Si è detto, in precedenza, come proprio l'uso del decreto-legge costituisca una sorta di *test* della produzione normativa dei periodi di crisi ed emergenza, potendo assolvere a funzioni completamente diverse a seconda della circostanza. Il decreto-legge della ripresa post-pandemia assolve, quindi, ad una funzione che è molto diversa da quella che gli si è attribuita durante la fase acuta della pandemia. Sembra, in un certo senso, recuperare la propria precedente dimensione – da fonte dell'emergenza a fonte dell'urgenza governativa – avente il fine di garantire una rapida attuazione dell'indirizzo politico-normativo, a maggior ragione quando questo è predeterminato nei contenuti e nei tempi dalle indicazioni provenienti dall'Europa mediante l'accesso al *Recovery*.

La scelta di ricorrere prevalentemente al decreto-legge come strumento di attuazione tempestiva delle riforme programmate, da una parte trova una giustificazione di carattere eminentemente pratico, ma dall'altra appare poco in linea con la tipologia di interventi posti in essere²²². Come si è più volte detto, gli interventi normativi delle crisi si distinguono da quelli emergenziali perché sono pensati per “durare” nel tempo; il loro fine non è quello di rimediare a transitorie alterazioni dei sistemi, ma di riformarli alla radice, per adeguarli a mutati contesti e perseguire scopi concreti, tendenzialmente – come nel caso in esame – di maggior efficienza, crescita economica e garanzia dei diritti. La crisi, in sostanza, non costituisce la causa degli interventi normativi, ma l'occasione.

Ciò metterebbe in evidenza ulteriori limiti del nostro sistema delle fonti, il

²²⁰ Proprio per una più efficiente gestione dell'intero impianto normativo da porre in essere, con d.l. n. 77 del 2021, il Governo si è dotato di alcune strutture di supporto, in particolare di una Unità di razionalizzazione e miglioramento della regolazione, presso il Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi, con la funzione di individuare possibili ostacoli normativi all'attuazione del PNRR ed elaborare un programma per la razionalizzazione della produzione normativa.

²²¹ A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana*, cit., 251.

²²² Un esempio estremamente significativo è quello relativo alla recentissima riforma del reclutamento universitario, che si innesta proprio su una disposizione inserita in un decreto-legge di attuazione del PNRR – per l'esattezza, l'art. 14 del d.l. n. 36 del 2022 – e che ha visto la produzione di un'ampia mole di emendamenti aggiuntivi proposti in sede di conversione, diretti nella sostanza a riconfigurare in maniera significativa l'intero sistema del passaggio dalla posizione di ricercatore ai ruoli di professore (recentemente entrata in vigore con l. 29 giugno 2022, n. 79).

quale denoterebbe ancora una volta l'incapacità di far fronte a riforme strutturali in tempi adeguati²²³. Questione di estrema attualità, se si riflette sulle vicende che stanno accompagnando la conversione del c.d. "Decreto PNRR 2" (d.l. 30 aprile 2022, n. 36), le quali hanno indotto i Capigruppo di maggioranza a indirizzare una lettera alla Presidente del Senato per manifestare la situazione di "disagio" in cui si svolgerebbero i lavori parlamentari, pressati dalle rigide procedure e dalle tassative scadenze del PNRR²²⁴.

I tempi serrati dell'azione normativa, poco consueti per i nostri organi legislativi, pongono poi una serie ulteriore di interrogativi. In primo luogo, la necessità di trovare un adeguato equilibrio tra le esigenze del confronto politico, che non possono mancare nemmeno all'interno di una maggioranza coesa di governo, con l'attuazione delle riforme nei tempi programmati. È verosimile, infatti, che una "eccessiva" conflittualità politica rischia di portare a conseguenze particolarmente gravi per la tenuta dell'intero sistema ove si dovessero tradurre in attività ostruzionistiche sulle riforme in grado di pregiudicare l'erogazione dei finanziamenti²²⁵. Potrebbe anche accadere il contrario, che il rispetto dei vincoli temporali assunti con il PNRR possa fungere da stimolo ad una più ampia coesione e ad una più rapida produzione normativa, anche se le vicende più recenti sembrano lasciare spiragli pessimistici al riguardo²²⁶.

Come conseguenza di ciò potrebbe aversi sia una produzione normativa "affrettata", che incide sulla qualità degli atti adottati²²⁷, sia un più frequente ricorso a prassi "distorte" nell'uso del decreto-legge, già note in passato, ma rivitalizzate dalla necessità di assolvere agli oneri assunti per percepire le rate

²²³ Per N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., VIII, lo stesso PNRR sembrerebbe preferire fonti diverse dal decreto-legge, più idonee a perseguire obiettivi generali.

²²⁴ Nella lettera, datata 23 giugno 2022, si sottolinea che la pressione temporale e procedimentale determinata dal PNRR avrebbe «creato una situazione d'eccezione caratterizzata da un sempre più massiccio ricorso ai decreti legge e alla questione di fiducia sullo sfondo di uno scivolamento di fatto del nostro bicameralismo paritario verso una anomala condizione di monocameralismo alternato». Alla luce di ciò il Parlamento avrebbe margini sempre più ristretti per esercitare la propria funzione costituzionale, a tutto vantaggio dei pareri di soggetti "tecnici" come la Ragioneria di Stato. Punto ripreso, tra l'altro, dalla successiva lettera della Presidente del Senato del 24 giugno 2022 indirizzata al Presidente del Consiglio.

²²⁵ G. DE MINICO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza. Una terra promessa*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2021, 138.

²²⁶ Si vedano, ad esempio, le "Raccomandazioni del Consiglio sul programma nazionale di riforma 2022 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2022 dell'Italia" del 23 maggio 2022, dove è sollecitato il progresso nell'attuazione del PNRR, in modo da rispettare tempi e obiettivi definiti dalla decisione di esecuzione del Consiglio del 13 luglio 2021. Raccomandazioni della Commissione che hanno sollevato reazioni non del tutto positive da parte di alcune forze politiche, le quali hanno – forse pretestuosamente – letto in esse una forma di predeterminazione dell'azione di matrice europea, sovrapposta all'autonomia dei parlamenti nazionali.

²²⁷ A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana*, cit., 237.

dei finanziamenti europei²²⁸.

9. Postilla: il ritorno della guerra in Europa come “nuovo” fattore emergenziale. Considerazioni minime sull’impatto sulle fonti, tra livello costituzionale e ordinario

L’imponente campagna vaccinale posta in essere in larga parte dei Paesi europei e le misure senza precedenti adottate per la ripresa economica avevano portato una ventata di ottimismo che aveva avuto i suoi riflessi, in primo luogo, sui mercati e la produzione, ma anche nelle analisi dottrinali²²⁹. Poi, attesa o meno che fosse (non è questa la sede per le analisi geopolitiche...), è tornata la guerra in Europa, con l’avvio della “operazione militare speciale” da parte dell’esercito russo in Ucraina, una “nuova” emergenza che si salda a quella in via di superamento.

Le vicende della guerra Ucraina devono indurre a riflettere su come è cambiato il mondo e sul ruolo che in esso può giocare l’Europa. Ancora una volta è stato palesato il superamento di un modello “duale” nei rapporti di forza a livello globale, un Mondo nuovo dove gli attori principali sono più di due, non solo dal punto di vista della forza militare, ma anche economica e tecnico-scientifica. Sulla scena hanno fatto la comparsa nuovi protagonisti globali, colossi dalle enormi potenzialità di sviluppo, per stare al passo dei quali l’Europa deve ripensare e rafforzare diversi profili della sua integrazione. Oltre alle politiche economico-fiscali, attenzione particolare dovrebbe essere riservata agli investimenti nello sviluppo, alle politiche energetiche e alla sicurezza, per non trovarsi in posizione subalterna rispetto ai competitori. Allo stesso tempo, però, deve affrontare una complessa sfida, che ha un rilievo propriamente giuridico-costituzionale, dimostrare la piena compatibilità di una maggiore integrazione con i capisaldi dello stato di diritto. È un aspetto che attiene anche al ruolo che, nel contesto europeo, va riconosciuto alle Costituzioni nazionali, nella prospettiva di uno sviluppo che, pur dovendo tenere il passo con altre “potenze”, deve sintetizzare coesione e investimenti con solidarietà e livello acquisito nella garanzia dei diritti²³⁰.

²²⁸ Si tratta, ad esempio, della sempre maggiore eterogeneità dei decreti-legge, del ricorso al maielementamento e alla questione di fiducia, dell’inserimento di emendamenti eterogenei in corso di conversione. Cfr. L. BARTOLUCCI, *Sull’opportunità di intraprendere un percorso di riforma del procedimento legislativo in tempo di Next generation EU*, in *Diritto pubblico europeo – Rassegna OnLine*, 2, 2021.

²²⁹ Ampiamente ottimistiche le considerazioni di A. MARTINELLI, *L’Unione Europea di fronte alla pandemia Covid-19*, cit., 544 s., nel suo scritto pubblicato soltanto ventidue giorni prima dello scoppio delle ostilità.

²³⁰ Di estrema attualità e interesse sul punto i contributi raccolti nel recente G. AZZARITI (a cura di), *Il costituzionalismo democratico moderno può sopravvivere alla guerra?*, Quaderni di Costituzionalismo.it Editoriale scientifica, Napoli, 2022.

Le recenti vicende belliche si configurano come eventi emergenziali per eccellenza²³¹, anche se il concetto di guerra, al giorno d'oggi, assume tratti più articolati e meno facilmente identificabili rispetto al passato, frutto dell'evolversi dei rapporti tra Stati a livello internazionale e dello svilupparsi di nuove tecniche di conflitto²³². E, per tale ragione, fenomeno che nella sua portata è in grado di connotarsi, con sempre maggiore evidenza, per le implicazioni sovranazionali.

Essa è, in un certo senso, anche fenomeno “nuovo”, condividendo tale carattere con la pandemia. Ciò però necessita di un chiarimento: guerre ed epidemie sono antiche quanto la storia umana, quindi definirle come fenomeni “nuovi” potrebbe apparire inappropriato; tuttavia “guerra” e “pandemia”, così come si sono affacciate negli ultimi anni in Europa, si sono riproposte come epifanie di un passato che sembrava ormai chiuso e destinato a non tornare, sia per il progresso della scienza e della medicina che faceva ritenere improbabile il ritorno di un'epidemia su larga scala, paragonabile a quella di “influenza spagnola” del 1918-1920, sia per il “calo” della tensione internazionale conseguente alla fine della “guerra fredda” e l'accesso a strumenti di risoluzione delle controversie tra Stati più efficaci e maggiormente condivisi rispetto al passato. A ben vedere ciò non è bastato e si è chiusa una stagione di relativa tranquillità globale.

Di fronte a un fenomeno di natura emergenziale la prima e consueta risposta dell'ordinamento è stata quella della dichiarazione dello stato di emergenza ad opera del Governo. Ad essere precisi, due diverse dichiarazioni, del 25 febbraio 2022 e del 28 febbraio 2022²³³. Ciò segna una sorta di “continuità emergenziale”, ove diversi contesti finiscono per sovrapporsi e saldarsi – se si pensa che il termine dell'altro precedente stato di emergenza pandemico è spirato soltanto il 31 marzo 2022 –, una continuità che, come si vedrà a breve,

²³¹ All'emergenza riconduce le crisi internazionali e i conflitti armati G.E. RUSCONI, *Crisi socio-politica*, cit., 634, sulla base di tre elementi: 1. La minaccia alla integrità dei valori; 2. L'inesistenza di margini diplomatici di risoluzione; 3. Il tempo ristretto di decisione.

²³² Come afferma G. DE VERGOTTINI, *La Costituzione e il ritorno della guerra*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2022, 8, la Costituzione non fornisce una definizione di guerra internazionale, ma, attraverso una “clausola in bianco”, preferisce rinviare alla nozione di guerra consolidata a livello internazionale in un dato momento storico. In sostanza «il concetto costituzionale di guerra non si cristallizza quindi necessariamente al momento iniziale delle determinazioni dei costituenti ma subisce adeguamenti seguendo l'evolversi dei rapporti politici e giuridici dei soggetti operanti nella comunità internazionale».

²³³ Il primo per “intervento all'estero in conseguenza del grave contesto emergenziale in atto nel territorio dell'Ucraina”, inizialmente dichiarato per la durata di tre mesi a decorrere dal 25 febbraio (quindi fino al 25 maggio) e successivamente prorogato, con delibera del 12 maggio 2022, fino al 31 dicembre 2022. Il secondo “in relazione all'esigenza di assicurare soccorso ed assistenza alla popolazione ucraina sul territorio nazionale in conseguenza della grave crisi internazionale in atto”, la cui scadenza è stata subito fissata al 31 dicembre 2022.

impatta anche sulla produzione giuridica nazionale, influenzata, ancora una volta, da fattori che trovano nel livello sovranazionale la loro origine.

Gli Stati hanno tradizionalmente manifestato una certa ritrosia alla dichiarazione degli stati di emergenza, tuttavia questa sembra ormai superata in Italia dall'accesso sempre più frequente allo strumento messo a disposizione del d.lgs. n. 1 del 2018, non solo nel contesto pandemico. Ciò, però, non è avvenuto per la dichiarazione dello stato di guerra ai sensi dell'art. 78 Cost., il quale è rimasto uno strumento a cui ricorrere soltanto in determinati casi "estremi" e, nella pratica, mai attivato²³⁴. A ben vedere, stato di emergenza e stato di guerra sono molto diversi per le conseguenze e per l'impatto che hanno sull'intero sistema delle fonti, tant'è vero che oggi – come si specificherà innanzi – con un nuovo stato di emergenza dichiarato per ragioni belliche, il modello seguito sembra essere, ancora una volta, quello che affida un ruolo di primo piano all'uso del decreto-legge, in parallelo all'adozione di ordinanze del Capo del Dipartimento di protezione civile ex d.lgs. n. 1 del 2018.

Va evidenziato come, durante la pandemia, non erano mancate proposte di estendere la disciplina dell'art. 78 Cost. anche al diverso contesto delle emergenze sanitarie²³⁵. Tuttavia, le posizioni manifestate dalla dottrina prevalente sono state di segno contrario²³⁶, così come sono state prevalenti le voci contro una riforma di tale disposizione che puntasse ad ampliarne la sfera di

²³⁴ P. CARNEVALE, *Guerra, Costituzione e legge. Qualche riflessione sul trattamento costituzionale della guerra anche alla luce della recente legge sulle missioni internazionali*, in P. CARNEVALE, E. GREPPI, K. ROUDIER, *Il diritto della Guerra e della Pace*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019, 38 ss., ritiene che sarebbero almeno tre le ragioni per cui il meccanismo dell'art. 78 Cost. non sia mai stato attivato: 1. Non ci sarebbe mai stata una guerra nel senso tradizionale del termine; 2. La legittimità dei conflitti, secondo l'interpretazione data all'art. 11 Cost., escluderebbe il ricorso alla dichiarazione dello stato di guerra; 3. L'art. 78 Cost. implicherebbe la scelta sullo stato di guerra come regime giuridico emergenziale, non la valutazione dell'*an* della guerra, come evento-fatto, la quale, secondo l'art. 11 Cost., può essere solo difensiva. A questi tre mi pare se ne possa aggiungere un quarto, ossia che la guerra a cui si riferisce l'art. 78 Cost. è un fenomeno diverso dalla semplice partecipazione di contingenti italiani in operazioni militari, cosa che richiede un impegno tutto sommato "contenuto" rispetto al modello più immediato nel 1948, quello della seconda guerra mondiale, come conflitto in grado di assorbire ogni risorsa dello Stato proteso nella sua autodifesa. Sostiene una nozione ampia di stato di guerra L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 225, secondo il quale esso può coprire le situazioni più disparate «dall'invasione del territorio d'uno Stato al bombardamento dello spazio medesimo, dal blocco dei porti o delle coste agli attacchi comunque compiuti in danno di forze armate altrui, fino all'invio di bande o di altre forze irregolari che a loro volta effettuino attacchi del genere.»

²³⁵ In questo senso, A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem?*, cit., 53 ss.; F. TORRE, *La Costituzione sotto stress ai tempi del Coronavirus*, in *Biolaw Journal*, Special issue 1, 2020, 61 ss. Ritiene che debba essere usato il modello dell'art. 78 Cost. anche A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza: l'esperienza del Coronavirus*, in *Biolaw Journal*, Special issue 1, 2020, 10.

²³⁶ I. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali*, cit., 116; A. RUGGERI, *Il Coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale*, cit., 215; R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, cit., 514 s.

applicazione²³⁷. Andrebbe poi chiarito un altro profilo sull'art. 78 Cost., reso controverso dal suo mancato utilizzo, vale a dire la possibilità di configurare tale disposizione – alla luce del conferimento dei “poteri necessari” (che comprenderebbero ovviamente l'adozione di atti di natura normativa) – come esclusiva norma sulle fonti o come preminente norma sui poteri. In realtà, nonostante a favore della prima soluzione possano essere addotte ragioni di ordine sistematico (l'art. 78 Cost. è collocato nella Sezione II del Titolo I della Parte seconda della Costituzione relativa, appunto, alla “Formazione delle leggi”), la tesi prevalente è stata quella di assegnare ad essa una funzione di garanzia nella partecipazione parlamentare alle decisioni che ineriscono alla guerra²³⁸, evitando che fosse lo stesso Governo *de facto* ad assumere poteri non “confinati” in tali situazioni, quandanche si trattasse di poteri prevalentemente normativi. Per tale ragione, solo una “trasformazione” dell'art. 78 Cost. in una chiara e generale norma sulle fonti emergenziali avrebbe potuto costituire la base costituzionale per la produzione normativa pandemica, lettura che i vincoli della sua attuale formulazione non consentono di seguire.

Un secondo interrogativo riguarda l'effettiva tenuta dell'assetto dell'art. 78 Cost. alla prova della realtà. È stato, infatti, sostenuto che la formulazione della disciplina sullo stato di guerra sia nata obsoleta, aderente a modelli difficilmente replicabili e, per tale ragione, inadeguata ad un utilizzo effettivo²³⁹.

Tale disposizione, infine, non può essere letta isolatamente, ma deve essere collocata all'interno di un più ampio quadro costituzionale avente ad oggetto i fenomeni bellici. Non solo le disposizioni degli artt. 60, 87 e 103 Cost.²⁴⁰, i quali disciplinano la proroga con legge delle Camere in caso di guerra, la dichiarazione di guerra da parte del Presidente della Repubblica e le funzioni della giurisdizione militare (omettendo il richiamo alla vecchia formulazione dell'art. 27, comma 4, Cost. che, prima della l. cost. n. 1 del 2007, fissava, quali eccezioni al divieto della pena di morte, proprio i casi previsti dalle leggi militari di guerra), ma soprattutto l'art. 11 Cost. che, alla luce del principio pacifista e dell'esclusiva deroga all'uso della forza in chiave difensiva, delinea il quadro “sostanziale” legittimante il ricorso al combinato degli artt. 78 e 87 Cost.²⁴¹.

Oltre al livello costituzionale occorre considerare che il quadro delle fonti “belliche” è integrato, al livello legislativo generale, dalla “legge-quadro” sulla

²³⁷ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., 137 ss.

²³⁸ D. GIROTTO, *Commento all'art. 78 Cost.*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008, 716.

²³⁹ A. VEDASCHI, *Commento all'art. 78 Cost.*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana*, II, Il Mulino, Bologna, 2021, 148; G. DE VERGOTTINI, *Profili costituzionali della gestione delle emergenze*, in *Rass. parl.*, 2001, 275 ss.

²⁴⁰ A. VEDASCHI, *Commento all'art. 78 Cost.*, cit., 147.

²⁴¹ G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 2004.

partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali – l. n. 145 del 2016 –, che ha natura complementare rispetto alla disciplina sullo “stato di guerra” cui all’art. 78 Cost.²⁴² e che, per la materia toccata, assume i tratti di una fonte materialmente costituzionale²⁴³. Questa legge fornisce la base normativa per la partecipazione alle missioni militari internazionali e si riferisce sia alle missioni organizzate nell’ambito delle Nazioni Unite o di altre organizzazioni internazionali (tra le quali potrebbe rientrare la NATO), sia all’invio di personale per interventi umanitari. Essa disciplina le procedure inerenti l’autorizzazione o la proroga alla partecipazione alle missioni internazionali. Mentre nel primo caso è necessaria una delibera del Governo, da adottarsi previa comunicazione al Presidente della Repubblica con l’eventuale convocazione del Consiglio supremo di difesa, la quale è sottoposta alla discussione delle Camere che, con appositi atti di indirizzo, concedono o negano l’autorizzazione; nel secondo, sono le Camere a provvedere con cadenza annuale in una apposita sessione parlamentare. A ben vedere, quindi, la complementarità non dipende da ragioni di carattere “oggettivo”, legate al “tipo” di fenomeno bellico considerato, ma dalla tipologia di “effetti” a cui si ritiene di dar corso nella specifica circostanza, considerato che alcuni eventi possono richiedere adeguate garanzie partecipative, ma non esigono una temporanea alterazione costituzionale²⁴⁴.

Se questo è il composito quadro delle fonti sul diritto bellico in Italia, occorre a questo punto interrogarsi se l'emergenza ucraina abbia, analogamente a quanto avvenuto nell'emergenza pandemica, assunto profili derogatori, attraverso un impianto di fonti non perfettamente in linea con quel modello.

La gestione normativa del conflitto ucraino, quantomeno sotto l'aspetto militare, è affidata essenzialmente a due atti. Il d.l. n. 14 del 25 febbraio 2022 e il d.l. n. 16 del 28 febbraio del 2022 (il primo convertito, con l. n. 28 del 5 aprile 2022, la quale ha abrogato il secondo, con una inedita sanatoria degli effetti). Entrambi i decreti-legge adottano disposizioni urgenti per la crisi ucraina, tuttavia, sotto il profilo militare, è stata segnalata una notevole

²⁴² La complementarità rispetto alla disciplina dello stato di guerra parrebbe, inoltre, confermata anche da una ulteriore disposizione della legge in commento. L'art. 19, al comma 1, prevede che, di regola, «al personale che partecipa alle missioni internazionali, nonché al personale inviato in supporto alle medesime missioni si applica il codice penale militare di pace», mentre, solo in via eccezionale «è fatta salva la facoltà del Governo di deliberare l'applicazione delle norme del codice penale militare di guerra».

²⁴³ P. CARNEVALE, *Guerra, Costituzione e legge*, cit., 53, secondo il quale tale legge avrebbe dato vita anche ad una sorta di microsistema composito di atti normativi e amministrativi. Il carattere complementare deriverebbe dall'ambito di applicazione della legge, la quale attiene alle missioni internazionali, anche di natura militare, con esclusione di quelle che rientrano nelle ipotesi degli artt. 78 e 87 Cost.

²⁴⁴ In tal senso, sempre, P. CARNEVALE, *Guerra, Costituzione e legge*, cit., 56.

differenza di impatto tra il primo e il secondo²⁴⁵. Mentre, infatti, il primo, all'art. 2, accenna alla "Cessione di mezzi ed equipaggiamenti militari non letali di protezione", il secondo, all'art. 1, parla genericamente di "Cessione di mezzi, materiali ed equipaggiamenti militari", lasciando intendere una diversa intensità nella partecipazione all'evento che pone una serie di dubbi sull'effettiva copertura costituzionale ai sensi dell'art. 11 Cost.²⁴⁶.

C'è un aspetto, ad ogni modo, che deriva dall'interazione tra diritto internazionale e fonti nazionali che attraversa tutto questo lavoro, il quale acquista un determinante rilievo sul piano della legittimità sostanziale delle misure adottate²⁴⁷. Nonostante i due decreti-legge non vi facciano riferimento alcuno, il supporto all'Ucraina parrebbe trovare conforto nella capacità integrativa che il diritto internazionale possiede rispetto ai contenuti dell'art. 11 Cost., e in particolare la disposizione a venire in rilievo sarebbe l'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite, nella parte in cui riconosce il «il diritto naturale di autotutela individuale o collettiva, nel caso che abbia luogo un attacco armato contro un Membro delle Nazioni Unite». Il concetto di "guerra difensiva" acquista così un diverso più ampio significato che consentirebbe di dare copertura anche a quelle situazioni in cui il soggetto aggredito sia un Paese terzo, purché vi sia il consenso del Paese aggredito a ricevere aiuto esterno²⁴⁸.

I due decreti hanno, sul piano strettamente formale, un elemento comune, ossia, entrambi si qualificano come atti "derogatori" rispetto al regime generale dettato dalla legge, per la partecipazione alle missioni internazionali dalla l. n. 145 del 2016 e per l'invio di materiali militari dalla l. n. 185 del 1990. In dottrina è stato prospettato il dubbio circa una effettiva capacità derogatoria dei due decreti, i quali non farebbero altro che autorizzare operazioni che avrebbero potuto tranquillamente trovare il proprio fondamento negli atti

²⁴⁵ M. VOLPI, *La guerra in Ucraina e il costituzionalismo democratico*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2022, XII, definisce i rapporti tra le due fonti nei termini di una vera e propria *escalation*.

²⁴⁶ Criticamente sul profilo del rispetto dell'art. 11 Cost., giacché l'Italia, per mezzo dei provvedimenti adottati, si sarebbe trasformata in Paese belligerante anche in mancanza di uno stato di guerra dichiarato M. VOLPI, *La guerra in Ucraina e il costituzionalismo democratico*, cit., XIII; anche A. ALGOSTINO, *Il senso forte della pace e gli effetti collaterali della guerra sulla democrazia*, in *La Lettera AIC: Costituzione e guerra russo-ucraina*, 4, 2022, equipara l'invio di armi alla partecipazione diretta al conflitto, in quanto tale vietata dal principio pacifista.

²⁴⁷ In questo senso M. IOVANE, *Il conflitto ucraino e il diritto internazionale: prime osservazioni*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2022, 14; nonché G. DE VERGOTTINI, *La Costituzione e il ritorno della guerra*, cit., 19, secondo il quale la legittima difesa collettiva andrebbe agganciata al divieto dell'uso della forza consacrato nella Carta delle Nazioni Unite, contribuendo a creare una norma consuetudinaria vincolante per l'Italia anche sul piano dell'art. 10 Cost. In senso contrario A. ALGOSTINO, *Il senso forte della pace e gli effetti collaterali della guerra*, cit.

²⁴⁸ Secondo la ricostruzione fornita dalla Corte internazionale di giustizia nel noto caso *Stati Uniti d'America c. Nicaragua* del 27 giugno 1986.

derogati²⁴⁹. Allo stesso tempo non sono mancate critiche particolarmente severe sul coinvolgimento troppo limitato del Parlamento nelle decisioni sulla partecipazione al supporto militare, contravvenendo a quanto previsto dalla legge quadro²⁵⁰.

Tra i due estremi, ragionando sulle fonti, potrebbe prospettarsi una “terza via”, quella di una deroga parziale al sistema normativo generale. Infatti, come emerge dal preambolo al d.l. n. 14 del 2022, il fondamento del supporto italiano alle operazioni ucraine sarebbe sempre da far risalire a missioni già autorizzate per l’anno 2021, il ricorso al decreto-legge si rende necessario, nella situazione di emergenza, per «assicurare la prosecuzione, per l’anno 2022, della partecipazione di personale militare al potenziamento dei citati dispositivi della NATO». In ciò consiste la deroga al regime generale, vale a dire nell’utilizzo dello strumento del decreto-legge per procedere alla proroga in luogo della procedura normalmente prevista dalla l. n. 145 del 2016.

L’uso del decreto-legge, come detto nel corso del lavoro, costituisce spesso un campo di prova per verificare la tenuta del sistema delle fonti allo stress emergenziale, pertanto, anche il caso in esame si presta a tale indagine. Ed è proprio sotto il profilo della tecnica normativa che i due decreti-legge “bellici” si segnalano per alcune riflessioni.

Non vi sono dubbi che l’uso di tale fonte sia pienamente giustificato nel contesto attuale, vista la chiara sussistenza dei casi straordinari di necessità e urgenza. Piuttosto a destare dubbi è il ricorso a tecniche di conversione non perfettamente in linea con quel «nesso di interrelazione funzionale tra decreto legge [...] e legge di conversione, caratterizzato da un procedimento di approvazione peculiare rispetto a quello ordinario» come inteso dalla Corte costituzionale²⁵¹, se si riflette sull’emendamento inserito nella legge di conversione del d.l. n. 14 del 2022 con cui si dispone l’abrogazione di altro decreto, il d.l. n. 16 del 2022, e la sanatoria dei suoi effetti²⁵².

²⁴⁹ In questi termini anche M. BENVENUTI, *Le conseguenze costituzionali della guerra russo-ucraina. Prime considerazioni*, in *Osservatorio AIC*, 3/2022, 16 ss., secondo il quale lo scopo del ricorso ai decreti-legge sarebbe piuttosto quello di anticipare una situazione di allarme ai consociati.

²⁵⁰ Particolarmente critica sulla marginalizzazione del Parlamento nell’autorizzazione alla partecipazione al supporto militare G. PISTORIO, *La cessione di armamenti alle Forze armate ucraine, tra interpretazioni costituzionalmente e internazionalmente conformi e (ir)regolarità costituzionali*, in *La Lettera AIC: Costituzione e guerra russo-ucraina*, 4/2022, la quale sostiene che proprio l’uso del decreto-legge conferisce al Governo un ruolo di protagonista assoluto.

²⁵¹ Corte cost., 16 febbraio 2012, n. 22. In tal senso già in dottrina A. RUGGERI, *Fonti e norme nell’ordinamento e nell’esperienza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1993, 354 s.

²⁵² G. PISTORIO, *La cessione di armamenti alle Forze armate ucraine*, cit., sottolinea la lesione del principio della certezza del diritto determinata da tali tecniche normative, le quali non consentono di discernere se si tratti abrogazione, mancata conversione o conversione “mascherata”. M. BENVENUTI, *Le conseguenze costituzionali della guerra russo-ucraina*, cit., 20, riferisce tali decreti alla categoria dei c.d. “decreti Minotauro”. Si tratta di una prassi che si aggiunge a quelle osservate in altre

Problematica, anche se in misura forse minore, mi sembra un'ulteriore questione, che vedrebbe nel rinvio fatto dall'art. 2 del d.l. n. 16 del 2022 a uno o più decreti del Ministro della difesa per la definizione dell'elenco dei mezzi da inviare, una norma estremamente ampia, i cui contenuti sono in sostanza delegati ad organi amministrativi i quali adottano atti coperti da segretezza (decreto del Ministro della difesa, di concerto con il Ministro degli affari esteri e il Ministro dell'economia e delle finanze, del 2 marzo 2022, il cui allegato è considerato "documento classificato")²⁵³. Anche per l'autorizzazione delle missioni militari ai sensi della l. n. 145 del 2016 si porrebbero analoghe carenze di pubblicità per le c.d. regole d'ingaggio, le quali non sarebbero comprese nella delibera governativa sottoposta all'approvazione parlamentare²⁵⁴. Tuttavia, in entrambi i casi mi pare che le ragioni della segretezza possano essere pienamente giustificate dalle esigenze di sicurezza, giacché il rischio sarebbe di esporre, in un caso, i materiali inviati e, nell'altro, il personale impiegato a pericolo di distruzione o attacco. Piuttosto, in tal caso, il punto problematico sarebbe quello di trovare un adeguato equilibrio tra le ragioni di sicurezza appena richiamate e le garanzie di partecipazione, implicanti un maggior coinvolgimento degli organi di parlamentari, pur a fronte della natura tecnica delle decisioni sugli armamenti (rimessa, nei fatti, allo Stato maggiore della difesa)²⁵⁵.

Resta, infine, una considerazione di ordine sistematico sulla tenuta del sistema previsto dalla legge sulle missioni all'estero conseguente al particolare regime derogatorio apportato dai recenti decreti-legge. Il meccanismo disciplinato dalla l. n. 145 del 2016 non sembra riconducibile al diritto propriamente "emergenziale" di cui ci siamo occupati in questo lavoro. A supporto di ciò vi sarebbero almeno tre ragioni: I. La circostanza di non disciplinare alcuno stato emergenziale, a differenza di quanto previsto dall'art. 78 Cost.; II. Il non prevedere il conferimento di "poteri necessari" al Governo, per cui non porrebbe in essere alcun regime derogatorio dell'ordine costituzionale vigente; III. L'inidoneità a dispiegare effetti sul sistema delle fonti, a differenza dell'art. 78 Cost., che, anche per la sua collocazione, pare

fasi emergenziali, su tutte quella della gestione pandemica. Cfr. E. ROSSI, *Appunti sull'abrogazione di decreti-legge in sede di conversione ad opera di successivi decreti-legge (nell'emergenza Coronavirus)*, in *Osservatorio sulle fonti*, Fascicolo speciale, 2020, 642 ss.

²⁵³ M. VOLPI, *La guerra in Ucraina e il costituzionalismo democratico*, cit., XIV; M. BENVENUTI, *Le conseguenze costituzionali della guerra russo-ucraina*, cit., 26, invece, ritiene che le esigenze di segretezza non siano incompatibili con la funzione parlamentare di controllo, la quale dispone di adeguati regimi di segretezza.

²⁵⁴ P. CARNEVALE, *Guerra, Costituzione e legge*, cit., 64.

²⁵⁵ E non quello di assicurare una qualche forma di pubblicità degli armamenti forniti, come avvenuto in altri Paesi che hanno divulgato analoghi elenchi. Cfr. M. VOLPI, *La guerra in Ucraina e il costituzionalismo democratico*, cit., XIV.

ricomprendere tra i “poteri necessari” anche poteri di natura normativa²⁵⁶.

Esso, quindi, non va a definire alcun micro-sistema di fonti emergenziali, ma disciplina lo svolgimento di attività “a regime” ordinario.

Tuttavia, se la deroga è disposta con decreto-legge sorge il dubbio di una “contaminazione” del meccanismo previsto dalla legge che, da strumento di garanzia e controllo, va a intersecare il regime della produzione normativa, vale a dire che esso stesso entra a far parte di un micro-sistema delle fonti belliche emergenziali che trova la sua origine nella dichiarazione dello stato di emergenza e svolgimento nella decretazione d’urgenza, mettendo in dubbio l’invalsa prassi di ricorrere ad atti parlamentari di natura non normativa come strumenti di autorizzazione²⁵⁷.

9.1. Lo spettro di una nuova crisi economico-sociale all’orizzonte?

Le recenti vicende belliche aggiungono un ulteriore tassello alla linea che si vuole sostenere in questa relazione, che allo stesso fenomeno si connettano sia aspetti emergenziali in senso stretto, sia aspetti critici, in quanto, oltre all’emergenza dettata dal conflitto armato, dai rifugiati e dal rischio di ulteriori *escalation* a livello internazionale, iniziano a manifestarsi i segni di una nuova crisi economica su scala non solo europea, accompagnata da una significativa e, per certi versi, nuova crisi energetica.

Il mutato quadro che, nel superamento della pandemia, ha visto il ripresentarsi di una situazione emergenziale, come quella bellica, cui si connette la prospettiva della crisi economica è ben evidenziato nelle recenti *Raccomandazioni del Consiglio all’Italia* dello scorso 23 maggio 2022, ove si sottolinea l’impatto delle vicende belliche sull’economia, con conseguente aumento dei costi di energia e generi alimentari, in grado di ripercuotersi maggiormente sui soggetti più vulnerabili; nonché, la crisi umanitaria senza precedenti in Europa dopo la seconda guerra mondiale²⁵⁸, che ha portato per la prima volta ad

²⁵⁶ In tal senso P. PINNA, *Guerra (stato di)*, in *Dig. Disc. pubbl.*, VIII, UTET, Torino, 1993, 58, secondo il quale il nucleo dei poteri necessari conferiti in caso di guerra starebbe nella definizione dei limiti alla potestà legislativa del Governo; si veda, altresì, G. FERRARI, *Guerra (stato di) (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, XIX, Giuffrè, Milano, 1970, 845 ss. Riconduce i poteri necessari conferiti al Governo alla categoria delle “delegazioni anomale” L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 224; anche A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., 503 s., ritiene che questi possano essere considerati alla stregua di una “delega speciale”; in senso analogo vedi anche P. FEMIA, P. PERLINGIERI, *Commento all’art. 78 Cost.*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Commento alla Costituzione italiana*, ESI, Napoli, 2000, 577.

²⁵⁷ È prevalente in dottrina la tesi che alle autorizzazioni delle missioni le Camere debbano procedere con delibere di natura non normativa, piuttosto che con delibere di natura legislativa. Cfr. P. CARNEVALE, *Guerra, Costituzione e legge*, cit., 85 ss.

²⁵⁸ *Profughi ucraini, i confini della solidarietà*, in *www.ispionline.it*, 11 marzo 2022, segnala che, nei soli primi 15 giorni del conflitto, si sono registrati 2,5 milioni di rifugiati, mentre, ad esempio, il precedente conflitto dei Balcani del 1991-1995 ne aveva fatti registrare 1 milione circa e il conflitto

attivare la direttiva 2001/55/CE sulla protezione temporanea.

È significativo inoltre che, nelle stesse *Raccomandazioni*, si accenni alla forte dipendenza dell'Italia dal gas e dal petrolio russo che, nel medio-lungo termine, potrebbe costituire un problema sul piano della disponibilità energetica. Per tale ragione l'Italia è invitata a dare attuazione alla transizione verde e digitale, anche avvalendosi del piano *RePower*, il quale punta ad azzerare la dipendenza europea dai combustibili fossili russi²⁵⁹. La concomitante presenza di aspetti emergenziali e critici comporta molteplici effetti non solo sul piano delle fonti, ma anche delle scelte politiche europee che su queste si riflettono. La crisi, al momento ancora in vista²⁶⁰, fa emergere tutte le difficoltà di una questione aperta, che, in prospettiva sovranazionale, richiede un ripensamento delle politiche europee in materia di energia e che, al livello nazionale, potrebbe addirittura spingersi a riconsiderare alcune scelte energetiche che, nel passato, hanno avuto un preciso avallo popolare in sede referendaria²⁶¹.

Con il progressivo allentamento delle misure di contenimento legate alla pandemia e la ripresa dei consumi si era diffuso un certo ottimismo sul rilancio. Tali aperture sono state in un certo senso frustrate dall'imminente riapparire di una nuova crisi economica (che, appunto, si è definita "ciclica" o "endemica") dalla portata anch'essa globale (quasi che al giorno d'oggi – come si è detto in apertura – non v'è crisi che non sia tale: o è globale o non è percepita come crisi), la quale, come spesso accade, trova la propria causa non solo in un evento "emergenziale" in senso stretto (nel caso recente la guerra ucraina), ma in scelte strategiche del passato che condizionano il funzionamento di sistemi sempre più complessi perché connessi globalmente.

kosovaro del 1999 "solo" 0,7 milioni. A 100 giorni dall'inizio del conflitto, secondo le stime UNHCR il numero dei rifugiati sarebbe salito a oltre 6,9 milioni!

²⁵⁹ Inoltre, sempre secondo le citate *Raccomandazioni*, l'Italia dovrebbe «ridurre la dipendenza dai combustibili fossili e diversificare le importazioni di energia; superare le strozzature per accrescere la capacità di trasporto interno del gas, sviluppare interconnessioni delle reti di energia elettrica, accelerare il dispiegamento di capacità supplementari in materia di energie rinnovabili e adottare misure per aumentare l'efficienza energetica e promuovere la mobilità sostenibile»

²⁶⁰ In relazione all'esperienza della pandemia e della prevedibile crisi economica che l'avrebbe accompagnata E. MOSTACCI, *La terza onda. L'Unione europea di fronte alle conseguenze economiche della pandemia*, in *DPCE Online*, 3, 2020, 2370, aveva osservato che «così, alla prima onda – vale a dire la crisi economica del 2008 – almeno nell'area europea è seguita la seconda, nota con il nome in buona misura fuorviante di "crisi del debito" – mentre la pandemia da Covid-19 è in procinto di crearne una nuova. Come spesso capita sull'oceano, la terza onda promette di essere la più intensa e forte: le previsioni di tutte le Istituzioni prevedono recessioni ben più intense rispetto alla crisi del 2008, mentre i primi dati macroeconomici sembrano confermare le previsioni più caliginose». Forse per la crisi post-pandemia tale "profezia" è stata smentita da un intervento per la ripresa senza precedenti in Europa (v. retro, parr. 8 e 8.1), tuttavia, non si può ad oggi escludere che la "quarta" onda sarà la più intensa e duratura, in un quadro che, al momento, appare ancora in mutevole progressione.

²⁶¹ Si pensi alle prese di posizione piuttosto nette nelle due tornate referendarie del 1987 e del 2011 sui quesiti relativi al nucleare.

Tale ultima crisi, d'altra parte, sembra destinata in un prossimo futuro a produrre effetti anche sul piano delle fonti del diritto dell'Unione, se è vero che in seno alle istituzioni europee sta maturando la volontà di una riforma dei Trattati per superare la regola dell'unanimità delle deliberazioni del Consiglio su alcune decisioni "chiave", regola che nelle ultime vicende non ha talvolta consentito di giungere a decisioni rapide su un'azione comune da intraprendere²⁶². Ciò, ovviamente, implica il consolidamento di un certo consenso in quanto la modifica dei Trattati a sua volta richiede l'approvazione all'unanimità degli Stati membri.

Il riproporsi di una crisi economica globale come conseguenza degli eventi bellici si presenta, quindi, come nuovo fattore "sovranaZIONALE" in grado di incidere sul sistema delle fonti nazionali, con un rilievo sicuramente maggiore da un punto di vista contenutistico-sostanziale, ma non senza toccare anche alcuni aspetti che attengono alla "produzione normativa" in senso stretto. Basti pensare, ancora una volta, all'uso del decreto-legge o di altri atti "sub-primari" in connessione con il diritto di produzione europea.

In questo ambito, il d.l. n. 21 del 21 marzo 2022 (convertito in l. 20 maggio 2022, n. 51) costituisce il "terzo" decreto specificamente adottato per far fronte alla crisi ucraina che, a differenza dei due menzionati al paragrafo precedente, non affronta tanto il profilo del supporto militare e delle forniture contro l'aggressione. Anche esso si segnala, però, per alcuni aspetti di tecnica normativa.

Non vi sono dubbi sulla sussistenza dei presupposti di necessità e urgenza, il decreto-legge è utilizzato infatti nella maniera più conforme possibile al dettato dell'art. 77 Cost. da questo punto di vista. Non recepisce una mera urgenza dell'azione governativa, perché materialmente connesso ad una situazione reale di emergenza.

Si tratta, inoltre, di un decreto complesso (piuttosto che eterogeneo), che tocca più ambiti materiali, dal contenimento dei prezzi del carburante alle misure sui prezzi di gas ed energia, dalle misure di sostegno a determinate imprese (a causa dell'aumento dei costi energetici) alle misure per la sicurezza delle reti nazionali di comunicazione e, infine, misure per il potenziamento

²⁶² Si pensi, ad esempio, alle recenti dichiarazioni rese il 9 maggio 2022 da Ursula Von Der Leyen nell'ambito della cerimonia di chiusura della Conferenza sul futuro dell'Europa, la quale ha sottolineato la necessità di superare la regola del voto all'unanimità nell'adozione da parte del Consiglio di decisioni fondamentali in alcuni settori strategici. Tra i settori per cui è necessario un voto all'unanimità del Consiglio rientrano, ad esempio, l'adesione di nuovi Paesi all'Unione o questioni riguardanti la politica estera, la difesa e la sicurezza, compresa l'applicazione di sanzioni di carattere economico a governi terzi. La regola dell'unanimità comporta verosimilmente un rallentamento dell'azione, come dimostrato dalle "fratture" recentemente emerse nell'ambito del Consiglio per l'opposizione di alcuni Stati all'adozione di determinate sanzioni alla Russia (su tutte, l'embargo del petrolio).

dell'accoglienza dei rifugiati. Ciascuno degli ambiti di intervento trova, però, specifica copertura in diversi profili della necessità e dell'urgenza, come chiaramente riportato nel preambolo dal decreto²⁶³.

Ciò che, invece, impone un approfondimento di riflessione sul piano delle fonti riguarda l'articolazione temporale degli interventi e, ancora una volta, il rapporto tra decreto-legge e legge di conversione.

Tra le misure più significative adottate si segnalano sicuramente quelle con le quali, al comma 1 dell'art. 1 del d.l. n. 21 del 2022, il Governo ha disposto il "taglio" delle accise sul carburante. Misura peculiare in quanto, normalmente, l'incremento dell'accisa è legata alla necessità di "finanziare" la risposta e eventi emergenziali o catastrofici. Qui, al contrario, le peculiarità dei riflessi della crisi hanno indotto l'Esecutivo ad un abbassamento temporaneo dell'accisa applicata. Proprio la temporaneità del caso va riconsiderata alla luce della disciplina in tema di decretazione d'urgenza.

È noto, infatti, che, per dettato costituzionale, il decreto-legge sia atto provvisorio, che perde efficacia sin dall'inizio se non è convertito in legge entro sessanta giorni dalla pubblicazione. È quindi un atto pensato per far fronte a situazioni transitorie, i cui effetti sono in qualche modo collegati agli eventi che vanno a disciplinare, ragion per cui, allo spirare del termine potrebbe accadere che venuta meno la situazione di necessità le misure transitorie non vengano confermate per il futuro. Già il termine di sessanta giorni è considerato un adeguato compromesso sulla "provvisorietà". Nel caso in commento, invece, è sancito all'art. 1, comma 2, che il "taglio" si applica dal giorno di entrata in vigore del decreto, fino al trentesimo giorno successivo.

Tale provvisorietà "abbreviata" ha comportato che, permanendo le medesime ragioni di necessità, il Governo sia intervenuto con un nuovo decreto-legge (2 maggio 2022, n. 38) per prorogare il "taglio" fino all'8 luglio 2022. Al momento di procedere alla conversione del primo decreto-legge n. 21 del 2022 (con legge n. 51 del 2022) è tornato ad utilizzare la tecnica del "decreto Minotauro" vista al paragrafo precedente. La legge di conversione, all'art. 1, comma 2, abroga l'intero decreto-legge n. 38 del 2022, facendone salvi gli effetti prodotti e i rapporti giuridici sorti sulla sua base e inserendo un nuovo art. 1 *bis*, nel quale recepisce la nuova scadenza fissata all'8 luglio

²⁶³ Nello specifico, la necessità e l'urgenza di adottare misure per contrastare gli effetti economici e umanitari della grave crisi internazionale in atto in Ucraina anche sullo svolgimento delle attività produttive; la necessità e l'urgenza di fronteggiare la situazione di eccezionale instabilità del funzionamento del sistema nazionale di gas naturale, anche al fine di garantire la soddisfazione delle richieste per l'uso di gas nel futuro; la necessità e l'urgenza di emanare disposizioni in materia di contenimento dei prezzi dell'energia; la necessità e l'urgenza di introdurre specifiche disposizioni per fare fronte all'impatto della crisi internazionale in atto sul piano interno con misure in tema di accoglienza; la necessità e l'urgenza di assicurare il rafforzamento dei presidi per la sicurezza, la difesa nazionale, le reti di comunicazione elettronica e degli approvvigionamenti di materie prime critiche.

dall'abrogato decreto n. 38.

La fine dell'emergenza pandemica aveva lasciato il dubbio che l'uso fatto di certi strumenti normativi, su tutti il d.P.C.M., potesse proseguire anche in altri contesti emergenziali, impattando stabilmente sul sistema nazionale delle fonti²⁶⁴.

Nel decreto-legge n. 21 del 2022 il Governo fa espresso rinvio ai d.P.C.M., ma questi sono ricondotti tendenzialmente alla loro natura "originaria" che, nel caso specifico, li vede impiegati soprattutto in funzione di atti non normativi (ad esempio, per individuare "imprese che gestiscono stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale" beneficiarie di garanzie per finanziamenti; per individuare "misure di semplificazione delle modalità di notifica"; per l'individuazione di "materie prime critiche, per le quali le operazioni di esportazione al di fuori dell'Unione europea sono soggette alla procedura di notifica"). Tutto ciò vale in linea generale, ma con una significativa eccezione, quella del d.P.C.M. 28 marzo 2022, con cui è stato disciplinato il conferimento della protezione temporanea per i rifugiati ucraini.

Tale atto si segnala per due aspetti. In primo luogo, per la sua stretta connessione con il diritto sovranazionale in quanto adottato proprio per dare attuazione alla decisione di esecuzione (UE) 2022/382 del Consiglio del 4 marzo 2022, che accerta l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati dall'Ucraina e consente l'attivazione dell'articolo 5 della direttiva 2001/55/CE per la concessione della protezione temporanea²⁶⁵; infatti tra gli atti richiamati nel preambolo figurano la decisione di esecuzione citata e la direttiva, ma anche il d.lgs. 7 aprile 2003, n. 85 che ad essa ha dato attuazione.

In secondo luogo, per la sua peculiare connessione con i vari decreti-legge adottati a seguito dello scoppio dell'emergenza bellica, in particolare con il d.l. n. 21 del 2022. Quest'ultimo decreto non fa alcun rinvio all'adozione di un d.P.C.M. sullo specifico aspetto della protezione temporanea, ma, di converso, figura tra gli atti richiamati dal d.P.C.M. nel preambolo, assieme alla dichiarazione di emergenza del Consiglio dei ministri del 28 febbraio 2022. A

²⁶⁴ Tale eventualità non era esclusa da E. AURELI, *Il ruolo dell'emergenza nell'evoluzione di prassi, convenzioni e consuetudini costituzionali che incidono sulla forma di governo*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 1, 2022, 18, anche in virtù della capacità delle emergenze di favorire il ricambio delle regole non scritte e delle prassi, anche nell'ambito della produzione normativa.

²⁶⁵ L'azione dell'Unione è stata particolarmente significativa al riguardo in quanto, già con risoluzione del 1 marzo 2022, il Parlamento europeo ha per la prima volta disposto a favore dell'attivazione della particolare forma di protezione prevista dalla direttiva 2001/55/CE. Questa prevede che i beneficiari possano godere di diritti armonizzati in tutta l'Unione, come un permesso di soggiorno, la possibilità di lavorare, un alloggio e l'accesso all'assistenza sociale e all'assistenza medica. La protezione temporanea non impedisce agli interessati di presentare domanda di protezione internazionale, come stabilito anche dall'art. 3 del d.P.C.M. 4 marzo 2022. Su tale aspetto vedi S. CASU, *Crisi ucraina: l'accoglienza dei profughi tra obblighi di fonte UE e discrezionalità statale*, in *Iusinitinere*, 30 maggio 2022.

ciò va aggiunto che, a differenza delle altre ipotesi sopra richiamate, questo d.P.C.M. è formulato in chiave sostanzialmente normativa, condividendo tale caratteristica con i d.P.C.M. adottato durante il periodo della pandemia, ma esso rinviene il suo fondamento diretto nella legge e non nel pur richiamato decreto-legge (o, ad essere precisi, nell'art. 3 del d.lgs. n. 85 del 2003, che a sua volta rimanda all'art. 20 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286). Sembra possibile ipotizzare, dunque, che il d.P.C.M. non si sia trasformato in atto normativo monocratico di rapido utilizzo nelle emergenze “straordinarie”, ma che il suo uso peculiare sia destinato a rimanere circoscritto (per ora) alla vicenda pandemica.

10. Il tramonto dell'*età aurea* del XXI secolo: verso un nuovo diritto delle crisi globali “ricorrenti”? Riflessioni intorno a un concetto e alle sfide lanciate ai sistemi delle fonti. Tra tenuta delle Costituzioni ed esigenze di adeguamento della produzione normativa

Gli ultimi venti anni di storia hanno visto il succedersi di crisi ed emergenze di ampia portata, aventi in comune la capacità di impattare, a livello globale, sulla vita degli Stati e dei rispettivi cittadini. Ciò ha suscitato l'impressione che le società contemporanee siano ormai destinate a confrontarsi con sempre maggiore frequenza con fenomeni di tale portata, al punto che, recentemente, si è registrato addirittura il caso di una sovrapposizione temporale tra emergenze (e connesse crisi) globali, il cui termine non è al momento prevedibile (ossia, tra pandemia e guerra). Gli effetti della globalizzazione si riflettono nelle crisi²⁶⁶ e, di conseguenza, anche le risposte del diritto non possono concludersi univocamente nei confini dei singoli ordinamenti nazionali, come poteva avvenire in un passato più o meno remoto²⁶⁷. Le scelte prese nelle sedi nazionali risentono delle aperture verso l'esterno che²⁶⁸, attraverso vari strumenti di integrazione, gli ordinamenti manifestano, con condizionamenti sempre più forti, accentuati nei contesti “critici”.

La difficoltà delle sfide e l'impossibilità per gli Stati di farvi fronte in modo

²⁶⁶ Al contrario, proprio le ultime crisi, in particolare quella economica e quella pandemica, avrebbero avviato un percorso inverso di “sglobalizzazione”, con un calo della fiducia nella stabilità come conseguenza della interconnessione globale. Cfr. A. COLIBASANU, *Il virus avvia la globalizzazione*, in *Limes*, 1, 2022, 77 ss.

²⁶⁷ L'impatto della globalizzazione sulla produzione del diritto nelle ultime decadi è stato ben sottolineato da A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., 32 ss. Nonché, più approfonditamente, in ID., *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Giappichelli, Torino, 2008.

²⁶⁸ Principio di apertura che, secondo A. RUGGERI, *Comparazione giuridica, dialogo tra le Corti*, cit., 3, è «l'autentica chiave interpretativa della Costituzione, di ciò che essa in sé racchiude ed offre al servizio dei diritti fondamentali della persona, a partire da quello alla salvaguardia della dignità [...]. Un *principio-fine* e, a un tempo, un *principio-mezzo*, al servizio dei principi fondamentali restanti, dunque».

isolato, inducono a riflettere sulla necessità di un progressivo rafforzamento della coesione a livello europeo²⁶⁹, la quale non potrebbe essere basata esclusivamente sul perseguimento della democraticità – interesse preminente fino al recente passato e che si è tradotto in nuove regole decisionali e legislative dopo il Trattato di Lisbona –, ma implicherebbe una maggiore valorizzazione della solidarietà nei rapporti tra Stati a livello europeo²⁷⁰, come unica possibile risposta efficace e sostenibile sul lungo periodo contro gli effetti delle crisi globali²⁷¹. Dovrebbe essere superato definitivamente l’approccio basato sulla distinzione tra Stati “virtuosi” e Stati “prodighi”²⁷² per scegliere formule di sviluppo più sostenibile nella prospettiva di un interesse comune. Alcuni passi in avanti nel senso di una maggiore coesione e solidarietà sono stati fatti nella gestione della pandemia²⁷³, anche se si tratta di un percorso che, soprattutto quanto alle risposte economiche, deve ancora giungere ad effettiva maturazione²⁷⁴ e che ha visto emergere nuove, complesse criticità nella successiva fase bellica.

In che modo questi aspetti, che si collocano evidentemente a un livello sovranazionale, hanno toccato i sistemi delle fonti e, quindi, le Costituzioni che stanno alle loro spalle? Innanzitutto, occorre osservare che all’aumento di complessità delle società si è accompagnato un incremento di complessità

²⁶⁹ L’impossibilità di scindere la democraticità dalla solidarietà emerge dall’analisi storica ove gli Stati democratici della prima parte del ‘900 non sono stati in grado di reggere l’urto delle crisi politiche perché non avevano alla base dei loro ordinamenti il valore della solidarietà. L’assenza di solidarietà, pur in presenza di democraticità, può sempre comportare il rischio di tendenze egemoniche da parte di uno Stato sugli altri. Cfr. G. COCCO, *L’Europa dei tre disincanti*, in *Pol. dir.*, 1, 2000, 89.

²⁷⁰ Le crisi possono quindi fornire un’occasione per riflettere sul destino dell’Europa, per capire verso che tipo di Europa si vuole andare. L’unica soluzione che le più recenti vicende della pandemia e della guerra sembrano lasciare è quella che intende seguire un percorso inverso rispetto a quello successivo alla crisi economica post 2008. Una via di coesione e non di autarchia, da rafforzare anche in altri settori strategici delle politiche comuni e non più soltanto sotto un profilo economico-finanziario. Cfr. M.R. MAURO, *L’Unione europea alla prova del Covid-19*, cit., 134.

²⁷¹ Sulla connessione tra crisi e globalizzazione già G. COCCO, *L’Europa dei tre disincanti*, cit., 106. Lo scritto, del 2000, è, per certi versi, visionario e sembra anticipare quanto visto nel ventennio successivo. All’epoca la globalizzazione era agli albori, ancora non si erano verificati gli eventi delle “Torri gemelle”, la guerra in Afghanistan, la guerra in Iraq, la crisi economica dei “subprime”, la crisi dei debiti sovrani, la pandemia da Covid-19, ma il concetto di crisi e la sua connessione al tema della globalizzazione emergono nel loro significato più chiaro.

²⁷² In questo senso, R. CABAZZI, E. COSTANZO, *La pandemia e i suoi lasciti*, cit., 16.

²⁷³ Secondo A. MARTINELLI, *L’Unione Europea di fronte alla pandemia Covid-19*, cit., 545, la pandemia avrebbe rafforzato il processo di integrazione europea, anzi, senza Unione non sarebbe stato possibile affrontare crisi economica e pandemia in un ristretto lasso di tempo. Al contrario, S. MANGIAMELI, *Covid-19 e Unione europea*, cit., 587, ritiene che, nonostante la spinta impressa dalla pandemia all’azione dell’Unione, il futuro dell’integrazione europea resti incerto, in bilico tra l’organizzazione intergovernativa di libero scambio e l’associazione di Stati con una forte sovranità condivisa.

²⁷⁴ Sulla necessità di una ulteriore maturazione della solidarietà a livello europeo che possa consentirle di svolgere un ruolo generale v. G. MORGESE, *Solidarietà di fatto... e di diritto*, cit., 91.

dei sistemi delle fonti²⁷⁵ e, verosimilmente, più un sistema è complesso, maggiore è la sensibilità con cui può reagire alle crisi e alle emergenze.

Uno degli aspetti più consistenti evidenziato dalla pandemia ha riguardato la sua capacità di “paralizzare” interi sistemi giuridici, messi in dubbio nel loro impianto “ordinario”. E questo, sia per ragioni “patologiche” – visto che è da anni che ormai si discute di crisi dei sistemi delle fonti, di abuso della decretazione d’urgenza, di costituzionalizzazione delle clausole emergenziali – ma anche per ragioni, per così dire, “fisiologiche”, che nulla avevano a che vedere con la coerenza e il corretto funzionamento dei sistemi delle fonti. Esse piuttosto sembrano investire le fondamenta del diritto come scienza sociale, nata per far fronte a vicende essenzialmente umane, ma in posizione di “disagio” rispetto a determinate “fattualità biologiche”. Questa non vuole essere una dichiarazione della superiorità della natura sul diritto (aspetto di per sé scontato)²⁷⁶, tuttavia non si può far a meno di constatare come possano bastare piccoli eventi, ma estesi a livello globale, per mettere in crisi sistemi molto complessi, i quali, proprio perché tali, dimostrano tutta la loro fragilità. Come dire che, più è articolato un castello di carta, più è facile che un leggero soffio di vento lo faccia crollare. Ma la complessità dei sistemi delle fonti, che si sviluppa di pari passo con l’incremento di complessità sociale, economica e politica non può per questo regredire (perché al regresso si accompagnerebbero limitazioni dei diritti).

Paradossalmente un sistema delle fonti “rudimentale”, basato su alcune “linee” semplici ed essenziali, trova più facilmente “vie d’uscita” *extra ordinem* per reagire alle crisi, senza che ciò intacchi i fondamenti della sua legittimazione. Per tale ragione, sul piano sovranazionale, non bisogna cedere all’apparenza di efficienza dei sistemi autoritari²⁷⁷.

La capacità di reazione a crisi ed emergenze nei sistemi complessi potrà essere potenziata attraverso un più corretto uso degli strumenti normativi a disposizione, in grado di preparare i sistemi delle fonti a far fronte al maggior numero di evenienze, ma soprattutto – come meglio illustra Cecilia Siccardi nella sua relazione – avvalendosi di una più proficua collaborazione della scienza e della tecnica, che, se non può appiattirsi sul mero recepimento

²⁷⁵ Cfr. M.R. FERRARESE, *Nomofilachia ed evoluzione giuridica. Corti supreme, legalità e riassetamenti post-globalizzazione*, in *Quest. giust.*, 1, 2021, 115; R. NOCERINO, *Complessità e diritto: brevi riflessioni su Niklas Luhmann e Bruno Romano*, in *I-lex*, 11, 2010, part. 527 s.; Per la nozione sociologica di complessità si rimanda a N. LUHMANN, *Complessità sociale*, in *Enc. sc. soc.*, II, Treccani, Roma, 1992.

²⁷⁶ Né con ciò si vuole accedere a possibili posizioni nichilistiche. Per tutti, N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Laterza, Bari-Roma, 2004.

²⁷⁷ Si veda V. ONIDA, *Costituzione e coronavirus*, cit.; nonché, con riferimento allo specifico caso della gestione della pandemia, T. GROPPI, *Le sfide del coronavirus alla democrazia costituzionale*, cit., 192.

acritico dei dati (chi compie il bilanciamento è sempre l'organo politico-giuridico, non quello tecnico), deve comunque dimostrare condivisione di linguaggio e di metodo. La produzione del diritto che non parte dalla condivisione di metodo scientifico può condurre a soluzioni distorte, ove il dato di per sé non è sufficiente ad assurgere a "scelta giuridica". Ne consegue una produzione delle fonti caotica e ascientifica, non adeguatamente preparata ad affrontare emergenze future e imprevedibili crisi.

In un sistema complesso, quindi, può accadere con maggiore frequenza che le Costituzioni vedano diminuire progressivamente le loro capacità di limitazione dei poteri e delle leggi "non giuridiche" di fronte alle nuove sfide²⁷⁸, subendo un'incidenza che non attiene solo all'ambito positivo, ma soprattutto materiale. Le Costituzioni nascono come limite al potere²⁷⁹, ma tale capacità di limitazione appare oggi in crisi, dapprima al cospetto delle leggi dell'economia e del mercato, oggi al cospetto di quelle della scienza e della tecnica. A chi spetta, dunque, il primato? Non si possono non osservare con preoccupazione le sfide sempre più difficili che le Carte costituzionali e il diritto devono affrontare per conservare la loro funzione ordinante della realtà. In ciò, buona parte della loro normatività ed effettività dipende dal modo in cui i giudici nazionali e le Corti sovranazionali sapranno dare concretezza a quei valori di cui esse sono portatrici, sapendo bilanciare adeguatamente i principi su cui il nostro sistema si regge con le "leggi della crisi" che trovano nei campi dell'economia e della scienza la loro fonte²⁸⁰.

Se torniamo sull'esperienza degli ultimi anni, a partire dalla crisi economica fino alle più recenti emergenze, possiamo osservare come probabilmente non vi sia stata parte del testo costituzionale che non abbia subito l'impatto degli eventi. Soprattutto se consideriamo la Prima Parte della Costituzione sembra non esserci libertà, diritto o dovere che non abbia subito una ripermetrazione – seppur temporanea – alla luce di fattori essenzialmente extra-giuridici. Il loro effetto, ad ogni modo, è giuridico e rappresenta una delle risposte che il diritto tenta di dare alla complessità del reale.

Nonostante ciò, è opportuno ribadire che, ad opinione personale, non si siano realizzati i timori di chi, in corso di pandemia, aveva prospettato il rischio di uno scivolamento verso uno stato di eccezione e il mantenimento di

²⁷⁸ A. RUGGERI, *Crisi economica e crisi della Costituzione*, cit., 15, si chiede se una Costituzione indebolita dalla crisi sia in grado di porre un argine all'economia.

²⁷⁹ Come ha sostenuto E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Giuffrè, Milano, 1961, 108, «la Costituzione non si presenta come il fine primario da realizzare, ma come il limite, cioè come lo schema normativo entro cui è necessario procedere per poter concretare legittimamente, sul terreno giuridico, le particolari e contingenti finalità connesse alle scelte dei gruppi politici dominanti».

²⁸⁰ W. NOCITO, *Diritti costituzionali e crisi finanziaria*, cit., 39, secondo il quale la Costituzione deve sempre restare punto di riferimento delle decisioni pubbliche sui diritti.

forme di restrizione anche dopo la sua fine²⁸¹, piuttosto sembra che i sistemi costituzionali abbiano in buona sostanza retto²⁸² e che, per quanto la fase sia ancora di transizione, il lascito pandemico sia destinato ad essere superato nel futuro prossimo. Ciò, d'altra parte, pare trovare conferma sia nel regime di progressive riaperture registrato a livello europeo²⁸³, sia nel processo di riassestamento delle prassi in materia di produzione del diritto. Il problema piuttosto sarebbe un altro e andrebbe individuato nella circostanza che alla fine di un'emergenza si sia saldato l'inizio di una nuova, portando ad una sorta di *continuum* nello stato di "fibrillazione" del sistema normativo emergenziale.

Se il rischio è quello che le Costituzioni, poste di fronte a eventi globali (o a fatti e fonti, comunque, sovranazionali) possano entrare in crisi, cedendo il passo alla produzione di un diritto *extra ordinem*, si è a lungo discusso (e tuttora si discute) sulla opportunità di inserire espresse clausole emergenziali in Costituzione, sulla falsariga di quanto previsto in altri sistemi²⁸⁴. Diversi autori ne hanno sostenuto l'opportunità tentando di tracciare il quadro dogmatico della clausola²⁸⁵. A partire dalla necessità di distinguere le emergenze per "grado", per cui ad una emergenza del "tempo ordinario" gestibile attraverso strumenti consueti come il decreto-legge, si affiancherebbe un'emergenza del "tempo straordinario", che sfugge al suo dominio e per la quale sola si porrebbe l'esigenza della clausola²⁸⁶. Non essendo verosimile ricondurre tutti i fenomeni emergenziali all'astratto precetto giuridico la soluzione per lo più

²⁸¹ A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia*, cit., 16, ribadisce che, per tale ragione, la risposta all'emergenza debba sempre essere mantenuta all'interno dell'ordinamento. Cercando, così, di contestualizzare le controverse posizioni di G. AGAMBEN, *L'invenzione di un'epidemia*, in *Quodlibet.it*, 26 febbraio 2020. Per una critica alle posizioni di quest'ultimo v. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., 119.

²⁸² M. BIGNAMI, *Le fonti del diritto tra legalità e legittimità nell'emergenza sanitaria*, in *Quest. giust.*, 2, 2020, 11 ss.

²⁸³ Si pensi, ad esempio, al d.l. 24 marzo 2022, n. 24, con cui è stata dichiarata la cessazione dello stato di emergenza a partire dal 31 marzo 2022 ed è stato fissato un "cronoprogramma" di progressive riaperture che, al momento presente, sono state quasi tutte poste in essere (dall'uso del *Green pass* agli obblighi vaccinali per determinate categorie di lavoratori o per determinate fasce di età). Un programma di riaperture che non pare tanto calcolato sulla base dei puri dati del contagio (come avveniva fino al recente passato), ma sul grado di avanzamento di particolari scelte politiche, su tutte il risultato della campagna vaccinale.

²⁸⁴ Per un quadro di sintesi inerente ad alcuni ordinamenti di tradizione democratica si rinvia ad A. LO CALZO, *I fondamenti teorico-costituzionali del diritto dell'emergenza, con particolare riferimento alla pandemia*, in B. BRANCATI, A. LO CALZO, R. ROMBOLI (a cura di), *Coronavirus e Costituzione*, cit., 42 ss.

²⁸⁵ Oltre a quelli citati alle note successive, sempre in periodo pandemico, si vedano F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2020, 33 ss.; S. CECCANTI, *Verso una regolamentazione degli stati di emergenza per il Parlamento: proposte a regime e possibili anticipazioni immediate*, in *Biolaw Journal*, Special issue 1, 2020, 79 ss.

²⁸⁶ A. RUGGERI, *Il disordine delle fonti*, cit., 695.

proposta vorrebbe una clausola sufficientemente elastica, strutturata secondo la definizione di un “fascio di poteri” piuttosto che attraverso una analitica descrizione dei contenuti²⁸⁷, magari rimettendo ad una fonte subordinata, ma rinforzata, la disciplina delle concrete dinamiche²⁸⁸. Il punto sul quale sembra esserci maggior consenso attiene al “rango” della clausola, da collocare in disposizioni di livello costituzionale²⁸⁹.

La dottrina prevalente, tuttavia, esprime perplessità circa una regolamentazione costituzionale dello stato di emergenza sia perché, anche negli ordinamenti che lo prevedono, denota spesso la sua insufficienza a far fronte a tutte le circostanze dell'emergenza²⁹⁰, sia perché la mancanza di una clausola non implica indifferenza costituzionale²⁹¹.

Anche alla luce della pressione “emotiva” determinata dall'emergenza pandemica (con tutte le conseguenze del caso sul piano della ponderazione delle soluzioni)²⁹², sono state avanzate alcune proposte dirette a regolare lo stato di emergenza in Costituzione. I progetti presentati nella prima fase (A.C. 2438 e A.C. 2452)²⁹³ erano incentrati sulla deliberazione dello stato di emergenza affidato al Parlamento con una maggioranza di due terzi (a seconda del progetto, dei presenti o dei componenti) e l'istituzione di un'apposita Commissione incaricata ad assumere le funzioni parlamentari per la durata dell'emergenza. Sul piano delle fonti i due progetti si differenziano in ordine

²⁸⁷ G. DE MINICO, *Costituzione ed emergenza*, cit., 8.

²⁸⁸ A. RUGGERI, *Il disordine delle fonti*, cit., 695.

²⁸⁹ G. DE MINICO, *Costituzione ed emergenza*, cit., 15.

²⁹⁰ Così, ad esempio, B. ACKERMAN, *La Costituzione di emergenza. Come salvaguardare libertà e diritti civili di fronte al pericolo del terrorismo* (2004), trad. it. di A. Ferrara, Maltemi editore, Roma, 2005, 26 ss. Tesi già ampiamente radicata nel diritto pubblico italiano cfr. L. ROSSI, *L'ordinamento dello stato d'assedio nelle ultime leggi italiane*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1936, 262.

²⁹¹ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., 140. Anzi, la richiesta di una clausola espressa sull'emergenza parrebbe il frutto di un fraintendimento tra la legittimazione del potere emergenziale (sicuramente rinvenibile nella Costituzione vigente) e astratta, espressa previsione. Cfr. A. CARDONE, *Il baratro della necessità*, cit., 350; M.C. GRISOLIA, *Il rapporto Governo-Parlamento nell'esercizio della funzione normativa durante l'emergenza Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, Fascicolo speciale, 2020, 602 s.

²⁹² Anche per questo oggetto di critiche da parte della dottrina prevalente, la quale con diverse sfumature, ha sottolineato l'inopportunità di un percorso costituente di tale portata a pandemia in atto, potendo risentire di una scarsa ponderazione dettata da vicende contingenti. Così R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, cit., 518; I. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali*, cit., 152. Un peculiare riferimento potrebbe essere fatto, nel caso in questione, all'esperienza costituzionale di altri Paesi. In particolare, visto che la clausola emergenziale dovrebbe essere inserita nel testo costituzionale, potrebbe venire in rilievo quanto appositamente previsto dall'art. 169 della Costituzione spagnola, il quale vieta la possibilità di procedere a revisioni costituzionali durante lo stato di guerra o quando sia stato dichiarato lo stato di emergenza.

²⁹³ Presentati rispettivamente il 17 marzo 2020, d'iniziativa dell'On. Rosato e altri, e il 30 marzo 2020, d'iniziativa dell'On. Ceccanti e altri.

alla vigenza delle leggi adottate nel regime emergenziale dalla Commissione le quali, in un caso perdono efficacia entro sei mesi dalla dichiarazione dello stato di emergenza, salva possibilità per le Camere di sanare i rapporti sorti sulla base delle suddette leggi, mentre, nel secondo, sono le Camere a determinare, entro un anno dalla cessazione dello stato di emergenza, quali disposizioni adottate in tale fase debbano decadere, disciplinando eventualmente i relativi rapporti. Un successivo disegno (A.C. 3444)²⁹⁴, invece, mantiene in capo al Governo la dichiarazione dello stato di emergenza con decreto-legge, ma attribuisce al Parlamento il potere di convalidarlo entro cinque giorni con il voto della maggioranza dei due terzi dei presenti. Tale progetto, che punta a modificare l'art. 78 Cost., prevede poi che la disciplina dello stato di emergenza (circa i presupposti, la conferma, la durata e la contestazione) sia affidata ad una legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera.

Se è difficile ipotizzare una compiuta disciplina costituzionale degli stati di emergenza, proprio perché fenomeni imprevedibili che poco si prestano alla predeterminazione generale e astratta delle disposizioni, ancora più complesso sarebbe ipotizzare una disciplina degli stati di crisi, secondo la classificazione concettuale che si è proposta in questo lavoro. Le crisi, infatti, nella maggior parte dei casi richiedono riforme strutturali, non discipline *ad hoc* per casi imprevedibili di durata transitoria più o meno lunga. La disciplina di uno stato di crisi finisce quindi per coincidere con la disciplina strutturale adottata a superamento della situazione critica e, quindi, non è tipizzabile. Al più potrebbe usufruire di procedure legislative più rapide, attraverso accorgimenti da apportare tramite riforma dei Regolamenti parlamentari²⁹⁵.

Guardando al versante sovranazionale, però, ci si accorge che, più che riforme costituzionali espresse dell'emergenza, è necessario un mutato approccio alle crisi e alle emergenze, che può avvenire solo alla luce di un diverso modo di intendere i rapporti tra Stati e sovranità. Attraverso quello che, nelle parole di Mario Draghi, è il passaggio da una sovranità statale ad una "sovranità condivisa"²⁹⁶ e il potenziamento della produzione normativa

²⁹⁴ Presentato il 13 gennaio 2022, d'iniziativa della On. Tomasi e altri.

²⁹⁵ Si vedano, ad esempio, proprio in relazione alla attuazione del PNRR come strumento di risposta alla crisi, le osservazioni di L. BARTOLUCCI, *Riforma dei regolamenti parlamentari e Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *Consulta Online*, 2, 2022, 521 ss.

²⁹⁶ Si fa riferimento alle parole pronunciate da Mario Draghi nel suo discorso di insediamento quale Presidente del Consiglio dei Ministri il 17 febbraio 2021, reperibile al sito www.governo.it. La cessione di sovranità acquista una connotazione positiva quando riguarda le aree di debolezza degli Stati nazionali, nelle quali ritorna potenziata sotto forma di sovranità condivisa quando rimessa all'azione dell'Unione. Ciò consentirebbe agli Stati di restare il punto di riferimento dei cittadini ma, allo stesso tempo, è l'integrazione dei settori chiave a fungere da fattore di crescita condivisa. Queste affermazioni, pensate nel pieno della pandemia, assumono nuovo particolare significato se

sovranaZIONALE, sempre però nel rispetto dei principi fondamentali e di un patrimonio costituzionale comune a livello europeo, che costituisce la base minima non negoziabile di un processo di rafforzamento della coesione europea e di ampliamento dell'azione dell'Unione. Tale passaggio trova il proprio presupposto giustificativo nel principio di apertura dell'ordinamento, così come si ricava dal significato attribuito all'art. 11 Cost. e alle "limitazioni" di sovranità²⁹⁷, da intendere in senso funzionale rispetto al generale principio di titolarità di cui all'art. 1 Cost. Solo quelle limitazioni funzionali alla partecipazione a un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia tra le Nazioni consente che, da una cessione di sovranità nazionale in determinati settori, i cittadini ricevano in cambio un *surplus* di sovranità comune. Come a dire che quella proclamata dall'art. 11 Cost. non è una limitazione "a perdere", ma "a guadagnare".

Nel percorso che porta verso una sempre maggiore coesione e integrazione europea le Costituzioni nazionali non potranno essere degradate a mere Carte "locali", ma saranno elementi imprescindibili da considerare nel processo di implementazione delle tradizioni costituzionali comuni, alle quali non deve attribuirsi un valore avversativo rispetto alle identità costituzionali nazionali, con le prime aggregative e le seconde divisive. Solo in questo modo è possibile tenere insieme un'Europa del futuro più forte con la perdurante sovranità degli Stati nazionali. Questa è la vera sfida a cui l'Europa è chiamata, dimostrare che un percorso di "rafforzamento" non deve necessariamente svolgersi a detrimento delle conquiste ottenute nei decenni sul piano dei diritti, ovvero che può esistere "forza" anche ove vi è lo stato di diritto.

rapportate alla successiva fase bellica, dove con maggiore evidenza si sono palesate quelle aree di debolezza a cui accennava Draghi e che, in prospettiva futura, andranno affrontate all'insegna di una maggiore integrazione.

²⁹⁷ A. RUGGERI, *Comparazione giuridica, dialogo tra le Corti*, cit., 9.