

# ***LIBER AMICORUM PER PASQUALE COSTANZO***

***Diritto costituzionale in trasformazione***

## **II**

### **IL DIRITTO PUBBLICO DELLA PANDEMIA**

**2020**





*Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*  
*Diritto costituzionale in trasformazione*

II

Il diritto pubblico della pandemia

# COLLANA DI STUDI DI CONSULTA ONLINE

## 4

*Liber Amicorum* per Pasquale Costanzo – *Diritto costituzionale in trasformazione*

Vol. II – Il diritto pubblico della pandemia

Collana di studi di Consulta OnLine (E256917), 4

ISBN: 978-88-945618-2-1



Genova, 2020 by Consulta OnLine, Associazione giuridica scientifico-culturale C.F. 90078670107

info@giurcost.org

**Comitato scientifico**

Paolo Caretti (Emerito Univ. di Firenze)

Riccardo Guastini (Emerito Univ. di Genova)

Annamaria Poggi (Univ. di Torino)

Roberto Romboli (Univ. di Pisa)

Antonio Ruggeri (Emerito Univ. di Messina)

Carmela Salazar (Univ. di Reggio Calabria)

Federico Sorrentino (Emerito Univ. di Roma "La Sapienza")

**Comitato promotore**

Allieve e Allievi dei Dottorati di ricerca

di cui il prof. Pasquale Costanzo è stato Coordinatore

nelle Università di Camerino e di Genova









## INDICE

### Tomo II

#### *Il diritto pubblico della pandemia*

<i>Premessa</i>	III
FEDERICO SORRENTINO, <i>A proposito dell'emergenza coronavirus</i>	1
MASSIMO LUCIANI, <i>Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza</i>	9
SANDRO STAIANO, <i>Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia</i>	37
GIOVANNA RAZZANO, <i>Il Codice di protezione civile e il suo decreto correttivo, fra emergenze e rientro nell'ordinario</i>	61
EMMA A. IMPARATO, <i>Lo stato d'eccezione e forme normative nell'ordinamento italiano tra stato di diritto e sindacato di conformità</i>	81
ELEONORA RINALDI, <i>La partecipazione 'da remoto' all'adozione delle deliberazioni parlamentari: paradossi di un'ipotesi recentemente formulata per rilanciare la centralità del Parlamento</i>	109
PAOLA MARSOCCI, <i>Lo spazio digitale dei lavori parlamentari e l'emergenza sanitaria Covid</i>	125
FILIPPO DONATI, <i>Giustizia online al tempo del Coronavirus e dopo</i>	149
NICOLETTA PERLO, <i>La giurisprudenza di crisi del Conseil d'État e del Conseil constitutionnel: il prevalere della ragione politica su quella giuridica</i>	159
DONATELLA MORANA, <i>Sulla fundamentalità perduta (e forse ritrovata) del diritto e dell'interesse della collettività alla salute: metamorfosi di una garanzia costituzionale, dal caso ILVA ai tempi della pandemia</i>	179
VINCENZO SCIARABBA, <i>Le misure locali di contrasto "totale" al gioco d'azzardo in tempo di pandemia nella prospettiva costituzionale</i>	191
EDOARDO C. RAFFIOTTA, <i>La Banca Centrale Europea a dieci anni dal Trattato di Lisbona tra emergenze e la ricerca di un'identità</i>	219



## Premessa

*Il presente è il secondo di sei tomi\* di cui si compone il Liber Amicorum dedicato al prof. Pasquale Costanzo.*

*Il fil rouge che percorre idealmente pressoché tutti i relativi contributi è dato dal “Diritto costituzionale in trasformazione”, avendo colto i numerosi Amici, che hanno partecipato agli Scritti, l’importanza di tale dinamica nel pensiero dell’Omaggiato, sempre attento all’innovazione sul versante sociale, come su quello normativo e più ampiamente istituzionale.*

*Il secondo Tomo è ispirato appunto dal tema della pandemia di Coronavirus e più ampiamente da quello dell’emergenza. Esso si apre con riflessioni di carattere generale sulle caratteristiche e modalità con cui “i numerosi interventi normativi”, soprattutto di fonte governativa “hanno operato per contrastare l’epidemia”, in riferimento soprattutto “alle norme costituzionali riguardanti la gestione di simili avversità” (F. Sorrentino). Il quadro risulta ulteriormente articolato dalla ricostruzione del sistema delle fonti “alla prova dell’emergenza”, al fine di “comprendere cos’è accaduto e cosa sta accadendo”, ed in questa prospettiva “chiedendosi anzitutto a quali altri anelli si agganci il primo”, a partire dalla famosa delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, (M. Luciani). L’idea è, poi (S. Staiano), quella di aversi, a che fare “né con un modello, né con un sistema”, bensì con norme frutto della “necessità ed urgenza” (non sinonimo di “eccezione”, né tanto meno di “stato di guerra”) di intervenire dinnanzi ad un nemico senza volto, in modo al possibile pronto ed efficace.*

*Altri contributi sono poi volti a ragionare in via dogmatica sulle disposizioni del “Codice di protezione civile fra emergenze e rientro nell’ordinario”(G. Razzano), e in via teorica, sulla prospettiva stessa dello “stato d’eccezione” (E.A. Imparato).*

*Sulla stessa linea tematica si colloca la considerazione per cui, se l’attuale “stato tecnologico” delle comunicazioni e dei trasporti ha consentito al virus di circolare su vasta scala e con grande velocità, è sempre dalla medesima tecnologia che possono però trarsi, in una prospettiva costituzionalmente orientata, nuove configurazioni per strumentazioni istituzionali forgiatesi in altre epoche. E qui l’attenzione si incentra dapprima sullo “spazio digitale dei lavori parlamentari dinnanzi all’emergenza sanitaria Covid” (P. Marsocci), nonché sulla partecipazione ‘da remoto’ all’adozione delle deliberazioni parlamentari (E. Rinaldi), sulla premessa che il principio di continuità caratterizza indefettibilmente la fisionomia costituzionale del Parlamento repubblicano.*

*Viene, quindi, affrontata la delicata questione (trattata anche dall’Onorato nell’Editoriale “Con l’emergenza, decolla la Corte 2.0”) della “Giustizia online al tempo del Coronavirus e dopo” (F. Donati), anche con in chiave comparata con l’esperienza d’Oltralpe (La “giurisprudenza di crisi del Conseil d’État e del Conseil constitutionnel” di N. Perlo).*

*Trovano posto, infine, anche aspetti, del contrastato dibattito suscitato dalle restrizioni apportate a libertà fondamentali, non senza rimarcarsene anche l’impatto economico (E. Raffiotta). Non sorprende, dunque, come sia il diritto alla salute ad entrare in gioco in tutti i bilanciamenti trattati (v. le “misure locali di contrasto “totale” al gioco d’azzardo (e alla pandemia)” di V. Sciarabba,*

---

\* Gli altri tomi vertono, rispettivamente, su:

- I: Costituzionalismo, Rete e Intelligenza artificiale
- III: Nuovi scenari per la giustizia costituzionale e sovranazionale
- IV: I diritti fondamentali nel prisma del costituzionalista
- V: La democrazia italiana in equilibrio
- VI: Diritto costituzionale eurounitario e comparazione costituzionale.

*nonché, la “metamorfosi della relativa garanzia costituzionale, “dal caso ILVA ai tempi della pandemia” (D. Morana).*

*In ogni caso, tuttavia, è stato subito rilevare proprio dal Nostro come “le limitazioni alla circolazione per motivi di salute pubblica” andrebbero valutate col massimo di oggettività e non pregiudizialmente come “una misura poliziesca subita come un violento sopruso”, e che potrebbe essere “addirittura superflua se ciascuno di noi spontaneamente, liberamente, si rendesse conto di una necessità a favore della nostra salute” (Editoriale comparso su Consulta OnLine il 23 marzo 2020).*

*Lara Trucco*

**FEDERICO SORRENTINO**  
**A proposito dell'emergenza *coronavirus*<sup>1</sup>**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il quadro costituzionale. – 3. Interventi per la gestione dell'emergenza. – 4. Ordinanze ministeriali e locali. – 5. Disciplina dell'emergenza e diritti costituzionali. – 6. Emergenza in tempo di pace e Costituzione. – 7. Ruolo egemone del Presidente del Consiglio dei Ministri.

*1. Premessa.*

I numerosi interventi normativi – di vario grado e livello – sinora intervenuti nel nostro Paese per contrastare l'epidemia in atto sollecitano la responsabilità dello studioso di cose costituzionali a riflettere sul modo in cui detti interventi sono avvenuti ed attuati in riferimento soprattutto alle norme costituzionali riguardanti la gestione di simili avversità.

Prima di scendere nel dettaglio delle molteplici questioni sul tappeto pare comunque opportuno formulare alcune riflessioni generali.

Innanzitutto, sulla capacità delle istituzioni governanti di affrontare l'emergenza in atto: l'ampia congerie di provvedimenti adottati, mostra, invero, al di là del loro merito e della loro (in alcuni casi, dubbia) tempestività, una complessiva tenuta del sistema ed una sicura capacità dei governanti di fronteggiare, non solo sul piano tecnico-sanitario, ma soprattutto su quello politico-sociale, detta emergenza.

*Vergin di servo encomio*, l'autore di queste riflessioni non può non intravedere nel comportamento complessivo degli organi di governo una sostanziale tenuta e una rassicurante presenza.

La seconda riflessione, opposta alla precedente, esprime la preoccupazione, che talvolta affiora negli scritti di alcuni colleghi (v. AZZARITI in *Costituzionalismo.it* ([www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it)), 2020), che i buoni risultati della prima fase dell'emergenza possano allentare definitivamente i controlli costituzionali sulla gestione del potere ed aprire così la via ad esiti autoritari, in contrasto con i principi democratici cui si ispira la nostra Costituzione.

*2. Il quadro costituzionale.*

Le disposizioni costituzionali che interessano questa vicenda mi appaiono le seguenti.

Innanzitutto, com'è ovvio, l'art. 32, che afferma il "diritto fondamentale" della salute la cui tutela è specifico compito della Repubblica, non solo come diritto dell'individuo, ma anche – ciò che qui rileva – come "interesse della collettività". Ed è evidente che tutta la disciplina cui qui si farà riferimento è specificamente indirizzata alla protezione di questo diritto e ruota intorno alla protezione dell'interesse della collettività alla limitazione e, se possibile, alla eliminazione delle fonti di contagio.

Per questa finalità sono stati posti limiti a numerosi diritti costituzionali, quali quelli di circolazione e di soggiorno (art. 16), di riunione (art. 17), di culto (art. 19), di attività economiche

---

<sup>1</sup> Il presente scritto, aggiornato a fine giugno 2020, riprende con modeste integrazioni e aggiornamenti un mio lavoro pubblicato su *Costituzionalismo.it* ([www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it)), 2020.

(art. 41) e del diritto di proprietà privata (art. 42), tutti diritti che sono stati considerati recessivi rispetto a quelli nascenti dall'art. 32.

Vengono comunque in rilievo le norme dei titoli III, IV e V della II parte della Costituzione, il funzionamento dell'Amministrazione, della giustizia ed il riparto di competenze tra lo Stato e gli enti territoriali.

Infine, non dovranno trascurarsi le norme costituzionali sull'emergenza a partire dai provvedimenti di cui all'art. 77 (decreti-legge) ed i principi, elaborati in dottrina e in giurisprudenza, in materia di ordinanze contingibili e urgenti con il rilievo che essi hanno assunto in materia di protezione civile.

### 3. Interventi per la gestione dell'emergenza.

Il complesso normativo costituzionale appena richiamato risulta interessato da una pluralità d'interventi di normazione primaria e secondaria di cui qui si dà conto.

In primo luogo va richiamato il Codice della protezione civile, approvato con d.lgs. n.1/1978, il cui capo IV è dedicato alla "gestione delle emergenze di rilievo nazionale": l'art. 24 del codice, in particolare, prevede che, nel caso di eventi che presentano le caratteristiche di cui all'art. 7 *lett. c)* (cioè di emergenze nazionali), il Consiglio dei ministri deliberi "lo stato di emergenza di rilievo nazionale", "fissandone la durata e determinandone l'estensione territoriale" ed in particolare autorizzando l'emanazione delle ordinanze di protezione civile, le quali, secondo l'art. 25, possono essere adottate "in deroga ad ogni disposizione vigente" "nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e delle norme dell'Unione europea". È prevista altresì, sempre nell'art. 25, la nomina di "commissari delegati" con il compito di coordinare l'attuazione delle ordinanze di protezione civile. Nei confronti delle ordinanze e degli atti dei commissari è prevista la tutela giurisdizione dinanzi al giudice amministrativo, secondo le norme del relativo codice.

In applicazione di questa disciplina, in data 31 gennaio 2020, il Consiglio dei ministri delibera lo stato di emergenza nazionale per la durata di 6 mesi "in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili", prevedendo ordinanze in deroga del Capo del Dipartimento della protezione civile.

Detta disciplina, non del tutto abbandonata (almeno formalmente) viene però integrata da provvedimenti legislativi successivi, a partire dal primo decreto-legge (n. 6/2020) del 25 febbraio, convertito con legge 5 marzo 2020, n.13, poi in larga parte abrogato dal successivo decreto-legge n. 19 (*infra*).

Questo decreto, da un lato, prevede (all'art. 1, commi 1 e 2) una serie di misure che possono essere adottate per evitare il diffondersi del virus, dall'altro l'adozione di decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (art. 3, comma 1) per l'attuazione delle misure restrittive concernenti l'intero territorio nazionale; inoltre prevede (art. 3, comma 2) che, nelle more dell'adozione di tali decreti, provvedimenti contingibili e urgenti possano essere adottati, ai diversi livelli di governo, ai sensi degli artt. 32, l. n. 833/1978, 117 d.lgs. n. 112/1998 e 50 d.lgs. n. 267/2000; infine esso fa salvi gli effetti delle già adottate ordinanze dal Ministro della salute ai sensi del citato art. 32 l. n. 833/1978.

Misure restrittive, in applicazione di questo decreto, vengono poi adottate con diversi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri nelle date del 23 febbraio, 25 febbraio, 1° marzo, 4 marzo e soprattutto dell'8 marzo, con il quale ultimo vengono emanate misure ancor più drastiche in parte con riferimento alle regioni più colpite (v. art. 1) ed in parte estese all'intero territorio nazionale (art. 2). Viene, con il decreto dell'8 marzo, disposta la cessazione dell'efficacia dei precedenti decreti del 1° e del 4 marzo, mentre viene fatto salvo il potere di ordinanza delle regioni, già richiamato dall'art. 3, comma, del d.l. n. 6/2020.

Il decreto del Presidente del Consiglio da ultimo ricordato richiama bensì nelle premesse il decreto-legge n. 6/2020, ma non anche il decreto-legge n. 9/2020, sebbene questo fosse già da alcuni giorni in vigore. Va comunque detto che quest'ultimo decreto-legge riguarda prevalentemente, giusta il suo titolo, il sostegno di famiglie, lavoratori e imprese in connessione con l'emergenza epidemiologica e che esso può interessare le questioni già trattate, con riferimento al suo art. 35, che vieta l'adozione di ordinanze sindacali contingibili e urgenti "in contrasto con le misure statali".

L'11 marzo viene emanato un nuovo decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, sempre in base al d.l. n. 6/2020, con il quale si adottano su tutto il territorio nazionale misure ancora più severe e cioè (art. 1):

- 1) la sospensione (con eccezioni) delle attività commerciali al dettaglio,
- 2) la sospensione (con eccezioni) dei servizi di ristorazione,
- 3) la sospensione (con eccezioni) delle attività inerenti i servizi alla persona.

Si prevede, altresì, che i Presidenti delle regioni con loro ordinanze (ex art. 3, comma 2, del decreto-legge n. 6) possano disporre la programmazione dei servizi di trasporto pubblico e la riduzione e soppressione di alcuni di essi.

Dopo il decreto-legge dell'8 marzo, n.11, relativo all'attività giudiziaria, interviene il decreto-legge n. 14 del 9 marzo, recante il potenziamento delle risorse umane del Servizio sanitario nazionale, cui farà seguito, tre giorni dopo, il decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, c.d. "cura Italia", nel cui art. 6 si dispongono forme speciali di requisizione in uso o in proprietà di presidi sanitari e medico-chirurgici, ed in genere di beni mobili occorrenti per fronteggiare l'emergenza sanitaria; analoghe disposizioni vengono altresì dettate per i beni immobili.

L'art. 122 del successivo decreto-legge, 17 marzo, n. 18 prevede la nomina con decreto del presidente del Consiglio dei Ministri di un commissario straordinario per l'attuazione ed il coordinamento delle azioni per il contrasto dell'emergenza epidemiologica, al quale sono attribuiti diversi poteri, anche in deroga alle leggi, nel rispetto comunque della Costituzione, dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea.

Il governo interviene nuovamente per dettare limitazioni alla libertà di movimento delle persone con il decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, nel cui art. 1, comma 2, sono specificate le misure che possono essere adottate sempre al fine del contrasto all'emergenza epidemiologica. In particolare, si prevedono, oltre a misure riguardanti la libertà di circolazione, il divieto di riunioni o di assembramenti in luoghi pubblici o aperti al pubblico, la "sospensione delle cerimonie civili e religiose", limitazioni dell'ingresso nei luoghi destinati al culto, oltre a varie limitazioni di attività commerciali. Si prevede, inoltre, che dette misure siano adottate con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, secondo quanto dispone l'art. 2, comma 1. Vengono comunque fatti salvi con il comma 3 dell'art. 2 gli effetti prodotti e gli atti adottati sulla base di decreti e delle ordinanze "emanati ai sensi" del decreto-legge n. 6/2020, di cui si è sopra parlato, e di quelli ai sensi dell'art. 32 della legge n.833/1978.

Il 22 marzo, sempre richiamando il decreto-legge n. 6/2020, un decreto del Presidente del Consiglio stabilisce misure severe di sospensione delle attività produttive industriali e commerciali (con talune eccezioni) e il divieto per "tutte le persone fisiche di trasferirsi o spostarsi" in un comune diverso rispetto a quello in cui attualmente si trovano" (anche qui con eccezioni).

Il 1° aprile interviene un nuovo decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri che proroga ulteriormente (sino al 13 aprile 2020) l'efficacia delle misure in precedenza adottate. Da ultimo queste misure vengono, con talune piccole modifiche, confermate e prorogate sino al 3 maggio con il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 10 aprile, che, da un lato, dispone la cessazione dell'efficacia dei precedenti decreti e, dall'altro, ribadisce in modo sistematico l'insieme delle misure adottate.

Con un altro decreto del presidente del Consiglio dei Ministri, sempre del 10 aprile, viene nominato il Comitato di esperti (cd. Comitato Colao) con il compito di “elaborare e proporre al Presidente del Consiglio misure necessarie per fronteggiare l'emergenza epidemiologica Covid-19, nonché per la ripresa graduale nei diversi settori delle attività sociali, economiche e produttive ...”. La composizione di questo comitato sarà poi integrata con il decreto del presidente del Consiglio dei Ministri del 12 maggio.

Segue il decreto del presidente del Consiglio dei Ministri del 26 aprile, che sistematizza le misure sin qui adottate prevedendo anche mitigazioni ed eccezioni negli allegati elenchi. L'efficacia di queste misure è circoscritta al 17 maggio.

Queste misure vengono poi modulate ed in parte attenuate dal successivo decreto del presidente del Consiglio dei Ministri del 17 maggio, la cui efficacia si estende sino al 14 giugno; successivamente queste misure sono ulteriormente attenuate dal decreto del presidente del Consiglio dei Ministri dell'11 giugno con efficacia estesa sino al 14 luglio.

Intervengono, a partire dall'8 aprile, numerosi altri decreti-legge (recanti i nn. 22, 23, 28, 29, 30, 33, 34 e 52), l'ultimo dei quali porta la data del 16 giugno, che dispongono numerosi interventi di ordine economico, finanziario e sociale per fronteggiare le conseguenze dell'emergenza epidemiologica. Questi decreti contengono anche attenuazioni e mitigazioni dei divieti sin qui adottati, tendendo a liberalizzare, per quanto possibile, ogni attività.

#### *4. Ordinanze ministeriali e locali.*

A valle dei provvedimenti sin qui richiamati si registrano, in forza dei numerosi decreti-legge emanati per contrastare l'emergenza sanitaria ed anche ai sensi della normativa previgente (pure richiamata dai citati decreti-legge), numerose ordinanze del Ministero della salute e dei Presidenti delle Regioni che, in parte, anticipano, in parte specificano od integrano le misure statali adottate. Il termine dell'efficacia di tutte queste misure, comprese quelle di cui al § precedente risulta via via prorogato. Nei diversi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri viene altresì ribadita l'efficacia delle misure più restrittive adottate in sede regionale insieme con il divieto di misure più liberali (si vedano al riguardo, oltre all'art. 3, comma 2, del d.l. n. 6, all'art. 35 del d.l. n. 9 e all'art. 3 del d.l. n. 19, l'art. 5 del d.p.c.m. 8 marzo, l'art.10, comma 2, del d.p.c.m. 26 aprile).

#### *5. Disciplina dell'emergenza e diritti costituzionali.*

Come accennato in apertura, le misure sin qui adottate – volte come sono ad assicurare il “distanziamento” delle persone – incidono, alcune gravemente, sui diritti assicurati dalla Costituzione italiana.

Viene qui principalmente in rilievo la cd. libertà di movimento, nella specie di libertà di circolazione e di soggiorno, che l'art. 16 riconosce ad ogni cittadino con riferimento a “qualsiasi parte del territorio nazionale”, “salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità e di sicurezza”. Ogni cittadino, secondo quanto afferma il 1° comma dell'art. 16, è inoltre libero di uscire dal territorio della Repubblica e di rientrarvi, salvo gli obblighi di legge.

Ci si deve allora interrogare se le sopra ricordate disposizioni di decreti-legge sin qui emanati che abilitano diverse autorità (Presidente del Consiglio dei Ministri, Ministro della salute, Presidenti regionali e, talvolta, Sindaci di comuni) a disporre gravi limitazioni di quella libertà possano ritenersi coerenti con il testo costituzionale. Ora, fermo restando che le limitazioni in parola sono nella specie motivate da ragioni di sanità, l'interrogativo riguarda il rispetto della riserva di legge prevista dalla



norma costituzionale. Le ricordate disposizioni dei decreti-legge sull'emergenza sanitaria, a partire dal d.l. n. 6, indirizzano invero le limitazioni alla protezione della salute e prevedono specificamente il tipo di misure oggetto di possibile adozione, attribuendo il relativo potere al Presidente del Consiglio nonché la possibilità dell'adozione di ulteriori misure da parte delle autorità centrali e locali già competenti in base a precedenti disposizioni di legge (per vero l'art. 2 del decreto-legge n. 6 consentiva la possibilità dell'adozione di ulteriori misure anche fuori dei casi previsti, ma tale disposizione, evidentemente incostituzionale a causa del suo carattere estremamente generico, è stata poi abrogata, come si è detto, dal successivo decreto-legge n. 19).

Insomma, le limitazioni alla libertà di circolazione discendono evidentemente dalle fonti primarie prima ricordate, che stabiliscono regole sostanziali e in parte anche procedurali per la loro adozione, fermo restando che esse – interessando una riserva di legge pacificamente ritenuta relativa – sono concretizzate ed applicate con provvedimenti dell'esecutivo nazionale o locale. In altre parole, queste limitazioni appaiono rispondenti a quanto prevede l'art. 16 Cost. sia perché i diversi decreti-legge, che le prevedono, delineano direttamente le tipologie di misure adottabili (eccezion fatta, come si è detto, per l'abrogato art. 2 del d.l. n. 6) ed indicano anche gli organi ed i soggetti competenti ad adottarle, sia per la loro espressa finalizzazione alla difesa della salute della popolazione. In poche parole, queste limitazioni appaiono rispondenti all'art. 16 Cost., sia per quanto riguarda il rispetto della riserva relativa di legge, sia per quanto riguarda la riserva rinforzata, essendo dette misure chiaramente orientate ad assicurare la sanità pubblica.

Quanto alla limitazione della libertà d'ingresso nel territorio nazionale, essa sembrerebbe solo marginalmente toccata dalle disposizioni legislative via via emanate, salvo il richiamo nell'art. 1, comma 2, lett. *dd*), del decreto-legge n. 19 ad "obblighi di comunicazione al Servizio sanitario nazionale nei confronti di coloro che sono transitati e hanno sostato in zone a rischio epidemiologico come identificate dall'Organizzazione mondiale della sanità o dal Ministro della salute". Peraltro, come risulta dai decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri sin qui intervenuti, numerose prescrizioni sono dettate per quanti fanno ingresso in Italia nel periodo considerato sia in provenienza da paesi europei sia che provengano da Stati extraeuropei (v., da ultimo, le disposizioni di cui agli artt. 4, 5 e 6 del decreto del Presidente del Consiglio dell'11 giugno, la cui efficacia si estende sino al 14 luglio), sicché la facoltà d'ingresso dei cittadini nel territorio nazionale è solo indirettamente toccata dalla necessità del rispetto di quelle prescrizioni.

Per realizzare in concreto il distanziamento delle persone tale da ostacolare o comunque rallentare il contagio, i provvedimenti in argomento non incidono soltanto sulla libertà di circolazione, ma finiscono per colpire e limitare altri diritti costituzionali, tra i quali, non soltanto la libertà d'iniziativa economica che, secondo l'art. 41, non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana, ed anche la cd. libertà individuale di cui all'art. 23, ma lo stesso diritto di riunione che risulta gravemente inciso dai provvedimenti in parola, sia a causa del divieto preventivo ed assoluto di riunioni in luogo pubblico, riconducibile, forse, al 3° comma dell'art. 17, sia soprattutto per il divieto di riunioni in luogo aperto al pubblico ed in luogo privato, per le quali il diritto di cui al 1° comma dell'art. 17 non dovrebbe subire limitazioni di alcun genere.

Nella misura, poi, in cui il divieto di riunione riguarda anche le funzioni religiose che, in base all'art. 19, sembrano ricevere una tutela "privilegiata", in quanto la professione del culto incontra il solo limite dei "riti contrari al buon costume", c'è da riconoscere che verosimilmente le ricordate misure hanno superato il limite costituzionale. In altre parole, la Costituzione prevede il solo controllo preventivo dell'autorità amministrativa per le riunioni in luogo pubblico, attivabile per la difesa della sicurezza e della incolumità pubblica, ma proclama in modo inequivoco la libertà delle riunioni pacifiche e senz'armi in qualunque luogo essa si svolgano. Un divieto generalizzato di tutte

le riunioni, indipendentemente dai modi con cui e dai luoghi in cui esse si svolgono non può che collidere con la norma costituzionale.

Si deve peraltro osservare che le limitazioni introdotte dai provvedimenti sopra ricordati, sono fondamentalmente indirizzate ad assicurare il cd. distanziamento sociale, inibendo, soprattutto all'inizio, gli spostamenti delle persone dalla loro abitazione, sicché i divieti di riunione, pubblica, privata o religiosa, sono consequenziali al divieto, legittimo alla stregua dell'art. 16 Cost., di spostamento delle persone dalla loro abitazione. È ben vero che, nelle disposizioni prima ricordate, i divieti di riunione e di celebrazione di funzioni religiose sono proclamati in modo autonomo rispetto agli altri divieti, onde essi potranno sfuggire a fondati rilievi d'illegittimità costituzionale solo se interpretati come conferma dei divieti di spostamento.

Invero se il dichiarato obiettivo delle misure in parola è quello di assicurare il distanziamento delle persone, onde rallentare o fermare la propagazione dell'epidemia, incidendo direttamente ed immediatamente sulla libertà di circolazione, i divieti di riunione e di celebrazione di funzioni religiose ne rappresentano la logica conseguenza; sicché tali ulteriori divieti perdono qualsiasi autonomia, essendo semplice conseguenza dei limiti alla circolazione. Ancora in altre parole: il fatto che un certo numero di persone si trovino contemporaneamente in un luogo privato o aperto al pubblico ovvero partecipino ad una cerimonia religiosa, è semplicemente indice che quelle persone hanno violato il divieto di "uscire di casa" e cioè le limitazioni alla libertà di circolazione legittimamente emanate in base all'art.16 Cost., piuttosto che aver violato divieti di riunione o di celebrazioni religiose, che, in quanto tali, dovrebbero ritenersi incostituzionali.

Ciò non toglie, peraltro, che detti divieti (con le relative sanzioni per la loro violazione) siano di per sé incostituzionali, al massimo potendosi ammettere che la loro riscontrata violazione sia un mero indizio del mancato rispetto delle limitazioni della libertà di circolazione.

Ciò significherebbe, in conclusione, che la libertà di circolazione è la premessa per l'esercizio dei diritti nascenti dagli artt. 17 e 19 Cost., onde quel che la Costituzione inibisce è la limitazione per sé di dette libertà, ma non la limitazione che derivi come conseguenza dai limiti alla libertà di circolazione.

#### *6. Emergenza in tempo di pace e Costituzione.*

Le considerazioni che precedono aprono, a mio avviso, un grosso problema di tenuta delle istituzioni e delle regole costituzionali.

Da un lato, invero, il generale consenso che ha assistito le misure limitative in parola, unito anche ad una non disprezzabile loro efficacia, ha oscurato le difficoltà costituzionali affrontate, ma, dall'altro, la disinvoltura, con la quale si è proceduto, con la giustificazione dell'emergenza, a dette limitazioni apre la strada ad una riflessione sulla legislazione di emergenza in tempo di pace, sulla quale le regole costituzionali appaiono, allo stato, carenti.

Chi scrive ha, invero, sempre convintamente sostenuto l'inapplicabilità dell'art.7 8 Cost., che prevede il conferimento di poteri speciali al Governo, alle ipotesi dell'emergenza interna, se non altro per lo stretto collegamento di quel sistema con la fattispecie della guerra internazionale.

Oggi, di fronte ad un'emergenza sanitaria che miete numerosissime vittime e attacca il sistema economico e produttivo del Paese, la mancanza di un *Notstandgesetz* con la possibilità della sospensione di talune garanzie costituzionali fa sentire tutto il suo peso. Se sia un bene o un male lo diranno i posteri; qui si può solo dire che qualunque legislazione di emergenza (e dunque anche quella praticata oggi in Italia) può aprire la strada a tentazioni autoritarie, se alla cessazione della stessa non si accompagna l'immediato venir meno della relativa legislazione, se cioè l'emergenza venga artatamente prolungata allo scopo di mantenere in piedi i poteri speciali che essa giustifica.

Giova qui comunque sottolineare che i provvedimenti amministrativi sin qui richiamati si caratterizzano, come del resto stabilito dai decreti-legge che li autorizzano, nonché la stessa deliberazione del 31 gennaio circa lo stato di emergenza, per la loro proclamata temporaneità (spesso di solo un mese, talvolta ancor meno), che si giustifica con la necessità di seguire passo passo l'evoluzione dell'epidemia; ma ciò non toglie che la temporaneità stessa è la migliore assicurazione contro tentazioni di più lunga durata.

### *7. Ruolo egemone del Presidente del Consiglio dei Ministri.*

Sul piano delle fonti l'insieme dei provvedimenti qui ricordati mostra uno straordinario rilievo conferito ai decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, la cui attività sembra sovrastare quella delle altre autorità competenti in materia (non solo le Regioni, ma lo stesso Ministro della salute) il cui ruolo appare meramente integrativo se non applicativo. La stessa legislazione sulla protezione civile sembra confinata, contrariamente allo spirito del t.u. n. 1/2018, in posizione subalterna, soprattutto se si riflette che la dichiarazione di stato di emergenza del 31 gennaio, che avrebbe dovuto costituire la premessa di poteri straordinari in capo agli organi della protezione civile, ha finito col divenire un mero richiamo motivazionale dei decreti-legge via via emanati, mentre la travagliata nomina del c.d. supercommissario, con compiti di coordinamento delle attività della protezione civile, pur prevista dalla legislazione generale sulla protezione civile ha dovuto essere ribadita nell'art. 122 del decreto-legge n. 14.

Si ha, in altri termini, l'impressione che questa vicenda, all'esordio collocata nell'ambito della legislazione sulla protezione civile, sia sfuggita dal suo recinto naturale per approdare in quello più ampio della decretazione d'urgenza e soprattutto che con l'assegnazione ai decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri del compito di stabilire e precisare le misure stabilite nei decreti-legge si sia determinata una sorta di cortocircuito il cui esito è stato quello di esaltare la figura del Primo ministro, non come titolare del potere, previsto dall'art. 95 Cost., di direzione della politica generale del Governo e di coordinamento dell'attività dei ministri, ma più direttamente come titolare di un vero potere di decisione, di cui, del resto, non è traccia nella stessa legge n. 400/1988.

Invero detti poteri del Presidente del Consiglio dei Ministri appaiono del tutto nuovi nel pur frastagliato panorama delle fonti, dal momento che la stessa legge sull'ordinamento della Presidenza del Consiglio, che pur prevede un'ampia potestà normativa del governo e dei ministri, non prevede affatto decreti del Presidente del Consiglio del tutto sganciati dal sistema. Nella specie tali decreti, per mezzo dei quali sono state adottate le più rilevanti misure, hanno assunto, non ostante la loro temporaneità, un ruolo fondamentale nella gestione dell'emergenza, che ha finito per interessare la stessa forma di governo, collocando la figura del Primo ministro in posizione sovraordinata rispetto a quella dei ministri. Ma quante di queste mutazioni sopravviveranno al termine dell'emergenza? e, soprattutto, quando si prenderà atto che l'intero sistema della legge n. 400 deve essere riveduto, non apparendo ammissibile un'attività normativa quasi primaria del Presidente del Consiglio, laddove, secondo quanto prevede quella legge, la potestà regolamentare affidata al Governo non sfugge alla sua collegialità ed al controllo del Capo dello Stato, e comunque il suo esercizio, anche da parte dei singoli ministri, è sottoposto al previo parere del Consiglio di Stato ed alla registrazione della Corte dei conti?



MASSIMO LUCIANI

## Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza

SOMMARIO: 1. Risalire la catena normativa. – 2. La catena normativa dell'emergenza. - i) La Costituzione. - ii) Le fonti primarie generali. Rinvio. - iii) La dichiarazione dello stato di emergenza. - iv) I decreti-legge "emergenziali". - v) I decreti del Presidente del Consiglio dei ministri. - vi) Le ordinanze del Capo del Dipartimento della protezione civile. - vii) Le ordinanze del Ministro della salute. - viii) I provvedimenti di altri ministri. - ix) Le ordinanze regionali. - x) Le ordinanze prefettizie. - xi) Le ordinanze sindacali. – 3. Emergenza e dintorni. – 4. – Opportunità e rischi.

### 1. Risalire la catena normativa.

Il paziente 0 e il giorno 1 di quella che sarebbe diventata la pandemia da Covid-19 ancora non li conosciamo e forse non li conosceremo mai, ma il giorno 1 dello *stress* del nostro sistema delle fonti è noto. È il 31 gennaio 2020, infatti, che il Consiglio dei ministri adotta la delibera recante la "Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili"<sup>1</sup>. Ed è da quel momento che si diparte la porzione finale della "catena normativa" che ha retto e regge gran parte della vita pubblica e privata nel nostro Paese ormai da due mesi. Già prima vi erano stati interventi del Ministro della salute, che inizialmente aveva adottato provvedimenti di sorveglianza concernenti "*Tutti i passeggeri sbarcanti in Italia e provenienti con volo diretto da Paesi comprendenti aree in cui si è verificata una trasmissione autoctona sostenuta del nuovo Coronavirus (2019 - nCoV)*"<sup>2</sup> e poi aveva interdetto tutti i voli provenienti dalla Cina<sup>3</sup>, ma si trattava di interventi limitati e settoriali. Solo con la dichiarazione dello stato di emergenza nazionale le cose sono cambiate.

Per comprendere cos'è accaduto e cosa sta accadendo occorre risalire quella catena normativa, chiedendosi anzitutto a quali altri anelli si agganci il primo, cioè la ricordata delibera del Consiglio dei ministri.

Al fine di evitare equivoci preciso che la nozione di catena normativa può essere intesa in tre modi, dei quali - qui - considererò soprattutto uno.

Il primo è quello - classico - in cui essa è, in buona sostanza, una "catena normativa della giustificazione"<sup>4</sup>, che si ripercorre a ritroso sino a trovarne il fondamento logico (la kelseniana norma fondamentale) o fattuale (la forza legittimante).

Il secondo è quello in cui la si intende come formula descrittiva di un rapporto tra le fonti ordinanti una certa fattispecie tale che "la disciplina dell'oggetto emerge solo dalla catena nel suo insieme"<sup>5</sup>, distinguendo tra catena "verticale" (quando a essere collegate sono fonti di forza diversa) e catena "orizzontale" (quando lo sono fonti di pari forza)<sup>6</sup>.

Il terzo è quello in cui si parla anche di "catena", ma, in realtà, si ha in mente una "rete" e precisamente una rete di integrazione fra sistemi<sup>7</sup>, rete che non sarebbe definita una volta per tutte,

<sup>1</sup> Così il suo *titulum*. La delibera è pubblicata in *G.U.*, Serie gen., 1° febbraio 2020, n. 26.

<sup>2</sup> Art. 1, comma 1, ord. 25 gennaio 2020, in *G.U.*, Serie gen., 27 gennaio 2020, n. 21.

<sup>3</sup> Art. 1, comma 1, ord. 30 gennaio 2020, in *G.U.*, Serie gen., 1° febbraio 2020, n. 26.

<sup>4</sup> L'espressione è di, B.H. Bix, *Jurisprudence: Theory and Context*, 7<sup>a</sup> ed., Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2015, trad. it. di A. Porciello, P. Chiarella, I. Vadia, C. Atzeni, *Teoria del diritto. Idee e contesti*, Torino, Giappichelli, 2016, 80.

<sup>5</sup> G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, Zanichelli, 1998, 179.

<sup>6</sup> G.U. RESCIGNO, *La catena normativa. Contributo al tema della fattibilità delle leggi*, in *Pol. dir.*, 1987, 351.

<sup>7</sup> A. RUGGERI, *Neoregionalismo, dinamiche della normazione, diritti fondamentali*, in *Consulta OnLine (www.giurcost.org)*, Studi, 2002, 22.

ma funzionerebbe come un “processo”, nel quale “le dinamiche istituzionali e normative hanno modo [...] di svolgersi assecondando il moto stesso degli interessi e la loro sempre varia combinazione nell’esperienza”<sup>8</sup>.

In queste brevi riflessioni esaminerò la catena normativa nella sua prima accezione, alla ricerca del fondamento degli atti normativi collocati al suo termine (o quasi), visto che la loro legittimità è stata posta da più parti in dubbio proprio in ragione della pretesa assenza di un’adeguata connessione con altri più robusti e giuridicamente presupposti anelli. Del resto, le altre due accezioni non mi convincono.

Non la seconda, perché non corrisponde alla realtà dell’ordinamento l’idea che, in relazione a singole materie o fattispecie, una catena normativa possa (perché c’è una fonte che basta a se stessa) o addirittura debba (perché, ad es., c’è una riserva assoluta di legge) non darsi<sup>9</sup>. Sempre, infatti, la “disciplina dell’oggetto” emerge *almeno* dalla fonte pretesamente autosufficiente e dalla Costituzione (che non si limita mai a un mero conferimento di attribuzioni normative)<sup>10</sup>, sicché l’autosufficienza non può darsi<sup>11</sup>. Non solo. Le catene, senza per ciò trasformarsi in reti, sono sovente *sia* verticali che orizzontali, mescolandosi, nel susseguirsi degli anelli, fonti i cui rapporti sono retti dal principio gerarchico e fonti i cui rapporti sono retti da quello cronologico o da quello della separazione delle competenze (fermo restando, però, che entrambi questi principi sono logicamente subordinati a quello gerarchico, che è sempre una fonte di grado superiore a definire le relazioni diacroniche e quelle competenziali che intercorrono fra le altre)<sup>12</sup>.

Non la terza, perché essa, più che *descrittiva* della realtà dei rapporti fra ordinamenti, appare *prescrittiva* di un modo di concepirli, in linea con l’attuale tendenza al rafforzamento del giudiziario (che punta sul “dialogo fra le Corti” per sottrarsi alla costrizione del diritto positivo di riferimento) e all’apertura al *forum shopping*, che - lungi dall’essere la vagheggiata tecnica di più alta protezione dei diritti - è semplicemente uno strumento di miglior soddisfacimento degli interessi materiali più forti<sup>13</sup>.

Esaminiamo, dunque, i rapporti formali tra i vari tipi di fonti: sarà anche vero che la legittimità delle “procedure” seguite per affrontare l’emergenza “non può essere sempre rigorosamente argomentata da un punto di vista strettamente formale”<sup>14</sup>, ma essendo il diritto la veste formale dei rapporti sociali di forza è anzitutto alla prospettiva formale che occorre volgersi.

---

<sup>8</sup> A. RUGGERI, *Pluralismo assiologico, pluralismo istituzionale, integrazione di sistemi*, in “Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti, XIX, *Studi dell’anno 2015*, Torino, Giappichelli, 2016, 101.

<sup>9</sup> G.U. RESCIGNO, *L’atto normativo*, cit., 180.

<sup>10</sup> C’è da chiedersi, semmai, se la stessa Costituzione possa bastare a se stessa. E qui la risposta, ovviamente, dipende: a) da come si interpreta il rapporto fra la Costituzione e il suo fondamento legittimante; b) dalla concezione (monista o dualista) che si ha del rapporto fra diritto interno e diritto internazionale.

<sup>11</sup> In realtà, la proposta teorica di Rescigno sembra essere rivolta più alla ricostruzione dei rapporti fra organi che a quella dei rapporti tra fonti (e in *questa* prospettiva potrebbe essere accettata): “Il senso complessivo di una catena sul piano giuridico è chiaro: ottenere che alla disciplina complessiva di un determinato oggetto partecipino, ciascun per una parte, più centri di produzione normativa, nel presupposto che l’oggetto presenta diversi livelli di complessità, e dunque sia opportuno che per ciascun livello se ne occupi l’ente meglio attrezzato (è in fondo un’altra manifestazione implicita del principio di sussidiarietà, almeno dal punto di vista ideale)” G. U. RESCIGNO, *La manutenzione delle fonti* (2007), 39 (che può leggersi al “sito” del Consiglio regionale della Toscana).

<sup>12</sup> Non ascrivibile alle determinazioni di una fonte gerarchicamente superiore (ma a esigenze logiche) è, invece, il principio di specialità, che forse proprio per questo incontra serie difficoltà a essere equiparato ai tre criteri “principali” di risoluzione delle antinomie tra le fonti.

<sup>13</sup> Sono rilievi che ho formulato in innumerevoli occasioni. Da ultimo, mi permetto di rinviare, per il quadro generale, al mio *Dal chaos all’ordine e ritorno*, in *Riv. fil. dir.*, 2019, 349 sgg.

<sup>14</sup> I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione Giustizia* ([www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it)), 18 marzo 2020, 4.

## *2. La catena normativa dell'emergenza.*

È la specifica catena normativa dell'emergenza che qui interessa. Ormai si tratta di decine e decine di atti, che, se si vuole dare un senso al ragionamento, non è il caso di valutare partitamente. L'esame deve essere dunque condotto per *tipologie* di atti (e di tipologie si tratta anche quando il "tipo" è composto d'un atto soltanto). Dico subito che, almeno per gli atti dei tipi principali (non potendosi - ovviamente - allargare lo sguardo a tutti i tipi di fonte o di provvedimento amministrativo) adottati nel periodo da me considerato<sup>15</sup>, e salvo quanto dirò più avanti (specie in ordine al rapporto tra fonti statali e regionali), a me pare che, sul piano dei rapporti *formali* tra le fonti, le gravi preoccupazioni avanzate nel dibattito pubblico non siano fondate. Si è evocato lo "Stato di eccezione"<sup>16</sup>; si sono fatti paragoni con la "dittatura cui i romani facevano ricorso in situazioni di pericolo per la Repubblica"<sup>17</sup>, si è scritto "non siamo in guerra (o invece sì?)"<sup>18</sup> e via drammatizzando<sup>19</sup>. Sennonché non c'è alcun bisogno di drammatizzare, perché la situazione è già drammatica di per sé, per i diritti costituzionali, per la pubblica salute e per l'economia, mentre c'è bisogno di verificare se certe categorie (guerra, dittatura, eccezione), che hanno contorni giuridici (sia pur relativamente) precisi possano essere evocate a cuor leggero. E a me pare di no, per le ragioni che poi cercherò di indicare. I rischi della condizione in cui ci troviamo sono enormi (e ne dirò in chiusura), ma per i giuristi le parole e le categorie ch'esse descrivono pesano come macigni, sicché occorre sempre misurarle bene e usarle il più possibile nel loro significato tecnico. Al di là delle parole usate, restano problemi (serissimi) come quello della difficoltà interpretativa di alcune formule generali usate dalla normazione emergenziale e quello di una stratificazione normativa ormai alluvionale, che rende davvero difficile l'orientamento dei cittadini e degli operatori<sup>20</sup>.

Quanto al primo, l'abrogazione (da parte del d.l. n. 19 del 2020) dell'infelice formula dell'art. 2 del d.l. n. 6 del 2020 ("*Le autorità competenti, con le modalità previste dall'articolo 3, commi 1 e 2, possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dei casi di cui all'articolo 1, comma 1*")<sup>21</sup> ha posto rimedio a un evidente difetto di determinatezza che comprometteva la tenuta della catena. Nondimeno, è dubbio che la sanatoria delle misure adottate in attuazione del d.l. n. 6, operata dall'art. 2, comma 3, del d.l. n. 19, possa mettere al riparo dall'annullamento (o disapplicazione) giurisdizionale anche quelle "ulteriori" che siano state eventualmente prese avvalendosi del ricordato art. 2. Se il principio di legalità va inteso (in senso sostanziale) anche come principio di determinatezza delle norme attributive di potere e se tale principio costituisce un vincolo per il

---

<sup>15</sup> È bene precisare che questo scritto è stato consegnato per la pubblicazione il in data 10 aprile 2020.

<sup>16</sup> A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 26 marzo 2020, 9; D. TRABUCCO, *Sull'(ab)uso dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri al tempo del Coronavirus: tra legalità formale e legalità sostanziale*, in *Astrid* (<http://www.astrid-online.it>) *Rassegna*, n. 5/2020, 2; C. ZUCHELLI, *Lo "stato di eccezione" e i pericoli per la Costituzione che finisce violata*, in *ILDubbio* (<https://www.ildubbio.news/>), 4 aprile 2020; G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale di eccezione*, in *Costituzionalismo.it* ([www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it)), n. 1/2020, I sgg. (per quanto, nel merito, con non poche cautele). V. anche i veloci scritti di Giorgio Agamben *citt. alle nn.tt. 54-56*.

<sup>17</sup> M. OLIVETTI, *Così le norme contro il virus possono rievocare il «dictator»*, in *Avvenire*, 11 marzo 2020.

<sup>18</sup> M. AINIS, *Il bisticcio del potere*, in *La Repubblica*, 3 marzo 2020.

<sup>19</sup> Tornerò su queste errate qualificazioni al par. 3.

<sup>20</sup> Note critiche sul punto (non tutte, peraltro, a mio parere, condivisibili), da ultimo, in G. GUZZETTA, *E se il caos delle norme anti-contagio fosse un trucco per toglierci la voglia di libertà?*, in *ILDubbio* (<https://www.ildubbio.news/>), 4 aprile 2020.

<sup>21</sup> Formula contestata da più parti: v., ad es., M. DE NES, *Emergenza Covid-19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?*, in *Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>), 16 marzo 2020, 5; F. FILICE - G.M. LOCATI, *Lo Stato democratico di diritto alla prova del contagio*, in *Questione Giustizia* ([www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it)), 27 marzo 2020, 5.

legislatore (sicché è da ritenere viziata la legge che lo violi)<sup>22</sup>, l'art. 2 del d.l. n. 6 dovrebbe considerarsi incostituzionale e illegittima la sanatoria degli effetti da esso prodotti.

Quanto al secondo problema, il d.l. n. 19 del 2020, per le ragioni che si diranno appresso, non sembra averlo risolto.

*i) La Costituzione.*

All'inizio della catena (del diritto positivo) non può che stare la Costituzione, sicché l'interrogativo iniziale e prioritario deve appuntarsi sull'esistenza o meno di una legittimazione costituzionale di atti normativi sub-primari derogatori di norme primarie: un interrogativo che ha trovato innumerevoli tentativi di risposta in dottrina, mentre la giurisprudenza costituzionale l'ha sempre in qualche modo schivato, dando in genere per scontato che una copertura costituzionale ci sia<sup>23</sup>.

Ora, escluso che si possano qui ricostruire tutti i molteplici itinerari argomentativi seguiti da una vastissima dottrina, arricchitasi negli ultimi anni di molti nuovi contributi, mi limito a osservare brevemente<sup>24</sup> che, a mio avviso, il fondamento costituzionale c'è e deve rinvenirsi nei tradizionali principi del *primum vivere* e della *salus rei publicae*. Sovente, chi condivide questa opinione li considera "valori" immanenti al sistema, ma, quand'anche questo fossero, quel che conta è che essi sono stati sicuramente e chiaramente positivizzati, con la conseguenza che il loro trattamento deve essere quello dei veri e propri principi costituzionali. Sebbene i Costituenti abbiano consapevolmente deciso di non normare esplicitamente lo stato di emergenza (e più ancora di assedio)<sup>25</sup>, la loro positivizzazione si rinviene infatti in significativi *loci*: nella previsione dell'indivisibilità (art. 5) e dell'unità (art. 87) della Repubblica, ma anche in quella dell'intangibilità dei principi supremi del vigente ordine costituzionale, quali argini alla negoziazione pattizia, alla revisione costituzionale, al diritto sovranazionale e al diritto internazionale (artt. 7, 10, 11 e 139)<sup>26</sup>. La Costituzione, non la necessità, fonda i provvedimenti in questione: essi si radicano nel diritto costituzionale positivo, non nella pericolosa<sup>27</sup> idea che la necessità sia essa stessa fonte, come vorrebbe (per riprendere le corrosive parole di Francesco Racioppi) "quella nuova «ragion di Stato» che l'imperfetto costituzionalismo germanico ci raccomanda col nome pomposo di «diritto di necessità»"<sup>28</sup>. Idea che è radicalmente incompatibile con il primato della Costituzione e con la sua

---

<sup>22</sup> Da ultimo, Corte cost., sent. n. 195 del 2019.

<sup>23</sup> V. soprattutto Corte cost., sent. n. 115 del 2011.

<sup>24</sup> Riprendendo riflessioni svolte nel mio *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale*, in AA. VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2011, 1173 sgg.

<sup>25</sup> Una sintetica ricostruzione del dibattito alla Costituente, da ultimo, in G. DE MINICO, *Costituzione emergenza e terrorismo*, Napoli, Jovene, 2016, 34 sgg.

<sup>26</sup> Per ciascuno di questi profili v'è ormai inequivoca giurisprudenza costituzionale (v., in particolare, sentt. nn. 30 del 1971; 1146 del 1988; 238 del 2014; 115 del 2018).

Non mi sembra probante, invece, il riferimento all'art. 120, comma 2, Cost. e al suo riferimento al "pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica" (così, invece, G. DE MINICO, *Costituzione*, cit., 38), per la limitatezza degli effetti che ne conseguono (l'attribuzione allo Stato del potere sostitutivo).

Insufficiente, poi, il richiamo (che viene da F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 4) all'art. 77 (che non contempla la vera e propria emergenza) ed eccessivo quello all'art. 78 Cost. (che contempla una fattispecie del tutto diversa qual è - si vedrà al par. 3 - la guerra).

<sup>27</sup> E sempre meno condivisa: v. ad es., A. CARDONE, *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, Giappichelli, 2011, 49 sgg.

<sup>28</sup> F. RACIOPPI, *Lo stato d'assedio e i tribunali di guerra*, in *Giornale degli economisti*, 1898, 141. A questa tesi autenticamente liberale e garantista si contrappose quella - di stampo autoritario - di S(ANTI) ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Riv. dir. pubbl. e della p. a. in Italia*, 1909, 220: "La necessità si può dire che sia la fonte prima ed originaria di tutto quanto il diritto, in modo che rispetto ad essa, le altre sono a considerarsi in certo modo derivate". La caratura autoritaria della ricostruzione romaniana ben emerge dalla critica alle opinioni più pensose della tutela della libertà individuale, nelle quali vedeva "un residuo, sia



rigidità: ammettendo la necessità come fonte, la si dovrebbe anteporre alla stessa Costituzione, il che non ha alcun riscontro positivo<sup>29</sup>, e se mai la Costituzione venisse (pur provvisoriamente) travolta per ragioni emergenziali non potremmo desumere la legittimità dell'evento dalla necessità, ma dovremmo parlare di vera e propria rottura costituzionale, intesa come consapevole rimozione della forza normativa di alcune disposizioni costituzionali da parte delle istituzioni di vertice (la *Verfassungsdurchbrechung* nel senso di Jacobi e di Schmitt)<sup>30</sup>, destinata a legittimarsi (se vi riuscisse!) in virtù del *fatto*, non della piana applicazione di una (pretesa) fonte di *diritto*.

Ma torniamo alla legittimazione costituzionale. Poiché alla positivizzazione degli interessi conservativi dell'ordinamento non fa seguito una disciplina specifica delle competenze e dei procedimenti per la loro tutela, è da ritenere che la legittimazione s'indirizzi alla fonte primaria. La positivizzazione degli interessi non è dunque tale da consentire all'Esecutivo di adottare provvedimenti normativi eccezionali in deroga alle leggi vigenti (diversi, ovviamente, dai decreti-legge) *omisso medio*, cioè senza un'intermediazione legislativa che li preveda<sup>31</sup>. Alla fonte primaria "intermediaria", a sua volta, non è consentito conferire a quei provvedimenti la medesima forza della legge, perché della forza di una fonte può disporre solo la fonte sovraordinata<sup>32</sup>. È per questo che alle fonti *extra-ordinem* non può essere consentita l'abrogazione, ma solo la deroga temporanea delle fonti primarie, in armonia con il principio - pacifico, perché implicato dall'extra-ordinarietà - della temporaneità dello *spatium temporis* della loro applicazione. Emerge, qui, la relatività della distinzione tra sospensione e deroga: le fonti emergenziali non si limitano a sospendere "per un periodo di tempo determinato l'efficacia di una o più norme anteriori"<sup>33</sup>, ma - per quel periodo di tempo - disciplinano certe fattispecie in modo diverso da quelle, eppure non producono i medesimi effetti della deroga "ordinaria", che, caratterizzata dalla definitività<sup>34</sup>, non è altro che una forma di abrogazione parziale<sup>35</sup>.

---

pure inavvertito, del dottrinarismo costituzionale della prima maniera, che di tale libertà faceva un *prius* irriducibile, una barriera più o meno insormontabile di fronte alla potestà dello Stato" (ivi, 257)

<sup>29</sup> Non dissimile, mi sembra, la posizione di G. DE MINICO, *Costituzione*, cit., 24.

<sup>30</sup> Cfr. E. JACOBI, *Die Diktatur des Reichspräsidenten nach art. 48 der Reichsverfassung*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehre*, 1, (1924), 109; C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 5<sup>a</sup> ed., rist. dell'ed. 1928, Berlin, Duncker & Humblot, 1970, 100.

<sup>31</sup> Tesi opposta in A. CARDONE, *La "normalizzazione" dell'emergenza*, cit., 400.

<sup>32</sup> In senso opposto, per il riconoscimento della forza di legge alle fonti *extra-ordinem*, F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, in Id. (a cura di), *Diritto pubblico*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, Giappichelli, 2017, 191 sg. Che le ordinanze derogatorie della legge abbiano, per ciò solo, forza di legge, è stato costantemente negato dalla Corte costituzionale (v., in particolare, le sentt. nn. 8 del 1956 e 4 del 1977).

Nel mio *Atti normativi*, cit., 1178, avevo proposto di ricostruire il rapporto fra legge "intermediaria" e ordinanza derogatoria alla legge in termini analoghi a quelli della delegificazione (nel medesimo senso, ora, G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. amm.*, 2016, 33 sgg.; E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, BUP, 2019, 66). Nel testo, adesso, provo a leggere la questione nella prospettiva dei limiti intrinseci alla *vis normativa* dell'ordinanza.

<sup>33</sup> S.M. CICCONE, *Le fonti del diritto italiano*, 4<sup>a</sup> ed., Torino, Giappichelli, 2019, 66.

<sup>34</sup> Definitivi, peraltro, come già aveva notato S(ANTI) ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio*, cit., 265, possono essere gli effetti determinati dalla deroga *ad tempus*, ma questa è - ovviamente - cosa del tutto diversa. Non intendo bene, però, la preoccupazione di A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti Regionali* ([www.dirittiregionali.it](http://www.dirittiregionali.it)), n. 1/2020, 374, che teme un eccessivo consolidamento "a distanza di tempo dalla loro produzione". Soprattutto per quanto riguarda il sindacato del giudice amministrativo, le norme processuali assicurano un intervento più che tempestivo, anzitutto nella forma della tutela cautelare.

<sup>35</sup> La questione è puntualmente chiarita da V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 5<sup>a</sup> ed., Padova, Cedam, 1984, 194 (la deroga che "abbia carattere temporaneo" è sospensione, non abrogazione parziale). Adesivamente, S.M. CICCONE, *Le fonti del diritto italiano*, loc. cit.

Non di sospensione, ma di "rottura", parla invece G. Morbidelli, *Prefazione a E.C. RAFFIOTTA, Norme d'ordinanza*, cit., 5 sg.

Escluso che i provvedimenti emergenziali possano vedersi riconoscere la forza (e dunque anche il valore, con conseguente sindacabilità da parte della Corte costituzionale)<sup>36</sup> di legge, la fonte primaria "intermediaria" non potrà comunque limitarsi alla generica previsione della loro adottabilità. Poiché, come accennato, il principio di legalità, nel nostro ordinamento, va inteso non solo in senso formale, ma anche sostanziale<sup>37</sup>, giustamente la Corte costituzionale ha precisato che è "conforme a Costituzione la possibilità che alle autorità amministrative siano affidati i poteri di emissione di provvedimenti diretti ad una generalità di cittadini, emanati per motivi di necessità e di urgenza, con una specifica autorizzazione legislativa che però, anche se non risulti disciplinato il contenuto dell'atto (che rimane, quindi, a contenuto libero), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata"<sup>38</sup>. Non solo. Gli atti in questione devono essere autenticamente *extra-ordinem*, sia nel senso che non si dovrebbe abusarne<sup>39</sup>, sia nel senso che non è consentito costruire il medesimo modulo ora descritto quando difettano i presupposti costituzionali legittimanti che ho indicato. È per questo che, nella notissima e già cit. sent. n. 115 del 2011, la Corte costituzionale, decidendo una questione di costituzionalità avente ad oggetto l'art. 54, comma 4, del t.u.e.l., per come sostituito dall'art. 6 del d. l. n. 92 del 2008, ha affermato che "non è consentito alle ordinanze sindacali «ordinarie» [...] di derogare a norme legislative vigenti, come invece è possibile nel caso di provvedimenti che si fondino sul presupposto dell'urgenza e a condizione della temporaneità dei loro effetti".

Il problema, a questo punto, si sposta, diventando quello delle modalità di identificazione e proclamazione di quella situazione di emergenza cui può conseguire l'adozione degli atti *extra ordinem*. Poiché la Costituzione consente al Governo di normare nei casi di necessità e di urgenza adottando decreti-legge, si deve ritenere che sia proprio questa la fonte riservataria di tale identificazione e proclamazione<sup>40</sup>. Tanto, ovviamente, se difetta una previsione *legislativa* che contempli un diverso procedimento generale idoneo alla bisogna. Il che - come fra poco si dirà - è esattamente quanto accade nel nostro ordinamento.

In conclusione: la Costituzione contiene il fondamento legittimante (espresso ancorché implicito) della normazione *extra ordinem*, sebbene l'operatività della legittimazione sia condizionata dall'intermediazione di una fonte primaria. È dunque assai dubbio che la diffusa sollecitazione a una revisione costituzionale che disciplini lo stato di emergenza meriti di essere raccolta: la Costituzione ha mostrato di saper reggere<sup>41</sup> e, una volta di più, se ci sono dei problemi non è di là che vengono.

## ii) Le fonti primarie generali. Rinvio.

Alcune fonti primarie disciplinano in via generale i provvedimenti eccezionali che possono essere adottati in situazioni di emergenza. Di esse interessano, qui, soprattutto quelle relative all'emergenza sanitaria, come la l. 23 dicembre 1978, n. 833 (in particolare all'art. 32) e il d. lgs. 2

---

<sup>36</sup> Doveroso il richiamo alle riflessioni di A.M. SANDULLI, *Legge. Forza di legge. Valore di legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 269 sgg.

<sup>37</sup> V., da ultimo, la sent. Corte cost., n. 195 del 2019, ma già prima, proprio nella materia che qui interessa, la sent. n. 115 del 2011. Con particolare rigore, specificamente sul principio di legalità delle pene, la recente sent. n. 32 del 2020.

<sup>38</sup> Corte cost., sent. n. 617 del 1987.

<sup>39</sup> Il che, invece, accade frequentemente. Cfr., sul punto, almeno C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Diritto pubblico*, 2009, spec. 3334 sgg. Di un "sistema parallelo" di normazione aveva parlato, proprio a proposito delle ordinanze, anche V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'Amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 2007, 377.

<sup>40</sup> Così G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2003, 453 sgg. *Contra*, A. CARDONE, *La "normalizzazione" dell'emergenza*, cit., 366 sgg., con argomenti che ho avuto modo di sottoporre a critica nel mio *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo*, cit., 1177 sg., *ad notam*.

<sup>41</sup> V. M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, in *Questione Giustizia* (<http://www.questionegiustizia.it/>), 7 aprile 2020, 11.

gennaio 2018, n. 1, recante il "Codice della protezione civile" (*hinc inde*: "Codice"). Se ne parlerà nel prosieguo, laddove si esaminerà la loro capacità (o meno) di legittimare i provvedimenti emergenziali succedutisi negli ultimi due mesi, mentre più sullo sfondo restano le norme ancor più generali dettate dall'art. 2 del t.u.l.p.s. e dall'art. 50, comma 5, del t.u.e.l.

*iii) La dichiarazione dello stato di emergenza.*

Come in genere accade, anche la delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio richiama, a proprio fondamento, una variopinta pluralità di atti normativi. Quello che davvero conta, però, è il primo richiamo, in cui si dà atto che la delibera è adottata "visto" il d. lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, e "in particolare" gli artt. 7, comma 1, lett. c), e 24, comma 1. È questo il richiamo che conta, appunto, perché, al di là di quanto si scrive in premessa, l'art. 1, comma 1, della delibera dichiara che lo stato di emergenza nazionale è proclamato "*ai sensi e per gli effetti dell'articolo 7, comma 1, lettera c), e dell'articolo 24, comma 1, del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1*", così come il comma 2 del medesimo articolo chiarisce che quelli da adottare durante lo stato di emergenza sono gli "*interventi di cui all'articolo 25, comma 2, lettere a) e b) del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1*". In definitiva:

a) la deliberazione dello stato di emergenza ha il proprio fondamento nel Codice della protezione civile, fonte primaria la cui legittimità è già stata scrutinata dalla Corte costituzionale<sup>42</sup>;

b) essendo assunta ai sensi dell'art. 24 del Codice, quello che viene proclamato (sebbene nell'articolato non lo si dica espressamente) è specificamente lo "stato di emergenza di rilievo nazionale";

c) l'"emergenza" è uno specifico istituto giuridico (che non può confondersi con la guerra, l'eccezione, lo stato d'assedio, etc.), del quale il diritto positivo, al di là delle sue determinazioni teorico-generalì, definisce presupposti (artt. 1 e 7 del Codice), conseguenze giuridiche (in particolare, artt. 24 e 25) e limiti temporali (art. 24, comma 3)<sup>43</sup>.

La declaratoria dello stato di emergenza non si sottrae al controllo giurisdizionale<sup>44</sup>. Al di là dell'evidente crisi (nonostante l'art. 7, comma 1, c.p.a.) dell'atto politico come atto insindacabile<sup>45</sup>, la deliberazione ex art. 24 del d. lgs. n. 1 del 2018 è sindacabile perché i suoi presupposti sono stabiliti dalla fonte primaria, con la conseguenza che il loro ricorrere può ben essere accertato dal giudice (anzitutto amministrativo). Ai sensi del comma 1 dello stesso art. 24, infatti, la dichiarazione può essere adottata solo "*sulla base dei dati e delle informazioni disponibili*", dati che devono dimostrare la sussistenza dei "*requisiti di cui all'articolo 7, comma 1, lettera c)*". Si deve perciò trattare di quei "*dati, univoci e concordanti*" che una nota pronuncia della Corte costituzionale ha considerato essenziali<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> Corte cost., sent. n. 418 del 1992. Oggetto della pronuncia era la l. 24 febbraio 1992, n. 225 ("Istituzione del servizio nazionale della protezione civile"), ma il suo contenuto era analogo a quello del Codice. In quell'occasione, la Corte affermò, fra l'altro, che "*Nel ricorrere di così gravi emergenze, quando l'ambiente, i beni e la stessa vita delle popolazioni sono in pericolo e si richiede un'attività di soccorso straordinaria ed urgente, risulta giustificato che si adottino misure eccezionali [...]*".

<sup>43</sup> Tornerò sul punto al par. 3.

<sup>44</sup> Indimostrata, dunque, l'affermazione di G. RAZZANO, *Le ordinanze di necessità e di urgenza nell'attuale ordinamento costituzionale*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 9 ottobre 2008, 11, che "non esiste [...] alcun modo per attivare un giudizio di proporzionalità fra l'amministrazione ordinaria e quella straordinaria, che rimane costituzionalmente incontrollata [...]", ora ripresa da D. TRABUCCO, *Sull'(ab)uso*, cit., 15.

<sup>45</sup> V. la nota sent. Corte cost., n. 81 del 2012; v. anche, di recente, a mo' di *sequitur* nella giurisprudenza comune, per una concezione restrittiva di "atto politico" e largheggiante di "atto di alta amministrazione", T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 4 gennaio 2020, n. 54; in dottrina, da ultimo, le opposte opinioni di G. CERRINA FERONI, *La sindacabilità giudiziaria dell'atto politico. Un'aberrazione costituzionale*, in *laCostituzione.info* (<http://www.lacostituzione.info/>), 7 febbraio 2019 (contraria alla sindacabilità), e S. CURRERI, *L'atto politico è sempre insindacabile?*, *ivi*, 9 febbraio 2019 (favorevole).

<sup>46</sup> Corte cost., sent. n. 127 del 1995.

Sempre la Corte, del resto, ha già riconosciuto la sindacabilità delle dichiarazioni di uno stato di emergenza scrutinando la legittimità costituzionale del d.l. 6 novembre 2008, n. 172, *“nella parte in cui, limitatamente alle aree geografiche in cui vige lo stato di emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti, configura come delitto condotte che, nel restante territorio nazionale, non sono penalmente rilevanti (lettera a) o sono punite a titolo di contravvenzione (lettera d)”*. In quella occasione, la violazione della riserva di legge ex art. 25 Cost. è stata esclusa perché *“Le norme censurate non appartengono alla categoria delle cosiddette «norme penali in bianco» (che pure, a certe condizioni, questa Corte ha dichiarato costituzionalmente ammissibili [...]), in quanto in esse la fattispecie criminosa è compiutamente descritta e le pene sono specificamente previste. La dichiarazione dello stato di emergenza, da parte dell'autorità governativa, è solo una condizione di fatto per l'applicabilità delle norme medesime, che non integra in alcun modo il contenuto del precetto penale, fissato nella legge, in sé e per sé completo ed autosufficiente. Peraltro, la stessa dichiarazione dello stato di emergenza può avvenire solo in presenza dei presupposti legislativamente previsti [...]. L'atto amministrativo a carattere generale, che funge da presupposto per l'applicabilità delle sanzioni penali previste dalle norme censurate, è pertanto esso stesso suscettibile di valutazione, sotto il profilo della legittimità, da parte dei giudici ordinari e di quelli amministrativi, nell'ambito delle rispettive competenze. Non si riscontra quindi la possibilità di decisioni governative illegittime, da cui deriverebbero indirettamente le conseguenze penali previste dalle norme oggetto della presente questione, senza che sia esperibile alcun controllo di legalità”*<sup>47</sup>. Insomma, il sillogismo è semplice: se ci sono paradigmi normativi che devono essere rispettati il controllo del giudice non può difettare<sup>48</sup>; qui i paradigmi normativi ci sono; il sindacato giurisdizionale, di conseguenza, non può mancare<sup>49</sup>. D'altro canto, la più garantista dottrina dell'inizio del secolo passato l'aveva sostenuto per i decreti istitutivi dello stato d'assedio<sup>50</sup>: non mi sembra che si possa pensare il contrario in vigenza della Costituzione repubblicana.

Né la compressione delle prerogative del Governo si fa, così, eccessiva, sia perché esse sono sempre tutelabili in sede di conflitto di attribuzione, sia perché il sindacato giurisdizionale su atti del genere dev'essere più “esterno” che mai, essendo tenuto a limitarsi alla verifica della coerenza interna dell'atto<sup>51</sup> e all'accertamento dell'effettiva sussistenza dei *fatti* posti a base della

---

<sup>47</sup> Corte cost., sent. n. 83 del 2010.

<sup>48</sup> Si tratta del medesimo ragionamento svolto, ancorché in riferimento al sindacato del giudice costituzionale, dalla cit. sent. Corte cost. n. 81 del 2012. Da ultimo, in questo senso, G. PANATTONI, *La controversa figura dell'atto politico, alla luce dei casi “Diciotti” e “Gregoretti”*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), n. 8/2020, 223.

<sup>49</sup> Sulla possibilità che il giudice (amministrativo) verifichi il “fatto emergenziale”, E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza*, cit., 246.

Non può convincere, pertanto, la giurisprudenza amministrativa quando, a proposito degli atti dichiarativi delle situazioni di emergenza, afferma che nelle norme che li legittimano una “definizione [di emergenza] c'è, anche se avviene per relationem con riguardo a ciò che è riconosciuto come tale dalle competenti autorità” (così Cons. Stato Sez. IV, 29 gennaio 2015, n. 423). Come detto nel testo, la legge definisce i presupposti dell'emergenza e non si limita a normare per relationem, onerando l'autorità di governo dell'accertamento istruttorio e della motivazione della sussistenza dei presupposti dell'emergenza.

<sup>50</sup> F. CAMMEO, *Lo stato d'assedio e la giurisdizione*, in *Giur. it.*, 1898, 372 sgg.; G. ARANGIO RUIZ, *Sulla legittimità dei Tribunali di guerra istituiti nei luoghi devastati dal terremoto del 28 dicembre 1908*, in *Riv. di dir. pubbl. e della p. a. in Italia*, 1909, 520 sg. (v., in particolare, *ivi*, 522: “la Corte suprema dovea considerare, pel suo dovere di esaminare, nelle ordinanze di necessità o di urgenza, se la materia è veramente urgente, senza di che l'arbitrio governativo diventa sconfinato”); S. LONGHI, *Sull'ultimo decreto di stato d'assedio*, in *Riv. dir. pubbl. e della p. a. in Italia*, 1909, 151 sgg. (con riconoscimento di un amplissimo potere giurisdizionale di sindacato, anche sui presupposti). *Contra*, ma rapidamente, A. TRAVERSA, *Lo “stato di necessità” nel diritto pubblico interno*, Napoli, Piero, 1916, 90.

<sup>51</sup> Almeno su questo punto il controllo giurisdizionale era ammesso anche da S(ANTI) ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio*, cit., 271.

deliberazione<sup>52</sup>, senza impingere nel merito (ciò che non è ammesso, del resto, nemmeno sulla comune discrezionalità tecnica)<sup>53</sup>.

Vero questo, sembra abbastanza evidente che, nella specie, non si possa negare alla deliberazione dello stato di emergenza un robusto fondamento. Se non bastasse la dichiarazione dello stato di emergenza internazionale fatta dall'OMS il giorno precedente, sarebbero sufficienti i drammatici dati epidemiologici di questi due mesi a dimostrare l'assurdità e la pericolosità della tesi di chi ha parlato di una "invenzione" dell'epidemia per finalità di controllo sociale<sup>54</sup>. Una posizione così priva di argomentazioni e prove da essere apodittica<sup>55</sup> e che per il suo estremismo biopolitico ha anche il demerito di indebolire quella di chi, più saggiamente, ha messo in guardia dalla "normalizzazione" futura che potrebbe essere suggerita dalla vicenda emergenziale<sup>56</sup>.

*iv) I decreti-legge "emergenziali".*

Una cospicua serie di decreti-legge ha fatto seguito, sia pure con un certo ritardo (il primo della serie è il n. 6 del 23 febbraio), alla dichiarazione di emergenza. La loro legittimità (e la legittimità delle relative leggi di conversione, ché la sorte delle due fonti è - per logica e per ormai saldo indirizzo della giurisprudenza costituzionale - legata)<sup>57</sup> dipende evidentemente dal rispetto o meno dei canoni previsti dall'art. 77 Cost. Qui si deve operare un *distinguo*.

Sul ricorrere dei due *presupposti* della necessità e dell'urgenza, *nulla quaestio*. Anche a voler discostarsi dal consolidato indirizzo della Corte costituzionale, a tenor del quale "*il sindacato sulla legittimità dell'adozione, da parte del Governo, di un decreto-legge va limitato ai casi di evidente mancanza dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza richiesti dall'art. 77, secondo comma, Cost., o di manifesta irragionevolezza o arbitrarietà della loro valutazione*"<sup>58</sup>, sarebbe difficile negare che in una contingenza come quella odierna l'intervento dei "provvedimenti provvisori con forza di legge" previsti dall'art. 77 Cost. sia legittimo, perché ci troviamo nell'ancor più radicale condizione

---

<sup>52</sup> Più in generale, è da auspicare che il giudice amministrativo italiano non segua l'esempio del più disinvolto "cugino" francese, che di recente, sulla base di un apprezzamento del pubblico interesse diverso da quello operato dal Governo, ha (nientemeno...) "*enjoint au Premier ministre et au ministre de la santé, de prendre dans les quarante-huit heures les mesures suivantes*:"

- *préciser la portée de la dérogation au confinement pour raison de santé;*

- *réexaminer le maintien de la dérogation pour «déplacements brefs, à proximité du domicile»;*

- [...] *évaluer les risques pour la santé publique du maintien en fonctionnement des marchés ouverts, compte tenu de leur taille et de leur niveau de fréquentation*".

<sup>53</sup> Che "non è suscettibile di sindacato in sede giurisdizionale quanto al merito della scelta effettuata, salvo - senza che ciò comporti [...] «un'inammissibile inversione dell'onere della prova in ordine all'idoneità tecnica della scelta amministrativa» - vizi di forma o di procedura o manifesta irragionevolezza o carenza nell'istruttoria e nel bilanciamento dei diversi interessi coinvolti" (così, da ultimo, Cons. Stato, Sez. II, 26 marzo 2020, n. 2099).

<sup>54</sup> Cfr. G. AGAMBEN, *L'invenzione di un'epidemia* (26 febbraio 2020) e Id., *Contagio* (11 marzo 2020), leggibili in rete alla pagina che questo A. tiene su *Quodlibet* (<https://www.quodlibet.it/>).

<sup>55</sup> Criticata con rigorosa dimostrazione delle sue contraddizioni interne da D. GRASSO, *Agamben, il Coronavirus e lo stato di eccezione*, in *minima&moralia* (<http://www.minimaetmoralia.it/wp/about/>), 27 febbraio 2020, e con durezza, anche con toni - diciamo così - "pittoreschi", da P. FLORES D'ARCAIS, *Filosofia e virus: le farneticazioni di Giorgio Agamben* (16 marzo 2020), in *MicroMega* (<http://www.micromega.net/>). Debolissima (soprattutto per il rifiuto di ammettere il grave errore commesso) la risposta di G. AGAMBEN, *Chiarimenti* (17 marzo 2020), sempre sulla rubrica di *Quodlibet* (<https://www.quodlibet.it/>).

<sup>56</sup> V. le corrette riflessioni di G. PRETEROSSO, *Da emergenza sanitaria a stato di eccezione politico* (25 marzo 2020), leggibile in *MicroMega-Il rasoio di Occam* (<http://ilrasoiiodioccam-micromega.blogautore.espresso.repubblica.it/>). Lo stesso G. AGAMBEN, *Riflessioni sulla peste* (27 marzo 2020), sempre loc. cit., è ora costretto a spostare l'attenzione sul "dopo".

<sup>57</sup> È arcinoto che è così già dalla sent. Corte cost., n. 29 del 1995.

<sup>58</sup> Così, da ultimo, Corte cost., sentt. nn. 99 del 2018 e 97 del 2019.

dell'emergenza<sup>59</sup>. Nonostante alcune voci contrarie in dottrina<sup>60</sup>, peraltro, a me sembra evidente che i decreti-legge in questione non possano essere iterati o reiterati: nonostante la peculiarità dello stato di emergenza, l'art. 77 Cost. non tollera d'esserne dimidiato e pretende d'essere osservato nella sua integralità. E, come la Corte ha ben spiegato sin dalla storica sent. n. 360 del 1996, solo "presupposti giustificativi nuovi di natura «straordinaria»" (nuovi!) possono giustificare un altrettanto nuovo esercizio della decretazione d'urgenza, tale - però - che il nuovo decreto-legge "non potrà porsi in un rapporto di continuità sostanziale con il decreto non convertito". In difetto di presupposti nuovi, l'ulteriore decreto-legge dovrebbe "risultare caratterizzato da contenuti normativi sostanzialmente diversi", sicché non ci sarebbe alcuna iterazione o reiterazione.

Discorso più complesso per la *condizione* costituzionale di legittimità della decretazione d'urgenza, cioè per la straordinarietà.

Come osservavo già in altra occasione, essa, a mio avviso, non è un presupposto, nel senso che non inerisce in particolare al singolo decreto-legge, condizionando la concreta praticabilità giuridica della sua adozione, ma attiene in generale all'istituto del decreto-legge, sostanziandosi nella prescrizione che la decretazione d'urgenza non può essere uno strumento ordinario di normazione primaria<sup>61</sup>. La conseguenza è che, essendo costituzionalmente vietata la trasformazione della straordinarietà in ordinarietà, gli atti che la determinano sono illegittimi. Proprio per questo ipotizzavo che il principio della straordinarietà, da un lato, vietasse l'urgenza autoprocurata e, dall'altro, imponesse il dovere di dare al decreto-legge e alla legge di conversione un contenuto omogeneo<sup>62</sup>, dovere di omogeneità che peraltro sembra ormai *ius receptum*<sup>63</sup>.

Che accade, dunque, nella situazione attuale? Non si dovrebbe forse dire che, essendosi la normazione primaria ridotta alla sola decretazione d'urgenza, il principio della straordinarietà è stato violato? A me pare che si debba fare qualche precisazione.

Allo stato delle cose, la moltiplicazione dei decreti-legge non è altro che la proiezione normativa della fattuale eccezionalità del momento, sicché la decretazione d'urgenza resta pur sempre (legata a una contingenza) extra-ordinaria. Diversa dovrebbe essere la conclusione qualora l'emergenza si protrasse per molti mesi. In quel caso, infatti, ci troveremmo in una condizione trasformata in *sostanzialmente* ordinaria (per quanto a tempo definito possa essere), che reclamerebbe una parimenti ordinaria risposta delle istituzioni. In particolare, il Parlamento dovrebbe recuperare

---

<sup>59</sup> Il concetto sarà anche di difficile definizione generale, ma il ricorrere di questa condizione è addirittura intuitivo (così anche A. RUGGERI, *Scelte tragiche e Covid-19*, in *Giustizia Insieme* ([www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it)), 24 marzo 2020, 4) e comunque ha trovato la sua formalizzazione nella delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio. Sul punto, comunque, si tornerà al par. 3.

<sup>60</sup> V., ad es., B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), n. 6 del 2020, VII; A. VERNATA, *Decretazione d'urgenza e perimetro costituzionale nello stato di "emergenza epidemiologica"*, in *Forum della Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>), 13 marzo 2020, 5 (sulla base di una singolare citazione "correttiva", in parentesi quadra, della sent. n. 360 del 1996: "la sussistenza dei «presupposti giustificativi nuovi [rectius: attuali] di natura «straordinaria»").

<sup>61</sup> M. LUCIANI, *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale*, in AA. VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2011, 1163.

<sup>62</sup> Altrimenti il dipolo decreto-legge - disegno di legge di conversione, strumento straordinario di normazione, si trasformerebbe, appunto, in strumento ordinario: M. LUCIANI, *Atti normativi*, cit., 1165 sg.

<sup>63</sup> Sin dalla sent. n. 22 del 2012. Come si legge, da ultimo, nella sent. n. 247 del 2019, "la violazione dell'art. 77, secondo comma, Cost. per difetto di omogeneità si determina solo quando le disposizioni aggiunte siano totalmente «estrane» o addirittura «intruse», cioè tali da interrompere ogni correlazione tra il decreto-legge e la legge di conversione (sentenza n. 251 del 2014)".

L'obiezione di (un carissimo amico da pochissimo purtroppo scomparso, qual era) S.M. CICONETTI, *Obbligo di omogeneità del decreto-legge e della legge di conversione?*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), Studi, 2012 (01.10.12), che può leggersi in rete in, a tenor della quale la Corte, così, avrebbe introdotto un requisito di legittimità ulteriore rispetto a quelli previsti dall'art. 77 Cost. non può convincere, perché la straordinarietà è ospitata esattamente in quella disposizione costituzionale.

appieno la propria capacità nomopoietica, liberandosi dal ruolo di mero ufficio di conversione in legge dei decreti del Governo (e a questo scopo sarebbe essenziale la soluzione dei problemi pratici di funzionamento delle assemblee rappresentative, garantendo la pienezza del dibattito e, allo stesso tempo, la sicurezza dei parlamentari)<sup>64</sup>. Se così non fosse, allora, e solo allora, potrebbe e dovrebbe porsi il problema della violazione del principio costituzionale della straordinarietà<sup>65</sup>.

*v) I decreti del Presidente del Consiglio dei ministri.*

Il Presidente del Consiglio è, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. a), del Codice, "autorità nazionale di protezione civile e titolare delle politiche in materia". Il Codice confida al Presidente del Consiglio anche "i poteri di ordinanza in materia di protezione civile", stabilendo peraltro che, "salvo che sia diversamente stabilito con la deliberazione di cui all'articolo 24" (cioè con la deliberazione dello stato di emergenza), egli può esercitarli "per il tramite del Capo del Dipartimento della protezione civile" (art. 5, comma 1). È direttamente il Presidente del Consiglio, comunque, che "determina le politiche di protezione civile per la promozione e il coordinamento delle attività delle amministrazioni dello Stato, centrali e periferiche, delle regioni, delle città metropolitane, delle province, dei comuni, degli enti pubblici nazionali e territoriali e di ogni altra istituzione e organizzazione pubblica o privata presente sul territorio nazionale" (art. 5, comma 2). Il Codice, poi, dispone che spetta sempre al Presidente del Consiglio dei ministri adottare direttive con cui dare "gli indirizzi per lo svolgimento, in forma coordinata, delle attività di protezione civile di cui all'articolo 2, al fine di assicurarne l'unitarietà nel rispetto delle peculiarità dei territori" (art. 5, comma 2, da leggere in combinato disposto con l'art. 15, da esso richiamato). Sempre il codice disciplina, all'art. 25, limiti e contenuto delle ordinanze di protezione civile, da considerare a tutti gli effetti atti normativi<sup>66</sup>, tanto che la

---

<sup>64</sup> È noto che alcuni (Ainis, Ceccanti, Clementi, Fusaro, etc.) propongono che il Parlamento funzioni sin d'ora con modalità telematiche. Il fondamento di questa proposta (l'interpretazione "evolutiva" della nozione di "presenza" parlamentare, alla quale aderiscono anche Caravita e D'Aloia, ma proiettandone l'applicazione nel futuro, sulla base di procedure ancora da definire) è da respingere con fermezza (ho cercato di argomentarlo *verbis* in occasione di un dibattito su Radio radicale su "Parlamento aperto: a distanza o in presenza? (Il appuntamento)" organizzato dall'On. Brescia, cui hanno partecipato Curreri, Lupo e Trucco a favore della tesi qui criticata e - oltre chi scrive - Calvano e Lippolis contro). Se mai si arriverà a quel punto, non sarà perché la Costituzione o i regolamenti parlamentari lo consentano, ma solo perché si sarà avuta una rottura della Costituzione (un'autentica *Verfassungsdurchbrechung* nel senso già visto), magari necessaria e inevitabile, ma pur sempre rottura.

Gravissimi sono, poi, i rischi della proiezione futura dell'acrobazia interpretativa che si propone, poiché essa legittimerebbe la riduzione del Parlamento a stanza virtuale anche nei momenti di ordinario funzionamento delle istituzioni (in questo senso, esattamente, anche F. TORRE, *La Costituzione sotto stress ai tempi del coronavirus*, in *Forum della Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>), 27 marzo 2020, 8).

Nota, infine, che inopinatamente qualcuno dei favorevoli ha arruolato nel proprio gruppo Gaetano Azzariti, laddove questi si è limitato a scrivere che "personalmente credo che anche in questa fase di necessità si possano trovare modalità organizzative per assicurare un voto in presenza garantendo sia il rispetto degli equilibri politici (la proporzione dei gruppi), sia tutte le misure di sicurezza necessarie (voto scaglionato e tempi dilazionati)": G. AZZARITI, *Editoriale*, cit., IV (sono grato all'A. per avermi dato l'"interpretazione autentica" del suo pensiero).

<sup>65</sup> Speculare il rilievo di L.A. MAZZAROLI, "Riserva di legge" e "principio di legalità", cit., 15, che, postulando la necessità che le misure emergenziali siano prese con decreto-legge e non con ordinanza, ritiene che in condizione di emergenza la straordinarietà debba tramutarsi in ordinarietà.

<sup>66</sup> Sul punto, ampiamente E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza*, cit., spec. 249 sgg.

Peraltro si tratta di atti normativi di natura non regolamentare, come invece affermato da P. CARROZZINO, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in *laCostituzione.info* (<http://www.lacostituzione.info/>), 19 marzo 2020 (che, peraltro, correttamente nega che la catena delle fonti succedutesi in questo periodo di emergenza sia affetta da vizi di costituzionalità).

Speculare la posizione di M.A. SIMONELLI, *Il Covid-19 e la gestione governativa dello stato di emergenza. Una riflessione a caldo*, in *laCostituzione.info* (<http://www.lacostituzione.info/>), 28 marzo 2020, il quale correttamente nega la natura regolamentare dei decreti del Presidente del Consiglio ed erroneamente (almeno a mio avviso, per le ragioni indicate nel testo) sostiene ch'essi avrebbero violato la riserva di legge di cui all'art. 16 Cost.

categoria in cui tali atti rientrano si ritenga caratterizzata dalla novità<sup>67</sup>, quanto che si ritenga caratterizzata dalla generalità e dall'astrattezza<sup>68</sup>.

La formulazione dell'*incipit* dell'art. 25, comma 1, non è delle più chiare. Ivi si stabilisce, infatti, che le ordinanze di protezione civile sono adottate *“per il coordinamento dell’attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza di rilievo nazionale”*, sicché ci si potrebbe chiedere se le ordinanze siano chiamate esse stesse a identificare gli interventi necessari oppure debbano limitarsi all'attuazione (anzi, all'ancor meno penetrante *“coordinamento”* dell'attuazione) di interventi disposti da altra fonte (la quale, a questo punto, non potrebbe che essere il decreto-legge).

L'interpretazione più rigorosa, sebbene garantista, non è convincente. Per un verso, se le ordinanze dovessero limitarsi al *“coordinamento dell’attuazione”*, ci sarebbe da chiedersi perché prevederle, visto che l'intermediazione della fonte primaria sarebbe sempre necessaria. Per l'altro, ci sarebbe da chiedersi che senso avrebbe riconoscere la possibilità ch'esse (ai sensi dell'art. 25, comma 1), dispongano *“in deroga ad ogni disposizione vigente”* (ancorché *“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”*), visto che una simile previsione parrebbe costituire una copertura davvero eccessiva di provvedimenti che si limitassero al semplice *“coordinamento dell’attuazione”*.

L'opposta ipotesi interpretativa, invece, trova anche conforto in giurisprudenza, laddove: a) si mostra di condividere una nozione assai largheggiante di *“attuazione”*<sup>69</sup>; b) si afferma espressamente che *“l’art. 5 l. n. 225 del 1992 [...] prevede che a seguito della dichiarazione di emergenza, e per fare fronte ad essa, lo stesso Presidente del Consiglio dei ministri o, su sua delega, il Ministro dell’interno possano adottare ordinanze in deroga ad ogni disposizione vigente, nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento giuridico”*<sup>70</sup> c) si rileva che, nel caso di calamità naturali, *“gli interventi da realizzare possono essere effettuati anche in deroga alle disposizioni vigenti, secondo le prescrizioni di volta in volta stabilite dalle ordinanze di protezione civile, nei limiti e con le modalità indicate dallo stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei ministri e nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento giuridico e delle norme dell’Unione europea, in ragione di quanto previsto dall’abrogato art. 5 della legge n. 225 del 1992 e attualmente dall’art. 25 del d.lgs. n. 1 del 2018”*<sup>71</sup>, il che significa che secondo questa lettura le norme generali sulla protezione civile conferiscono direttamente alle ordinanze (cioè senza bisogno di altra fonte intermediaria) un potere derogatorio (sia pur con limiti) della normativa vigente.

Vero è, tuttavia, che il Codice subordina le ordinanze ai limiti fissati nella dichiarazione dello stato di emergenza e che, stavolta, questa non indica, in realtà, alcun vero limite ulteriore rispetto a quelli del Codice stesso, stabilendo solo che le ordinanze sono adottate *“in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento giuridico, nei limiti delle risorse di cui al*

---

<sup>67</sup> Come sembra opinare la sent. Corte cost. n. 346 del 2010.

<sup>68</sup> Così, ad es., G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1995, 2196 sg.

<sup>69</sup> Corte cost., sent. n. 277 del 2008: *“per l’attuazione dei predetti interventi di emergenza, possono essere adottate ordinanze [...] in deroga ad ogni disposizione vigente, nel rispetto, tuttavia, dei principi generali dell’ordinamento giuridico [...]”* (ma v. già sent. n. 284 del 2006). Analogamente, nella giurisprudenza amministrativa, da ultimo, T.A.R. Lazio (Roma), Sez. I, 8 ottobre 2019, n. 11595.

Si noti che l'art. 48 del d. lgs. n. 1 del 2018 ha abrogato la l. 24 febbraio 1992, n. 225, ma siccome molte loro previsioni sono, per quanto qui interessa, sostanzialmente identiche, può qui essere richiamata anche la giurisprudenza che si riferisce alla fonte più risalente.

<sup>70</sup> Corte cost., sent. n. 82 del 2006.

<sup>71</sup> Corte cost., sent. n. 4 del 2019.



comma 3". Non solo: la dichiarazione dello stato di emergenza, al punto 2, vorrebbe che le ordinanze fossero "emanate dal Capo del Dipartimento della protezione civile", mentre le prescrizioni più importanti sono state adottate con i decreti del Presidente del Consiglio di cui stiamo parlando (che, si badi, sono ovviamente ordinanze, pur se nella forma tipica - per quell'organo - del decreto del Presidente del Consiglio)<sup>72</sup>. La legittimazione di tali decreti, allora, non si desume solo dal Codice, bensì dal combinato disposto delle norme generali del Codice (che, come abbiamo visto, conferiscono il potere di ordinanza in via principale al Presidente del Consiglio, fermo restando che questi "può" avvalersi del Capo del Dipartimento) e da quelle speciali dei decreti-legge succedutisi in questo periodo, cui i decreti del Presidente del Consiglio danno attuazione<sup>73</sup>. Già il primo di essi, infatti (cioè il d.P.C.M. 23 febbraio 2020), dettava "Disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19" e anche quelli successivi hanno proceduto nel medesimo modo<sup>74</sup>. Il d.l. n. 6 del 2020, a sua volta, prevede le misure necessarie sono prese "con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri" (art. 3, comma 1), né la sua abrogazione ad opera dell'art. 5, comma 1, del d.l. n. 19 del 2020 ha cambiato alcunché, perché i decreti del Presidente del Consiglio restano la principale fonte emergenziale secondaria ai sensi dell'art. 2, comma 1, di quella stessa fonte.

Alla fondazione dei decreti sia sul Codice sia sui decreti-legge<sup>75</sup> che hanno seguito la dichiarazione dello stato di emergenza consegue un effetto di rilevante importanza: i decreti possono derogare alle leggi vigenti, ma poiché non è consentito alla fonte legittimata derogare alla fonte legittimante, essi non possono disporre in difformità da quei decreti-legge<sup>76</sup>.

---

<sup>72</sup> Che i decreti emergenziali in questione siano vere e proprie ordinanze è giustamente considerato ovvio da E. RAFFIOTTA, *La legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *Forum della Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>), 18 marzo 2020, 4. Ivi, anche corrette riflessioni sul rispetto del principio di legalità e delle riserve di legge da parte della catena normativa dell'attuale emergenza.

<sup>73</sup> Sulla "duplice legittimazione" di tali decreti, v. anche B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus*, loc. cit.

L'avvento dei decreti-legge non ha dunque segnato la scelta di una "terza via", rispetto all'uso della normativa sulla protezione civile o di quella in materia di sanità pubblica (così, invece, M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 18 marzo 2020, 4).

<sup>74</sup> Disposizioni attuative del d.l. n. 6 del 2020 sono state adottate con i dd.pp.cc.mm. del 25 febbraio, del 1° marzo, del 4 marzo, dell'8 marzo, del 9 marzo, dell'11 marzo, del 22 marzo, del 1° aprile (che peraltro dà attuazione anche al d.l. n. 19 del 25 marzo).

<sup>75</sup> Dunque, non solo su questi (e sulle relative leggi di conversione), come sembrano ritenere coloro che - invero sorprendentemente - sminuiscono (v., ad es., U. ALLEGRETTI, *Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 25 marzo 2020, 2 sgg.) o in tutto o in parte trascurano (G. BOGGERO, *Le "more" dell'adozione dei dpcm sono "ghiotte" per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19*, in *Diritti Regionali* ([www.dirittiregionali.it](http://www.dirittiregionali.it)), n. 1/2020, 2; M. DE NES, *Emergenza Covid-19*, cit., 2; G. MENEGATTO, *Diritto e diritti nell'emergenza: ripartire dalla Costituzione*, ivi, 11 marzo 2020, 4; E. FALLETTI, *La forma è sostanza? Alcune sommarie riflessioni sulla gestione dell'emergenza Covid-19 in Italia*, ivi, 19 marzo 2020, 3; A. CANDIDO, *Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione al tempo del COVID-19*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 10 marzo 2020, 6; D. TRABUCCO, *Sull'(ab)uso*, cit., 8; G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 18 marzo 2020, 10 sgg.;

L.A. 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* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 23 marzo 2020, 12 sg.

) l'importanza del Codice della protezione civile.

<sup>76</sup> È vero, dunque, che, già prima di questa vicenda, "in molti casi l'utilizzo da parte del Governo delle ordinanze o dei decreti-legge è avvenuto in modo indifferente quasi fossero «strumenti fungibili» per fronteggiare l'emergenza" (così E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza*, cit., 125), ma tra i due strumenti intercorre, comunque, lo specifico rapporto cui ora ho accennato.

V'è da chiedersi, semmai, se l'intervento di questa fonte sia sufficiente a integrare il rispetto del principio di legalità e delle numerose riserve di legge previste in Costituzione a presidio dei diritti fondamentali.

La giurisprudenza ha affermato che *“Il potere di ordinanza è un «potere atipico» che deroga, in parte, al principio di legalità sostanziale nel senso che il legislatore si limita a «nominare» il provvedimento da adottare, prevedendo generali presupposti legittimanti, quali la necessità e l'urgenza, e demandando, per la definizione del suo contenuto, al potere determinativo della stessa amministrazione. Tale deroga si giustifica, sul piano costituzionale, all'esito di un complessivo bilanciamento degli interessi e dei valori, in ragione dell'esigenza di assicurare la cura concreta ed immediata di taluni interessi ritenuti prevalenti che richiedono un intervento immediato ed urgente che, in quanto tale, non sarebbe compatibile con una rigida predeterminazione legale del contenuto dell'atto da adottare”*<sup>77</sup>. A me sembra che così si vada troppo in là: non si tratta di mettere fra parentesi il principio di legalità, ma semplicemente di ammetterne una lettura adeguata alla particolarità della fattispecie. È proprio dell'emergenza, infatti, che non ne siano *a priori* definibili i contorni e le connesse esigenze regolative, sicché la fonte primaria può normare solo fino a un certo punto le risposte ordinamentali. Una qualche forma di disciplina generale è tuttavia necessaria, sebbene anche nelle materie coperte da riserva di legge (foss'anche assoluta) residui sempre un certo margine di discrezionalità amministrativa nell'identificazione dell'opportunità di certe misure.

Nella vicenda che qui interessa la necessaria disciplina generale non manca. Gli artt. 7 e 24 del Codice della protezione civile identificano i presupposti della dichiarazione dello stato di emergenza, mentre l'art. 25, al comma 2, fornisce almeno alcune indicazioni essenziali sui possibili contenuti delle ordinanze che la seguono. Più ancora: i decreti-legge succedutisi in questi due mesi precisano meglio tali possibili contenuti (art. 1, comma 2, del d.l. n. 6 e art. 1, comma 2, del d.l. n. 19), fornendo un lungo elenco degli interventi ammessi.

Il problema, allora, si sposta dal piano generale a quello particolare dei contenuti concreti delle fonti primarie, che devono adeguatamente delimitare la discrezionalità del normatore secondario. È un'indagine che esula dai limiti di questo scritto, per come definiti in apertura, ma non si può fare a meno di osservare che l'emergenza che oggi affrontiamo è molto diversa dalla generalità delle altre che sovente affliggono il Paese. Se un terremoto o un'alluvione sono *fatti*, ormai verificatisi, un'emergenza sanitaria di questa portata è un *processo*, in continua e imprevedibile evoluzione<sup>78</sup>, come del resto era stato colto già dall'art. 1, comma 1, del d.l. n. 6 del 2020<sup>79</sup>. Se è così, deve necessariamente tollerarsi un grado di determinatezza delle norme primarie legittimanti minore dell'usuale. E si deve anche meglio intendere la scelta di servirsi dello strumento più flessibile delle ordinanze e non (solo) di quello dei decreti-legge.

In ogni caso, come già sulla dichiarazione di emergenza, il sindacato giurisdizionale è assicurato anche sui decreti del Presidente del Consiglio. Le ordinanze di protezione civile, *“ove rechino deroghe alle leggi vigenti, devono contenere l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare e devono essere specificamente motivate”* (art. 25, comma 1, del Codice della protezione civile) e la giurisprudenza ha precisato che esse, *“pur nella puntuale disciplina di legge, rientrano*

---

<sup>77</sup> Così, da ultimo, Cons. Stato, Sez. VI, 8 febbraio 2019, n. 953.

<sup>78</sup> La diversità di questa emergenza rispetto alle altre a noi più familiari è sottolineata, fra gli altri, da A. LAURO, *Urgenza e legalità ai tempi del Covid-19: fra limiti imprescindibili e necessaria flessibilità*, in *Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>), 18 marzo 2020, 1 sg.

In generale, *“più le risorse predittive della discrezionalità tecnica si riducono, più è inevitabile navigare a vista”*, osserva C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Astrid* (<http://www.astrid-online.it>) *Rassegna*, n. 5/2020, 3.

<sup>79</sup> Nel quale si faceva riferimento a una gestione dell'emergenza *“adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione”*.

*nell'ampio genus delle ordinanze di necessità e urgenza e debbono pertanto rispettarne i parametri di legittimità: per cui, al fine di circoscrivere per quanto possibile la deroga, vanno anche puntualmente motivate quanto a proporzione tra la deroga e la situazione di fatto che la impone, e debbono dimostrare che la deroga è effettivamente limitata, nel tempo e nello spazio, allo stretto indispensabile a far fronte alla situazione di necessità e urgenza da cui scaturisce (tra le varie: Cons. Stato, IV, 29 luglio 2008, n. 3726)"<sup>80</sup>. Non solo. Proprio sul piano del rapporto tra fonti, il giudice è tenuto alla massima cautela interpretativa: come ha affermato la Corte costituzionale, "Nell'ipotesi di dubbi applicativi, la legge sulla protezione civile [e con essa, aggiungo, ovviamente anche tutte le altre che prevedono interventi eccezionali] deve essere comunque interpretata secundum ordinem in modo da scongiurare qualsiasi pericolo di alterazione del sistema delle fonti"<sup>81</sup>.*

Nella prospettiva dell'osservanza del principio di legalità e delle riserve di legge, infine, non può essere trascurata la considerazione, già fatta in precedenza, che le fonti emergenziali secondarie, se possono derogare alle norme primarie (comunque sempre nel rispetto dei comuni principi di proporzionalità, temporaneità e tollerabilità delle limitazioni imposte), possono farlo solo nella misura e nella forma indicata dalla fonte primaria legittimante, la quale, proprio perché legittimante, non può essere a sua volta derogata.

Problema diverso, invece, che qui può solo essere accennato, è quello dell'osservanza della riserva (non solo di legge, ma anche) di giurisdizione prevista dall'art. 13 Cost. per i provvedimenti restrittivi della libertà personale.

Trascuriamo le tesi più estreme, che pongono gli artt. 13 e 16 della Costituzione su un piano di sostanziale sovrapposizione (l'ha fatto una recente - e per altri aspetti correttissima - pronuncia del Consiglio di Stato in sede consultiva, resa sull'annullamento governativo straordinario dell'ordinanza del sindaco di Messina che pretendeva di sottoporre ad autorizzazione municipale l'ingresso in Sicilia dal porto messinese)<sup>82</sup>, tesi palesemente errate, e vediamo quella secondo cui la quarantena prevista dall'art. 1, comma 2, lett. d) ed e), inciderebbe "in modo netto"<sup>83</sup> nella libertà personale e anzi costituirebbe "una forma di detenzione"<sup>84</sup>, con la conseguenza che il relativo

---

<sup>80</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 10 febbraio 2015, n. 701.

<sup>81</sup> Corte cost., sent. n. 127 del 1995, cit.

<sup>82</sup> "[...] l'ordinanza in questione, nella parte in cui introduce, senza alcuna base di legge, un potere comunale di previa autorizzazione all'ingresso e al transito sul territorio comunale (obbligo di «Attendere il rilascio da parte del Comune di Messina, e per esso della Polizia Municipale . . . del Nulla Osta allo spostamento»), si pone in contrasto diretto ed evidente con la libertà personale e la libertà di circolazione previste dalla Parte I, Titolo I (Rapporti civili) della Costituzione, artt. 13 e 16 [...]" (Cons. Stato, Sez. I, Ad. 7 aprile 2020, aff. n. 260/2020).

L'applicabilità anche agli atti regionali dell'istituto dell'annullamento governativo straordinario è sostenuta, da ultimo, da F.F. PAGANO, *Il principio di unità e indivisibilità della Repubblica ai tempi dell'emergenza Covid-19*, in *Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>), 18 marzo 2020, 3.

<sup>83</sup> A. NATALE, *Il decreto legge n. 19 del 2020: le previsioni sanzionatorie*, in *Questione Giustizia* (<http://www.questionegiustizia.it/>), 28 marzo 2020, 8.

<sup>84</sup> G.L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), Studi, 2020/I, 196. V. anche G. LATTANZI, *La pandemia aggredisce anche il diritto?*, in *Giustizia Insieme* ([www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it)), 2020; L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 31 marzo 2020, 12, 30 (facendo coincidere la libertà personale con la "libertà di autodeterminarsi"); L. FABIANO, *La catena della normatività emergenziale in risposta alle minacce di diffusione del Covid-19. Riflessioni sulla tenuta in termini di legittimità e di opportunità delle scelte normative del Governo italiano*, in *Forum della Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>), 16 marzo 2020, 3. Sia pure con minore nettezza sembrano orientati in questo senso A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), Studi, 2020/I, 207, e F. FILICE - G.M. LOCATI, *Lo Stato democratico di diritto*, cit., 6 (che si chiedono, ma con interrogativo che appare retorico, se le misure adottate in questo periodo emergenziale incidano solo nell'art. 16 o anche nell'art. 13 Cost.).

provvedimento dovrebbe essere convalidato dall'autorità giudiziaria<sup>85</sup>. Si tratta di opinione che, sebbene animata da encomiabile spirito garantista, non appare affatto condivisibile.

Anzitutto, il nostro ordinamento - in armonia con quello internazionale- mostra di considerare la quarantena per quel che è, cioè per una misura da affidare necessariamente all'autorità sanitaria: "«*Quarantena (in)*» indica la condizione o la situazione di una nave, aeromobile, treno, veicolo stradale, altro mezzo di trasporto o container nel periodo in cui un'autorità sanitaria applica nei suoi confronti le misure atte a prevenire la diffusione di malattie, di focolai di malattie o di vettori di malattie"<sup>86</sup>.

In secondo luogo, anche a voler ritenere che la quarantena sia un "trattamento sanitario" (pur non essendo preordinata alla prevenzione o al rimedio di pregiudizi allo stato di salute dell'interessato, ma essendo rivolta alla tutela della *collettività*)<sup>87</sup>, sembra certo ch'essa non sia comunque un trattamento cui si applichino le garanzie dell'art. 13 Cost. Delle due, infatti, l'una. Se si ritiene che la libertà personale sia in giuoco (solo) quando si è di fronte a provvedimenti che implichino un apprezzamento moralmente negativo del soggetto attinto<sup>88</sup>, un simile stigma non si rinviene nell'imposizione della quarantena. Se, invece, si ritiene che l'essenza della libertà personale stia nella sottrazione alla coazione fisica, sicché incidono nell'art. 13 Cost. solo i trattamenti sanitari che la prevedono<sup>89</sup>, la mancanza della coazione fisica a sostegno delle misure impositive della quarantena esclude l'applicabilità delle norme sulla libertà personale<sup>90</sup>.

Un problema, semmai, parrebbe esserci quanto all'identificazione dell'autorità competente all'adozione della misura (che, come abbiamo visto, la cit. sent. Corte cost., n. 617 del 1987 chiede ai provvedimenti *extra-ordinem* di determinare), ma ha ragione chi afferma ch'essa, in realtà, è imposta direttamente dalla norma primaria e che il soggetto che si trova nelle condizioni che la norma stabilisce è automaticamente tenuto a sottostarvi<sup>91</sup>.

Infine, una considerazione pratica, quale che ne sia l'importanza ai fini dell'interpretazione delle norme di cui discutiamo. Se davvero si dovesse concludere nel senso della tesi qui criticata, la conseguenza, a fronte di un aumento dei contagi accertati, sarebbe la pratica ingestibilità delle misure, oltretutto in un momento in cui i tribunali operano, fatalmente, con mezzi ridotti e in condizioni precarie<sup>92</sup>.

Anche la tesi qui preferita, comunque, assicura adeguate garanzie di controllo giurisdizionale, sebbene in forme diverse da quelle previste dall'art. 13 Cost.: gli interessati possono infatti dolersi, prima, della misura quarantenaria ricorrendo al giudice amministrativo (che infatti ha già avuto

---

<sup>85</sup> G.L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus*, loc. cit.,

<sup>86</sup> Così l'art. 1 della l. 9 febbraio 1982, n. 106, recante "Approvazione ed esecuzione del regolamento sanitario internazionale, adottato a Boston il 25 luglio 1969, modificato dal regolamento addizionale, adottato a Ginevra il 23 maggio 1973)" (ora quel regolamento è stato modificato e le IHR vigenti sono accessibili al sito dell'Organizzazione Mondiale della Sanità).

<sup>87</sup> Per "trattamento sanitario", invero, la migliore dottrina ha inteso solo le "attività *diagnostiche e terapeutiche* volte a prevenire o curare le malattie" (così F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori e Costituzione*, in *Dir. soc.*, 1982, 302 - cors. miei)

<sup>88</sup> È la nota tesi di A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 1971, 121; G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, rist., Milano, Giuffrè, 1976, 25 sgg.

<sup>89</sup> M. LUCIANI, *Salute, I, Diritto alla salute – dir. cost.*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1991, 10; nello stesso senso, da ultimo, anche per ulteriori indicazioni di dottrina, A.A. NEGRONI, *Sul concetto di "trattamento sanitario obbligatorio"*, in *Rivista AIC (www.rivistaaic.it)*, n. 4/2017, 7.

<sup>90</sup> Nel medesimo senso, M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio*, cit., 8.

<sup>91</sup> V. ancora M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio*, cit., 7.

<sup>92</sup> Alcuni dei sostenitori della tesi qui criticata avvertono il problema, ma lo considerano solo pratico. E propongono soluzioni che a me paiono semplicemente di facciata, elusive del principio che la tesi vorrebbe affermare, come quella di una trasmissione "a blocchi" dei provvedimenti individuali (che peraltro si assumono necessari, laddove, come detto nel testo, non lo sono) di imposizione della quarantena (A. NATALE, *Il decreto legge n. 19 del 2020*, cit., 12)

modo di pronunciarsi sulla legittimità dei provvedimenti assunti in questa fase emergenziale)<sup>93</sup>, poi possono far valere le loro ragioni innanzi il giudice ordinario qualora ricorra l'ipotesi dell'applicabilità della sanzione penale prevista dall'art. 4, comma 6, del d.l. n. 19 del 2020.

*vi) Le ordinanze del Capo del Dipartimento della protezione civile.*

Queste ordinanze appaiono saldamente legittimate, dal punto di vista del loro fondamento primario, dagli artt. 5, 8 e 25 del Codice. Si tratta di un *tipo* di fonte che, dunque, nella prospettiva dell'analisi della catena normativa, non pone problemi particolari.

*vii) Le ordinanze del Ministro della salute.*

Il 21 febbraio il Ministro della salute ha emanato un'ordinanza con la quale ha disposto *“la misura della quarantena con sorveglianza attiva, per giorni quattordici, agli individui che abbiano avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusa COVID-19”* (art. 1, comma 1) e imposto a *“tutti gli individui che, negli ultimi quattordici giorni, abbiano fatto ingresso in Italia dopo aver soggiornato nelle aree della Cina interessate dall'epidemia [...]”* un obbligo di comunicazione *“al Dipartimento di prevenzione dell'azienda sanitaria territorialmente competente”* (art. 1, comma 2).

Questa blanda misura ha anch'essa un sicuro fondamento normativo, ma identico fondamento hanno anche le successive e più incisive ordinanze del medesimo dicastero. Fondamento che troviamo anzitutto nell'art. 32 della l. n. 833 del 1978, non a caso richiamato in premessa di questa e delle altre ordinanze ministeriali<sup>94</sup>, a tenor del quale *“Il Ministro della sanità può emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni”*.

Non può costituire una valida base normativa di tali ordinanze, invece, il d.lgs. n. 1 del 2018, sebbene - come abbiamo visto - la proclamazione dello stato di emergenza nazionale con la delibera del 31 gennaio sia stata disposta proprio in forza del Codice della protezione civile. Certo, l'art. 1 del Codice dispone che la protezione civile è la funzione *“costituita dall'insieme delle competenze e delle attività volte a tutelare la vita, l'integrità fisica, i beni, gli insediamenti, gli animali e l'ambiente dai danni o dal pericolo di danni derivanti da eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo”*. Certo, questo *“insieme di competenze”* si appunta evidentemente anche su materie confidate al Ministro della salute dall'art. 47-bis del d. lgs. n. 300 del 1999<sup>95</sup>. Tuttavia, questi *non* è una delle *“autorità di protezione civile”* menzionate dall'art. 3, comma 1, del Codice stesso, che si limita a elencare il Presidente del Consiglio, i Presidenti delle Regioni e delle Province autonome, i sindaci e i sindaci metropolitani.

In definitiva, sono le fonti *“speciali”*, regolatrici delle competenze del Ministro della salute, che legittimano l'emanazione delle sue ordinanze, che pertanto - come tali fonti stabiliscono - devono essere strettamente circoscritte alla tutela della vita e dell'integrità fisica delle persone (nonché degli animali, ancorché limitatamente alla sanità veterinaria). Non solo. Il d.l. n. 19 del 2020,

---

<sup>93</sup> V., in particolare, T.A.R. Campania - Napoli, Sez. V, decr. 18 marzo 2020, n. 41; T.A.R. Marche, Sez. I, decr. 27 febbraio 2020, n. 56..

<sup>94</sup> V., infatti, le ordinanze del Ministro della Salute del: 25 gennaio 2020; 30 gennaio 2020; 22 febbraio 2020; 23 febbraio 2020 (5 ordinanze di pari data); 24 febbraio 2020; 12 marzo 2020; 14 marzo 2020; 15 marzo 2020; 20 marzo 2020; 22 marzo 2020; 28 marzo 2020.

<sup>95</sup> A tenor del quale *“Nell'ambito e con finalità di salvaguardia e di gestione integrata dei servizi socio-sanitari e della tutela dei diritti alla dignità della persona umana e alla salute, sono attribuite al Ministero le funzioni spettanti allo Stato in materia di tutela della salute umana, di coordinamento del sistema sanitario nazionale, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze per tutti i profili di carattere finanziario, di sanità veterinaria, di tutela della salute nei luoghi di lavoro, di igiene e sicurezza degli alimenti”*.

implicitamente derogando alla l. n. 833 del 1978, ha ulteriormente ridotto i margini d'intervento del Ministro, disponendo che *"Nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 1 e con efficacia limitata fino a tale momento, in casi di estrema necessità e urgenza per situazioni sopravvenute le misure di cui all'articolo 1 possono essere adottate dal Ministro della salute ai sensi dell' articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833"* (art. 2, comma 2). Le ordinanze del Ministro della salute cessano, dunque, in questa fase, d'essere provvedimenti - diciamo così - a competenza generale e rimangono circoscritte nei rigorosi confini adesso indicati<sup>96</sup>.

*viii) I provvedimenti di altri ministri.*

Che nei periodi emergenziali le competenze degli altri ministri, diversi da quello della salute, non vengano meno è ovvio. Al di là del fatto che il loro esercizio è indispensabile per l'attuazione dei provvedimenti emergenziali<sup>97</sup>, lo stesso Codice di tali ministri ne menziona specificamente alcuni e talora ne fa esplicitamente salve le competenze (v., ad es., art. 3, comma 2, lett. a). Analogamente, anche le recenti fonti legislative emergenziali fanno riferimento agli *"altri ministri competenti per materia"* (v., ad es., l'art. 2, comma 1, del d.l. n. 19 del 2020). Si pongono dunque due problemi: il coordinamento fra le autorità di protezione civile e i ministri; il margine di intervento dei ministri diversi da quello della salute (cui l'art. 32 della l. n. 833 del 1978, come detto, affida esplicitamente il potere di ordinanza, sebbene oggi più specificamente circoscritto).

Quanto al coordinamento, il Codice lo affida al Presidente del Consiglio, che si avvale del Dipartimento della protezione civile (artt. 3, comma 2, lett. a; 5, comma 1). Mi sembra che si tratti della piana applicazione dell'art. 95, comma 1, Cost.

Quanto ai provvedimenti dei singoli ministri, è possibile che alcuni provvedimenti di protezione civile li abilitino alla deroga: è quanto è accaduto in vari casi, ad es., con il d.P.C.M. 22 marzo 2020, che all'art. 1, comma 1, lett. a), ha consentito al Ministro dello sviluppo economico l'aggiornamento dei codici ATECO delle attività economiche consentite<sup>98</sup>.

Altre volte gli altri ministri intervengono con circolari interpretative. Anche in una condizione di emergenza l'emanazione di circolari interpretative rientra evidentemente nelle attribuzioni ordinarie di qualsivoglia ministro, ma è bene che in questa fase il relativo potere sia esercitato con assoluta parsimonia, visto il rischio ch'esse possano ingenerare nella popolazione ulteriore incertezza<sup>99</sup>. I giuristi sanno bene che *"le circolari amministrative non hanno valore normativo o provvedimentale e non assumono carattere vincolante per i soggetti destinatari dei relativi atti applicativi"*<sup>100</sup>, ma si deve considerare che se indirzzatari formali di simili circolari sono gli uffici dell'Amministrazione interessata, indirzzatari sostanziali ne sono i cittadini, che hanno bisogno di chiarezza e di indicazioni precise e - soprattutto - univoche, centralizzate.

---

<sup>96</sup> Richiamare l'art. 32 della l. n. 833 del 1978 come fondamento del potere di ordinanza del Ministro della salute (come fanno, tra gli altri, L. DELL'ATTI - G. NAGLIERI, *Le fonti della crisi. Fra esigenze unitarie e garanzie costituzionali nel governo dell'emergenza da Covid-19*, in *Forum della Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>), 11 marzo 2020, 5), dunque, è corretto, ma non si deve dimenticare la significativa alterazione di quel potere determinata dalle recenti fonti emergenziali e segnalata nel testo.

<sup>97</sup> E talvolta è là che la macchina perde velocità: cfr. l'allarme lanciato da L. TORCHIA, *La triste storia del decreto invisibile (al 3 aprile 2020)*, in *Astrid* (<http://www.astrid-online.it>) *Rassegna*, n. 5/2020, 1 sgg.

<sup>98</sup> V., infatti, il d.m. MISE 25 marzo 2020.

<sup>99</sup> Come è noto, è quanto è accaduto con la circ. 31 marzo 2020, N. 15350/117(2) Uff.III-Prot.Civ., del Ministro dell'interno, sulla vessata questione delle uscite dei genitori con figli (ivi si affermava che *"è da intendersi consentito, ad un solo genitore, camminare con i propri figli minori in quanto tale attività può essere ricondotta alle attività motorie all'aperto, purché in prossimità della propria abitazione"*). Considerazioni critiche anche in A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale*, cit., 211 sg.

<sup>100</sup> La citazione è tratta dalla recentissima sent. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 17 febbraio 2020, n. 311, ma il principio è consolidato.

*ix) Le ordinanze regionali.*

Questo è il terreno sul quale la confusione, purtroppo, è massima e insoddisfacente è la cooperazione interistituzionale<sup>101</sup>. Anche qui, tuttavia, dobbiamo porci alla ricerca del fondamento legittimante di tali ordinanze, al di là dell'intreccio fra principio gerarchico e principio della separazione delle competenze.

Sia la l. n. 833 del 1978 che il Codice della protezione civile riconoscono alle Regioni significativi poteri nelle situazioni emergenziali che coinvolgono la salute.

L'art. 32 della l. n. 833 del 1978 dispone che, nelle materie di cui al comma 2 (cioè *"in materia di igiene e sanità pubblica, di vigilanza sulle farmacie e di polizia veterinaria"*), *"sono emesse dal presidente della giunta regionale e dal sindaco ordinanze di carattere contingibile ed urgente, con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale"* (comma 3).

Il Codice, a sua volta, per limitarsi all'essenziale (in particolare, a quanto concerne l'adozione di provvedimenti emergenziali), dispone che: a) sono autorità di protezione civile *"i Presidenti delle Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano, in qualità di autorità territoriali di protezione civile e in base alla potestà legislativa attribuita, limitatamente alle articolazioni appartenenti o dipendenti dalle rispettive amministrazioni"* (art. 3, comma 1, lett. b); b) sono articolazioni del Servizio nazionale della protezione civile *"Le Regioni titolari della potestà legislativa concorrente in materia di protezione civile e le Province autonome di Trento e di Bolzano titolari della potestà legislativa esclusiva nelle materie previste dallo statuto speciale e dalle relative norme di attuazione"* (art. 3, comma 2, lett. b), ma v. anche art. 4, comma 1); c) *"Nel rispetto delle direttive adottate ai sensi dell'articolo 15 e di quanto previsto dalla legislazione regionale [...] i Presidenti delle Regioni, in qualità di autorità territoriali di protezione civile, esercitano le funzioni di vigilanza sullo svolgimento integrato e coordinato delle medesime attività [deve ritenersi: previste dall'art. 5] da parte delle strutture afferenti alle rispettive amministrazioni [...]"* (art. 6, comma 1); d) *"Le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, nell'esercizio delle rispettive potestà legislative ed amministrative, disciplinano l'organizzazione dei sistemi di protezione civile nell'ambito dei rispettivi territori, assicurando lo svolgimento delle attività di protezione civile di cui all'articolo 2"* (art. 11, comma 1); e) *"Le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, nell'esercizio della propria potestà legislativa, definiscono provvedimenti con finalità analoghe a quanto previsto dal presente articolo [si tratta delle ordinanze di protezione civile] in relazione alle emergenze di cui all'articolo 7, comma 1, lettera b), da adottarsi in deroga alle disposizioni legislative regionali vigenti, nei limiti e con le modalità indicati nei provvedimenti di cui all'articolo 24, comma 7"* (art. 25, comma 11).

Come si vede, e pur prescindendo - come accennato - dalle altre numerose attribuzioni in materia, le Regioni sono titolari di numerosi e significativi poteri in materia di protezione civile, specie nei casi di emergenza sanitaria.

La stessa Corte costituzionale l'ha riconosciuto in numerose occasioni. Pur esaltando le attribuzioni statali che concernono la protezione civile, infatti, e pur rilevando che *"in caso di calamità di ampia portata, riconosciuta con la dichiarazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale, è possibile la chiamata in sussidiarietà di funzioni amministrative mediante la loro allocazione a livello statale (in generale, sentenza n. 303 del 2003)"*<sup>102</sup>, la Corte ha affermato che *"anche in situazioni di emergenza la Regione non è comunque estranea, «giacché, nell'ambito dell'organizzazione policentrica della protezione civile, occorre che essa stessa fornisca l'intesa per*

---

<sup>101</sup> Lo rileva, fra gli altri, V. BALDINI, *Riflessioni sparse sul caso (o sul caos...) normativo al tempo dell'emergenza costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it* ([www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it)), n. 1/2020, 2 aprile 2020, 985.

<sup>102</sup> Corte cost., sent. n. 246 del 2019.

*la deliberazione del Governo e, dunque, cooperi in collaborazione leale e solidaristica» (sentenza n. 8 del 2016)”, entro un principio di “coinvolgimento delle Regioni [che] è previsto in generale dal codice della protezione civile del 2018 [...]”<sup>103</sup>.*

Ha poi osservato che gli interventi di protezione civile delle Regioni *“possono essere effettuati anche in deroga alle disposizioni vigenti, secondo le prescrizioni di volta in volta stabilite dalle ordinanze di protezione civile, nei limiti e con le modalità indicate dallo stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei ministri e nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento giuridico e delle norme dell’Unione europea, in ragione di quanto previsto dall’abrogato art. 5 della legge n. 225 del 1992 e attualmente dall’art. 25 del d.lgs. n. 1 del 2018”*, con la conseguenza che le Regioni sono abilitate alla *“deroga alla disciplina statale”*, ancorché sulla scorta di *“altre disposizioni statali semplicemente richiamate dalle norme impugnate, con conseguente infondatezza della questione in parte qua”<sup>104</sup>.*

Ancora, la Corte ha detto che la gestione statale dell’emergenza *“è una funzione temporanea, che si origina e si elide (nasce e muore) in ragione, rispettivamente, dell’insorgere e del cessare della situazione di emergenza”*; una funzione *“solo e soltanto correlata allo stato di emergenza, rispetto al quale la Regione ordinariamente competente non è comunque estranea [...]”<sup>105</sup>.*

L’intervento unitario dello Stato resta comunque essenziale, perché le norme di legge statale sulle ordinanze di protezione civile *“sono espressive di un principio fondamentale della materia della protezione civile, che assume una valenza particolarmente pregnante quando sussistano ragioni di urgenza che giustifichino un intervento unitario da parte dello Stato (sentenza n. 284 del 2006)”<sup>106</sup>.* E ciò esclude che *“il riconoscimento di poteri straordinari e derogatori della legislazione vigente possa avvenire da parte di una legge regionale”<sup>107</sup>.* Insomma: è vero che abbiamo una struttura policentrica della protezione civile ed è vero che *“la gravità degli eventi calamitosi, nonché l’intrinseca difficoltà delle operazioni di soccorso e l’immediatezza con cui le stesse devono essere poste in atto può coinvolgere tutte le amministrazioni pubbliche”<sup>108</sup>,* ma nella materia della protezione civile le funzioni statali hanno un rilievo peculiare, collegandosi a imprescindibili esigenze unitarie.

Ora, quali conseguenze comportano tali principi generali per la questione specifica dei limiti delle ordinanze regionali in questo periodo di emergenza? Possono le ordinanze regionali derogare a quelle di protezione civile statali? Se sì, in che misura? Da molte parti è stato sostenuto che le ordinanze regionali potrebbero disporre in deroga le quante volte fossero preordinate ad assicurare un più elevato livello di protezione del diritto alla salute, ma è davvero così? La risposta ce la dà il diritto positivo, sia di rango costituzionale che legislativo.

Sul piano costituzionale, l’indicazione più importante ci viene da una nota pronuncia della Consulta di qualche anno addietro, ma tuttora attuale. Si trattava, allora, di un giudizio promosso dal Presidente del Consiglio nei confronti di numerose leggi regionali in materia di radiocomunicazioni. Alcune di quelle leggi avevano fissato soglie massime di emissioni elettromagnetiche inferiori a quelle determinate dalla legislazione statale, allo scopo di stabilire un superiore *standard* di protezione dall’inquinamento elettromagnetico. La Corte, premesso che l’ambito materiale di quelle leggi coinvolgeva non solo la *“tutela dell’ambiente”*, di esclusiva competenza statale, ma (oltre ad altre) anche la *“tutela della salute”*, e dunque una materia di sicura competenza concorrente, rilevò che *“la logica della legge [statale] è quella di affidare allo Stato la*

---

<sup>103</sup> Così ancora la cit. sent. n. 246 del 2019.

<sup>104</sup> Corte cost., sent. n. 44 del 2019.

<sup>105</sup> Corte cost., sent. n. 8 del 2016.

<sup>106</sup> Corte cost., sent. n. 277 del 2008.

<sup>107</sup> Corte cost., sent. n. 82 del 2006, cui *adde* sent. n. 284 del 2006.

<sup>108</sup> Corte cost., sent. n. 44 del 2003.



fissazione delle «soglie» di esposizione [...], alle Regioni la disciplina dell'uso del territorio in funzione della localizzazione degli impianti [...]". Se la ratio di tale riserva alla legge statale della fissazione delle soglie "consistesse esclusivamente nella tutela della salute dai rischi dell'inquinamento elettromagnetico, potrebbe invero essere lecito considerare ammissibile un intervento delle Regioni che stabilisse limiti più rigorosi rispetto a quelli fissati dallo Stato", senonché così non è. Vale la pena di riportare quasi per intero questo passaggio cruciale. "[...] La fissazione di valori-soglia risponde ad una ratio più complessa e articolata. Da un lato, infatti, si tratta effettivamente di proteggere la salute della popolazione dagli effetti negativi delle emissioni elettromagnetiche (e da questo punto di vista la determinazione delle soglie deve risultare fondata sulle conoscenze scientifiche ed essere tale da non pregiudicare il valore protetto); dall'altro, si tratta di consentire, anche attraverso la fissazione di soglie diverse in relazione ai tipi di esposizione, ma uniformi sul territorio nazionale, e la graduazione nel tempo degli obiettivi di qualità espressi come valori di campo, la realizzazione degli impianti e delle reti rispondenti a rilevanti interessi nazionali, sottesi alle competenze concorrenti di cui all'art. 117, terzo comma, della Costituzione, come quelli che fanno capo alla distribuzione dell'energia e allo sviluppo dei sistemi di telecomunicazione". Ciò, "in sostanza", significa che "[...] la fissazione a livello nazionale dei valori-soglia, non derogabili dalle Regioni nemmeno in senso più restrittivo, rappresenta il punto di equilibrio fra le esigenze contrapposte di evitare al massimo l'impatto delle emissioni elettromagnetiche, e di realizzare impianti necessari al paese [...]".

In definitiva: "i limiti di esposizione in materia di inquinamento elettromagnetico, fissati dallo Stato, debbono ritenersi inderogabili dalle Regioni anche in melius, esprimendo essi (ove se ne postuli l'adeguatezza in assoluto a proteggere la salute, ciò che, nella specie, non è oggetto di contestazione) il punto di equilibrio fra l'esigenza di tutela della salute e dell'ambiente e quella di consentire la realizzazione di impianti di interesse nazionale"<sup>109</sup>.

Questa pronuncia, che correttamente ricostruisce il rapporto tra fonti statali e fonti regionali nella determinazione dei livelli di protezione della salute quando interferiscono con altri beni costituzionali (e che curiosamente è rimasta in ombra nella recente discussione sul problema), è ancor più significativa in una vicenda come quella presente, nella quale ai drammatici problemi sanitari se ne affiancano altri non meno drammatici d'ordine economico e sociale. Non si tratta solo, infatti, di proteggere la salute, ma anche di evitare il collasso del sistema economico e l'impoverimento di vastissimi strati sociali, ormai a rischio indigenza. Ogni aumento del tasso di protezione della salute che comporti una compressione delle attività produttive fatalmente si risolve in un pregiudizio per altri primari interessi collettivi, il cui apprezzamento complessivo non può non essere affidato allo Stato<sup>110</sup>. Non si tratta, dunque, soltanto di far valere quella "esigenza di uniformità della tutela di diritti costituzionalmente garantiti, uniformità che risulterebbe compromessa da un frazionamento istituzionale di competenze", di cui parla una risalente pronuncia sempre della Corte costituzionale<sup>111</sup>, ma di tenere complessivamente conto di tutti gli interessi e diritti in giuoco, necessariamente su scala nazionale.

Tutto questo si sapeva sin dall'inizio, sicché era da subito evidente l'infondatezza della pretesa di alcune Regioni di stabilire *standard* di protezione più elevati, ma determinativi di simili conseguenze di sistema. Non solo. Il d.l. n. 6 del 2020 aveva subito stabilito che "Nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 1, nei casi di estrema necessità ed urgenza le misure di cui agli articoli 1 e 2 possono essere adottate ai sensi dell'articolo 32 della legge

<sup>109</sup> Tutti questi ultimi passaggi sono tratti dalla sent. Corte cost., n. 307 del 2003.

<sup>110</sup> Brutalmente, ma realisticamente, l'Economist del 19 marzo 2020 ha posto il quesito su quanto siamo disposti a pagare in termini di pregiudizio economico per tutelare la nostra salute in tempo di pandemia nell'articolo *Paying to stop the pandemic*.

<sup>111</sup> Corte cost., sent. n. 32 del 1991.

23 dicembre 1978, n. 833, dell' articolo 117 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, e dell' articolo 50 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267" (art. 3, comma 2). Le ordinanze regionali (e locali) in materia sanitaria, dunque, potevano intervenire solo "nelle more" dei decreti del Presidente del Consiglio. Né poteva valere la previsione dell'art. 2 dello stesso decreto (ormai abrogato), a tenor del quale "Le autorità competenti, con le modalità previste dall'articolo 3, commi 1 e 2, possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dei casi di cui all'articolo 1, comma 1", perché, al di là dell'interpretazione da dare all'aggettivo "ulteriori"<sup>112</sup>, è dirimente sottolineare che tali misure "ulteriori" potevano essere adottate solo "con le modalità previste dall'articolo 3, commi 1 e 2" e quindi pur sempre e solo "nelle more"<sup>113</sup>.

Il senso di questa previsione era chiaro: le ordinanze regionali potevano essere emanate solo "prima" delle ordinanze statali di protezione civile ed erano destinate a perdere efficacia al loro sopravvenire. Sostenere che la formula "nelle more" sarebbe inadeguata, in quanto consentirebbe a un Presidente di Regione di emanare ordinanze anche "subito dopo" l'intervento statale, perché si sarebbe "nelle more" di possibili ulteriori ordinanze statali<sup>114</sup>, così come affermare che "il periodo di mora terminerà soltanto nel momento in cui l'emergenza si sarà conclusa, ossia quando sarà stato adottato l'ultimo DPCM"<sup>115</sup>, è un abile esercizio retorico, ma non corrisponde all'evidente *ratio* della norma e nemmeno alla sua lettera (visto che questa si riferisce alla prima ordinanza statale che intervenga a tutela della salute, bilanciandola con gli altri interessi costituzionalmente rilevanti).

Ciò significa, però, che una volta intervenuti i decreti governativi non potesse adottarsi alcuna ordinanza regionale? Chiaramente non era così, perché - è stato esattamente osservato - "il potere di ordinanza non è suscettibile, per sua natura, di essere ordinato in questo modo" e "se fosse possibile dire che quando è esercitato dallo Stato non spetta alla Regione né al Comune si negherebbe la sua stessa «ragion per cui»"<sup>116</sup>. Quel che accadeva, semmai, era che il potere di ordinanza regionale (e sindacale) non poteva sovrapporsi ai campi già regolati dalla normazione emergenziale dello Stato, restando libero di intervenire solo in quelli lasciati scoperti (ancorché con il limite, appena indicato, del necessario rispetto del bilanciamento tra principi e diritti costituzionali diversi operato in sede centrale) e in presenza di specifiche esigenze locali<sup>117</sup>.

Nonostante il quadro fosse ricostruibile in termini ragionevoli, comunque, le polemiche sono proseguite e la confusione è aumentata, sicché il d.l. n. 19 del 2020, all'art. 3, comma 1, ha dovuto precisare che le ordinanze regionali: a) possono essere emanate solo "Nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2, comma 1, e con efficacia limitata fino a tale momento"; b) sono legittimate solo da "specifiche situazioni sopravvenute di

---

<sup>112</sup> Di recente il T.A.R. Marche, Sez. I, decr. 27 febbraio 2020, n. 56, ha affermato che "la possibilità di adottare misure «ulteriori» va, in via sistematica, riferita ad interventi che comportino un sacrificio minore delle libertà individuali, rispetto a quelli previsti dall'art. 1 del cit. D.L. n. 6".

<sup>113</sup> La disposizione ha un senso solo se "modalità" è inteso in senso ampio, perché le disposizioni oggetto del rinvio non definiscono alcuna vera "modalità".

<sup>114</sup> Così G. GUZZETTA, *E se il caos*, cit., cui *adde*, ora, F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia*, cit., 14. Nel senso, invece, che il d.l. n. 6 del 2020 "non ammette ordinanze sindacali contingibili e urgenti dopo l'adozione dei DPCM", G. TROPEA, *Il Covid-19*, cit., 10 sgg.).

<sup>115</sup> G. BOGGERO, *Le "more" dell'adozione dei dpcm*, cit., 363. Lo stesso A., *ivi*, 366, peraltro, riconosce che il merito maggiore delle recenti ordinanze regionali e sindacali potrebbe essere stato quello di "anticipare" le successive scelte centrali (il che è perfettamente in linea con la logica del "nelle more").

<sup>116</sup> F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia*, cit., 13.

<sup>117</sup> Si è parlato, a questo proposito, di "specialità nell'emergenza" (M. BORGATO - D. TRABUCCO, *Brevi note sulle ordinanze contingibili ed urgenti: tra problemi di competenza e cortocircuiti istituzionali*, in *Dirittifondamentali.it* ([www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it)), 24 marzo 2020, 4).

*aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso*"; c) possono, sì, "introdurre misure ulteriormente restrittive, tra quelle di cui all'articolo 1, comma 2", ma "esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale". Ci troviamo, così, finalmente, nell'alveo scavato a suo tempo dalla Corte costituzionale. Tutto bene, dunque? No.

Per evidenti ragioni di compromesso politico-istituzionale, infatti, il d.l. n. 19 del 2020 ha stabilito, all'art. 2, comma 3, che: a) "Sono fatti salvi gli effetti prodotti e gli atti adottati sulla base dei decreti e delle ordinanze emanati ai sensi del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, ovvero ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833"; b) "Continuano ad applicarsi nei termini originariamente previsti le misure già adottate con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri adottati in data 8 marzo 2020, 9 marzo 2020, 11 marzo 2020 e 22 marzo 2020 per come ancora vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto"; c) "Le altre misure, ancora vigenti alla stessa data continuano ad applicarsi nel limite di ulteriori dieci giorni".

Ora, è evidente che in questo modo il nuovo decreto-legge non si è limitato a far salvi gli effetti delle pregresse ordinanze statali, ma ha fatto salvi anche quelli delle ordinanze regionali, pur laddove illegittime per violazione dei limiti sopra indicati (e ora confermati dallo stesso d.l. n. 19 del 2020!). Non solo: ne ha assicurato l'ultrattività per ulteriori dieci giorni. Poiché, come detto, l'apprezzamento dell'equilibrio tra i vari interessi coinvolti è riservato allo Stato, non si può dire che disposizioni del genere (che presuppongono la pur interinale condivisione del punto di bilanciamento identificato dalle Regioni) siano automaticamente illegittime. Pregiudicano, però, gravemente l'esigenza di una conduzione unitaria dell'emergenza, necessaria anche per profili non sempre immediatamente percepibili<sup>118</sup>, e quella di chiarezza e comprensibilità delle norme, specie in un momento come questo, in cui i cittadini hanno bisogno di certezza.

La sola lettura dell'elenco di ordinanze regionali adottate sino ad oggi (centinaia!)<sup>119</sup> fa capire che si sarebbe dovuto avere ben altro "passo" istituzionale, sia al centro che in periferia.

#### *x) Le ordinanze prefettizie.*

Importanti attribuzioni di protezione civile sono confidate al prefetto dall'art. 9 del Codice (e dalle recenti fonti legislative emergenziali: artt. 3, commi 4 e 5, del d.l. n. 6 del 2020; 15 del d.l. n. 14 del 2020; 6, commi 7 e 8, e 122, comma 1, del d.l. n. 18 del 2020; 1, comma 3, e 4, commi 3 e 9, del d.l. n. 19 del 2020). La natura degli atti adottati nell'esercizio di tali attribuzioni è dubbia. Resta tuttavia fermo quanto la Corte costituzionale ebbe ad affermare in un ormai remoto precedente (allora si trattava delle ordinanze prefettizie previste dall'art. 2 del t.u.l.p.s.), cioè che essi, "anche a volerli considerare in ogni caso come aventi carattere normativo [...], ove non contrastino con i principi dell'ordinamento, restano legittimamente nella sfera dell'attività spettante agli organi amministrativi: essi sono legittimi quando siano emanati in base ai presupposti, nei limiti, con le caratteristiche, le forme e le garanzie, secondo le indicazioni espresse fin dalla precedente sentenza [la n. 8 del 1956]"<sup>120</sup>.

#### *xi) Le ordinanze sindacali.*

In via di principio, il potere di ordinanza dovrebbe restare in capo ai sindaci anche nella fase emergenziale. Dovrebbe dunque perdurare l'applicabilità (più ancora delle norme del t.u.e.l., come

---

<sup>118</sup> Correttamente osserva, ad es., C. PINELLI, *Il precario assetto*, cit., 7, essere "evidente che se una Regione fa fare i tamponi e un'altra no, e nessuna adotta lo stesso criterio in proposito, il computo nazionale dei contagiati diventa del tutto arbitrario".

<sup>119</sup> *Astrid* (<http://www.astrid-online.it>) ha meritoriamente fatto un inventario. Impressionante è dir poco.

<sup>120</sup> Corte cost., sent. n. 26 del 1961.

*lex generalis*) dell'art. 32, comma 3, della l. n. 32 del 1978 (come *lex specialis*), ove, come abbiamo visto, si stabilisce che nelle materie di competenza del Ministro della salute (e delle sue ordinanze) "sono emesse dal presidente della giunta regionale e dal sindaco ordinanze di carattere contingibile ed urgente, con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale".

La disinvoltura che alcuni sindaci hanno dimostrato nell'esercizio concreto del potere sindacale di ordinanza, tuttavia, ha dato luogo a non pochi problemi, che il legislatore emergenziale ha cercato di risolvere prima disponendo che "A seguito dell'adozione delle misure statali di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 non possono essere adottate e, ove adottate sono inefficaci, le ordinanze sindacali contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza predetta in contrasto con le misure statali" (art. 35 del d.l., comma 1, del d.l. n. 9 del 2020) e poi che "I Sindaci non possono adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali, né eccedendo i limiti di oggetto cui al comma 1 [cioè degli stessi limiti che abbiamo già visto imporsi alle ordinanze regionali]" (art. 3, comma 2, del d.l. n. 19 del 2020, come *lex specialissima*). Si tratta di formule palesemente infelici sul piano della tecnica redazionale (disporre che un certo atto "non può essere adottato" non ha senso, perché l'unica cosa che ha senso è disporre sulla sua legittimità), ma il significato precettivo è chiaro: l'ordinanza sindacale deve rispettare tutte le disposizioni statali adottate nella fase emergenziale. Ciò significa ch'essa, in ragione della *lex specialissima*, deve essere sia *secundum legem* che - diciamo così - *secundum decretum* e, per le ragioni già indicate discutendo delle ordinanze regionali, non può essere nemmeno *praeter legem* (e *decretum*) almeno nella misura in cui pretenda di operare (sia pure in forma più garantista per la salute) un bilanciamento degli interessi in giuoco diverso da quello identificato dal legislatore statale e dalle autorità statali di protezione civile<sup>121</sup>. Come giustamente rilevato dal Consiglio di Stato<sup>122</sup>, "In presenza di emergenze di carattere nazionale [...], pur nel rispetto delle autonomie costituzionalmente tutelate, vi deve essere una gestione unitaria della crisi per evitare che interventi regionali o locali possano vanificare la strategia complessiva di gestione dell'emergenza, soprattutto in casi in cui non si tratta solo di erogare aiuti o effettuare interventi ma anche di limitare le libertà costituzionali".

Si pone, peraltro, il problema delle ordinanze sindacali in contrasto con le misure statali, ma in armonia con quelle regionali che di queste sono derogatorie. Si è sostenuto che, in questo caso, l'armonia con le misure regionali sanerebbe il contrasto con quelle statali<sup>123</sup>, ma è agevole replicare che: a) il tenore testuale dell'art. 3, comma 2, del d.l. n. 19 del 2020 non ammette equivoci; b) la derogabilità delle misure statali è stata consentita alle sole ordinanze regionali; c) evidentemente, il legislatore statale ha ritenuto di dover vietare un eccesso di differenziazione di discipline *ratione loci*, con una scelta che non può essere rovesciata dal legislatore regionale e aggirata, in forza di un eventuale rovesciamento, dall'autorità locale.

### 3. Emergenza e dintorni.

Parlando alla seduta della Camera dei deputati del 29 novembre 1850 della grave situazione dell'ordine pubblico nell'isola di Sardegna, Giovanni Siotto-Pintor chiedeva al Parlamento e al Governo di intervenire con mezzi *ordinari*, perché ogni provvedimento *eccezionale* "è ingiusto, ossia perché non si sono ancora posti in opera tutti i mezzi ordinari della legge, ossia perché punisce ad

<sup>121</sup> Misure sindacali più restrittive, invece, sono in generale ammesse da A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia*, cit., 376 sg.

<sup>122</sup> Nella pronuncia consultiva cit. alla nt. 82.

<sup>123</sup> A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale*, cit., 211.

una stessa stregua i buoni ed i malvagi, ed è soprattutto inutile, perché non potrebbe essere universale. Supponete infatti che si usi un mezzo straordinario per una provincia, per un paese, i buoni ed i rei; leggermente potrebbero scansarlo i rei migrando d'una in altra provincia, d'uno in altro paese”.

Chi ha a cuore i diritti costituzionali e il ruolo del Parlamento difficilmente potrebbe essere in disaccordo: dove si arriva con strumenti ordinari non può e non deve esserci spazio per provvedimenti *extra-ordinem*. La portata estrema del rischio sanitario determinato dal Covid-19, tuttavia, ha imposto l'adozione di questi provvedimenti eccezionali. Ma quale ne è la conseguenza sul piano delle categorie giuridiche? Cosa è accaduto e sta accadendo nell'attuale vicenda emergenziale?

Vediamo, anzitutto, cosa *non* è accaduto e *non* sta accadendo, usando la terminologia giuridica per quel che è (giuridica, appunto) e non come pura metafora (ciò che al giurista non è consentito).

*Non* siamo in stato di guerra, perché la fattispecie odierna non coincide con quella (per quanto evolutasi nel tempo) tipica del diritto internazionale<sup>124</sup>, perché manca la relativa dichiarazione ai sensi dell'art. 78 Cost. e perché la guerra fu intesa dai Costituenti come un conflitto tra esseri umani, non come un conflitto tra questi e la natura<sup>125</sup>. Inoltre, la proposta *de iure condendo* di estendere alle emergenze, con revisione costituzionale, il “modello” dell'art. 78 Cost.<sup>126</sup> è addirittura inquietante, considerato che la dichiarazione dello stato di “emergenza-guerra” comporterebbe il medesimo, completo, stravolgimento dell'ordinario funzionamento delle istituzioni che è determinato dalla dichiarazione di “guerra-guerra”. E priva di fondamento è da ritenere l'ipotesi di interpretare “evolutive” la nozione di guerra fatta propria dall'art. 78 Cost.<sup>127</sup>: al di là dei limiti generali dell'interpretazione evolutiva delle norme costituzionali, sui quali non è il caso di soffermarsi qui, basta considerare l'impraticabilità dell'estensione di un regime giuridico che la Costituzione ha disegnato per una condizione ch'essa addirittura (sia pure nei termini dell'art. 11) “ripudia”. L'azzardo ermeneutico che già non era consentito in regime statutario<sup>128</sup> è ancor meno permesso in regime costituzionale.

*Non* siamo in stato d'assedio, sia perché il nostro ordinamento non conosce (più) questo istituto (ormai assorbito nello stato di guerra), sia perché lo stato d'assedio si caratterizza almeno per l'assumere a presupposto un rischio per l'ordine pubblico, per il risolversi nell'estensione delle norme di guerra (e, in genere, dei poteri dell'autorità militare)<sup>129</sup> a una condizione di pace e per la

---

<sup>124</sup> Per questo argomento a favore della distinzione fra emergenza e guerra, G. DE MINICO, *Costituzione*, cit., 9 sg. (ma v. anche *ivi*, 28 sg.).

<sup>125</sup> Analoghe considerazioni in A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale*, cit., 208. Già la dottrina più antica e garantista, invero, aveva ben chiara la differenza fra “stato di guerra” e “stato d'assedio” o simili (v. la successiva nt. 128).

<sup>126</sup> Prospettata da A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza: l'esperienza del coronavirus*, in *Forum della Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>), 14 marzo 2020, 5.

<sup>127</sup> Ipotesi avanzata da F. TORRE, *La Costituzione sotto stress*, cit., 5 sgg.

<sup>128</sup> F. RACIOPPI, *Lo stato d'assedio*, cit., 139; I. BRUNELLI, *Sul così detto “stato d'assedio”*, in *Id.*, *Impressioni e note di politica e di diritto costituzionale*, Torino, UTET, 1906, 134 sg.; S. LONGHI, *Sull'ultimo decreto*, cit., 140; A. TRAVERSA, *Lo “stato di necessità”*, cit., 85; L. ROSSI, *Lo stato d'assedio nel diritto pubblico italiano (Rivista della giurisprudenza parlamentare)*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1894, 85 sg. (il quale, peraltro, ma dopo l'entrata in vigore del t.u.l.p.s., distinguerà tra “stato di pericolo pubblico” e “stato di guerra” come tra due “gradazioni” dello stato d'assedio: L. ROSSI, *L'ordinamento dello stato d'assedio nelle ultime leggi italiane*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1936, 261). Le somiglianze fra stato d'assedio e guerra, invece, furono sottolineate da S(ANTI) ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio*, cit., 253 sg.

<sup>129</sup> Per questo non può essere considerato “stato d'assedio” lo “stato di pericolo pubblico” previsto dall'art. 216 t.u.l.p.s (così, invece, C. PINELLI, *Il precario assetto*, cit., 3), mentre può esserlo lo “stato di guerra” di cui all'art. 217, comma 2, 2° periodo, durante il quale “La facoltà di emanare ordinanze spetta all'autorità che ha il comando delle forze militari”. Norme, peraltro, non formalmente abrogate, ma ormai superate dalla Costituzione.

sospensione delle garanzie costituzionali<sup>130</sup>. Al di là di qualche sfumatura, tutti gli autori che si sono occupati dell'istituto nel periodo in cui esso era vigente concordano su questi o su ancor più netti<sup>131</sup> tratti caratteristici: da Ferracciu<sup>132</sup> a D'Amario<sup>133</sup>; da Luigi Rossi<sup>134</sup> a Racioppi<sup>135</sup>. Non siamo certo in una simile temperie.

Non siamo in periodo di dittatura, certo non in una dittatura sovrana (*rei publicae constituendae causa*), ma nemmeno in una commissaria (*rei gerendae causa*)<sup>136</sup>, non tanto perché una simile magistratura (ché di magistratura si trattava) non esiste nel nostro ordinamento, quanto perché non c'è stata alcuna sospensione dei poteri costituzionali.

Non siamo nella condizione del riconoscimento di pieni poteri al Governo o al Presidente del Consiglio. Al di là dell'imprecisione tecnica dell'espressione "pieni poteri", rilevata già dalla dottrina più risalente<sup>137</sup>, l'*Ermächtigungsgesetz* che il 24 marzo del 1933 diede sostanzialmente i pieni poteri al Cancelliere del Reich, stabilendo, fra l'altro, il conferimento al Governo di un potere legislativo non previsto dalla Costituzione (art. 1) e la derogabilità delle norme costituzionali da parte delle (sole...) leggi governative (art. 2), è davvero altra cosa.

Non siamo nello schmittiano stato d'eccezione<sup>138</sup>, perché (ammesso che si tratti di una categoria giuridica e non meramente politica) esso presuppone che "un" soggetto politico o istituzionale se ne faccia carico e lo gestisca, laddove qui, per un verso, alla catena delle fonti corrisponde, come sempre, una catena delle plurime istituzioni competenti e, per l'altro, nessuno degli atti della catena

---

Il collegamento, storico ed etimologico, fra l'assedio come condizione di una città o piazzaforte militare in tempo di guerra e l'assedio "politico" è ben messo in luce da G. MOTZO, *Assedio (stato di)*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1958, 250 sg.

<sup>130</sup> Quasi coincidenti, sul punto, le osservazioni di M. BENVENUTI, *Alle origini dei decreti-legge. Saggio sulla decretazione governativa di urgenza e sulla sua genealogia nell'ordinamento giuridico dell'Italia prefascista*, in *Nomos* (<http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it>), n. 2 del 2012, 6 sgg., e dottrina ivi cit. Per G. BASCHERINI, *Lo stato d'assedio nell'esperienza statutaria italiana*, in *Giur. cost.*, 1994, 4268: che i "tre caratteri tipici dello stato d'assedio" sono "1) Lo stato d'assedio è una condizione eccezionale in cui può trovarsi un paese a regime costituzionale; 2) la legge comune è, con diversa intensità a seconda dei casi, sospesa; 3) l'autorità militare si sostituisce, in vario grado, a quella civile".

<sup>131</sup> V., ad es., A. MURATORI - T. GIANNINI, *Lo stato d'assedio ed i tribunali militari*, Firenze, Civelli, 1894, 9: "consiste nella sospensione temporanea delle guarentigie costituzionali, per misura suprema di ordine pubblico, per la quale tutti i poteri si concentrano in una sola persona".

<sup>132</sup> "Lo stato d'assedio si fa consistere in quella condizione eccezionale, in cui trovasi un paese, che in tutto od in parte viene sottratto alla legge comune mediante la sospensione delle guarentigie costituzionali, e posto alla diretta dipendenza dell'autorità militare mercé la concentrazione del potere civile nel potere militare": A. FERRACCIU, *Le guarentigie parlamentari durante lo stato d'assedio*, ne *Il Filangieri*, 1899, 165.

<sup>133</sup> "Con la proclamazione dello stato d'assedio si sospendono le guarentigie costituzionali e si limitano i diritti subbiettivi dell'individuo; i cittadini vengono sottratti ai loro giudici ordinari e vengono giudicati da un apposito tribunale militare nei reati e contravvenzioni che abbiano attinenza col codice penale militare; il comandante in capo delle truppe [...] diviene nel medesimo tempo governatore del territorio, accentrando nelle sue mani anche i poteri civili; ed acquista il diritto di emettere bandi con forza di legge pel territorio dichiarato in istato d'assedio": G. D'AMARIO, *L'ordinanza d'urgenza per lo Stato di diritto nelle forme di governo a regime libero-costituzionale con speciale riferimento al diritto pubblico italiano*, Torino, Bocca, 1907, 88.

<sup>134</sup> "Lo stato d'assedio, nel suo significato più tecnico, più pieno e più comune consiste nella sospensione delle libertà costituzionali e nella concentrazione dei poteri civili nel potere militare, creando anche una giurisdizione militare per tutti i cittadini": L. ROSSI, *Lo stato d'assedio*, cit., 83.

<sup>135</sup> F. RACIOPPI, *Lo stato d'assedio e i tribunali di guerra*, cit., 137 sgg.

<sup>136</sup> La distinzione si rinviene, come è noto, in un saggio (C. SCHMITT, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, Berlin, Duncker & Humblot, 1921, trad. it. di B. Liverani, *La dittatura*, Roma-Bari, Laterza, 1974, 141 sgg. e *passim*) mai tanto citato (più o meno a proposito) come in questo periodo.

<sup>137</sup> L. ROSSI, *I "pieni poteri"*, in *Riv. di dir. pubbl. e della p. a. in Italia*, 1937, 345.

<sup>138</sup> Così anche, ma senza indicare le ragioni qui enunciate nel testo, A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale*, cit., 203.

normativa sfugge al sindacato giurisdizionale, nemmeno - come s'è visto - la deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale.

“Se la necessità, vera o presunta, è una ragione sufficiente e giuridica per non applicare le leggi, se di questa necessità non può farsi giudice l'autorità giudiziaria, e se quindi al governo basta invocarla per rendere incensurabile ogni suo atto, è evidente che tutto il diritto pubblico e con esso il diritto privato *qui sub tutela juris publici latet*, è in piena balia del governo”, scriveva Federico Cammeo<sup>139</sup>. Oggi non siamo in una simile condizione. Non solo. Per quanto specificamente riguarda l'alternativa fra decreti legge e decreti del Presidente del Consiglio (è noto che molti hanno lamentato che si sia scelto di avvalersi soprattutto dei secondi e non prevalentemente - o solo - dei primi) è tutto da dimostrare che per la garanzia dei diritti sia più efficace la catena fonte primaria / provvedimento applicativo e non quella fonte primaria / fonte secondaria / provvedimento applicativo. La condizione in cui siamo è, dunque, puramente e semplicemente quella che è stata dichiarata sulla base della legge, cioè quella dello *stato di emergenza*, esattamente come stabilito dalla deliberazione del Consiglio dei ministri del 31 gennaio. Ed è *questa* condizione che si dovrebbe analizzare in dettaglio, per verificare se la Costituzione (che l'emergenza non autorizza a derogare)<sup>140</sup> e le leggi siano state rispettate, senza indulgere alla tentazione di vedere tutto bianco o tutto nero, valendoci di categorie forti che invece sono del tutto inutilizzabili. Come ho già detto, però, la questione dei possibili vizi sostanziali degli atti normativi freneticamente succedutisi in questi giorni esula dai confini di questo contributo (fermi gli sparsi cenni fatti nelle pagine precedenti).

#### *4. Opportunità e rischi.*

L'analisi dei rapporti tra le fonti in questo delicato periodo emergenziale dimostra - a me pare - principalmente due cose. Anzitutto, che la risposta delle nostre istituzioni non è stata quella tipica di una democrazia autoritaria<sup>141</sup> e che non c'è stata alcuna rottura della legalità costituzionale. Le procedure seguite, al di là di qualche slabbratura (e di una comunicazione pubblica eccessivamente anticipata rispetto alla formalizzazione delle misure decise)<sup>142</sup>, sono corrette. In secondo luogo, che la Costituzione, una volta di più, ha dimostrato di saper offrire un quadro normativo saldo ed efficace, smentendo tutti coloro che lamentano l'assenza di una norma esplicita sugli stati di emergenza<sup>143</sup>: assenza di previsioni puntuali non significa mutismo costituzionale.

---

<sup>139</sup> F. CAMMEO, *Lo stato d'assedio e la giurisdizione*, cit., 373.

<sup>140</sup> Di ardua decifrazione l'assunto di R. RAVI PINTO, *Brevi considerazioni su stato d'emergenza e Stato costituzionale*, in *Forum della Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>), 20 marzo 2020, 4, laddove afferma che “Nello stato d'emergenza il caso critico viene sussunto nei paradigmi normativi dell'ordinamento vigente: la sua risoluzione giustifica la sospensione della costituzione al fine di ripristinare la normalità violata”: se il caso critico va “sussunto” nei *paradigmi* dell'ordinamento *vigente* non s'intende come possa restarne derogata proprio la Costituzione, che non solo è “vigente”, ma è “paradigma”... paradigmatico.

<sup>141</sup> Così anche A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale*, cit., 214.

<sup>142</sup> Si tratta di una problematica complessa (sulla quale v. S. FRANCA, *Alcuni spunti in tema di esercizio precauzionale della funzione comunicativa*, in *Forum della Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>), 20 marzo 2020, 4; più in generale, P. COSTANZO, *La lingua delle aule parlamentari, la lingua della Costituzione e la lingua della legge*, in *Osservatorio sulle fonti* ([www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it)), n. 3/2015, 4), ma le critiche da più parti formulate (v., ad es., G. LATTANZI, *La pandemia aggredisce anche il diritto?*, cit.; A. D'ALOIA, *L'emergenza e... i suoi 'infortuni'*, in *Dirittifondamentali.it* ([www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it)), 26 marzo 2020, 3 sg.; F. FILICE - G.M. LOCATI, *Lo Stato democratico di diritto*, cit., 8) appaiono condivisibili.

<sup>143</sup> Norme del genere, del resto, come è noto, difficilmente riescono a regolare fattispecie sovente inafferrabili come quelle connesse all'emergenza (l'osservazione è classica: v. ad es. L. ROSSI, *L'ordinamento dello stato d'assedio*, cit., 262.

La guardia, però, non può essere abbassata. Se la tutela della salute legittima provvedimenti contingibili e urgenti non precisamente definiti, nei loro contorni, dalla legge<sup>144</sup>, il “nesso di congruità e proporzione fra le misure adottate e la «qualità e natura degli eventi»”<sup>145</sup> deve essere rigorosamente rispettato: Corte costituzionale e giudici comuni (amministrativi e ordinari secondo il consueto riparto delle loro giurisdizioni) devono garantire la tutela dei diritti dei cittadini, in osservanza degli artt. 24 e 113 della Costituzione.

La guardia non può essere abbassata, però, soprattutto perché l’esperienza insegna che “le regole emergenziali sopravvivono all’emergenza, normalizzando quella *deminutio* di libertà che costituisce il costo di ogni legislazione emergenziale”<sup>146</sup>. Il rischio che all’uscita dall’emergenza ci si ritrovi con un saldo negativo in termini di libertà è alto, perché le lusinghe di chi chiede di barattare libertà e sicurezza sono molto insidiose. Anche straordinarie opportunità di progresso, tuttavia, potrebbero schiudersi una volta usciti dall’emergenza: pure i ciechi e i sordi dovrebbero aver inteso, ormai, che l’Unione europea deve operare un cambio di passo, altrimenti non ha più senso (e utilità) che continui a esistere. I margini per una potente iniziativa politica ci sarebbero tutti. E la stessa prospettiva di un nuovo spirito solidaristico fra le persone che soppianta l’individualismo spinto dell’ideologia neoliberista è aperta: difficile, sì, ma aperta<sup>147</sup>.

È tuttavia possibile che la lungimiranza manchi e che ci sia chi intende limitarsi a immaginare di lucrare miopi vantaggi politici da questa situazione, così come è possibile che potenti forze economiche e sociali stiano elaborando progetti di normalizzazione futura volte a trasformare l’eccezionale in ordinario, attendendo ai nostri diritti costituzionali. Se ciò accadrà, non potremo delegare a nessuno la protezione dei nostri diritti: i diritti dei cittadini hanno nei cittadini i loro finali e più efficaci garanti e non ci sarà richiamo alle tradizioni costituzionali, al diritto naturale (“positivo” o meno che sia), alla non negoziabilità dei valori, al primato di pretesi metavalori, al dialogo fra le Corti o alla tutela multilivello dei diritti che potrà supplire quella che un tempo si definiva *vigilanza democratica* e che ora, pur in un contesto diverso da quello in cui quest’espressione si usava, potremmo tornare a chiamare con questo nome<sup>148</sup>.

---

<sup>144</sup> Corte cost., sent. n. 4 del 1977.

<sup>145</sup> Corte cost., sent. n. 127 del 1995, cit. In dottrina, fra i molti, T. GROPPI, *Le sfide del coronavirus alla democrazia costituzionale*, in *Virtual Studium*, ora in *Consulta OnLine (www.giurcost.org)*, Studi, 2020/1, 192.

<sup>146</sup> S. FURFARO, *Autorità e libertà dopo il coronavirus*, in *Arch. pen.*, n. 1/2020, 1. V. anche G. PRETEROSSO, *Da emergenza sanitaria a stato di eccezione politico*, loc. cit.

<sup>147</sup> Molti, giustamente, la mettono in luce. Tra i giuristi, ad es., R. BIN, *Guardando a domani*, in *laCostituzione.info (http://www.lacostituzione.info/)*, 12 marzo 2020.

<sup>148</sup> Un cenno a questa prospettiva, da ultimo, in F. FILICE - G.M. LOCATI, *Lo Stato democratico di diritto*, cit., 21.



**SANDRO STAIANO**  
**Né modello né sistema.**  
**La produzione del diritto al cospetto della pandemia**

SOMMARIO: 1. Null'altro che assetto derogatorio dei poteri in conformità a Costituzione. – 2. Le modalità di produzione del diritto: frammentazione, asistematicità, conflitto. – 3. Profili di disallineamento dalla Costituzione. – 4. Diritto dell'emergenza e rivelazione dei vizi strutturali del sistema. – 4.1. Inefficienza del sistema amministrativo. – 4.2. Eccessi monocratici e asimmetrie nell'ordinamento regionale. – 4.3. Inefficienza della forma di governo. – 5. Il compito finora disatteso: la grande legislazione ordinaria.

1. *Null'altro che assetto derogatorio dei poteri in conformità a Costituzione.*

Non è inutile rilevare le sfocature e le distorsioni nello sguardo rivolto agli effetti nel sistema costituzionale prodotti dalle norme e misure messe in campo contro la pandemia. Non è inutile, sia per un motivo generale: chi sbaglia l'analisi non può che contribuire all'errore del decisore politico, malamente esercitando la sua funzione critica; sia per un motivo specifico: essendo in gioco libertà fondamentali, dare avallo all'idea di una mutazione sistemica non contrastabile, a esito della quale quelle libertà non potranno non risultare stabilmente ristrette in modo severo, vuol dire portare sul terreno più difficile la permanente lotta per la Costituzione.

Può rimanere perciò fermo che in Italia non v'è alcuno stato di guerra, non dichiarato nelle forme dell'art. 78 e tuttavia venuto in essere in via di fatto, per fronteggiare lo «stato di eccezione», e può rimanere fermo che, non essendovi tale stato di guerra, il Governo non è dotato, sempre in via di fatto, dei «poteri necessari».

La parola guerra, nell'uso metaforico che ne viene diffusamente compiuto innanzi agli avvenimenti presenti, ha una indiscutibile utilità come fattore di coesione identitaria, di riconoscimento di ciascuno in una comunità chiamata a fronteggiare un pericolo esterno mettendo in campo ogni risorsa, e nella prospettiva di dover subire poi privazioni che solo la conservazione di quella coesione identitaria potrà consentire di superare. È utile, quella parola, a far percepire la condizione dei medici e degli infermieri negli ospedali, quando mettono a rischio la propria incolumità innanzi al "nemico". È utile, ancora, la locuzione "economia di guerra", a significare l'eccezionalità delle misure da adottare, che corrispondono nella loro impostazione e nei loro contenuti a quelle proprie dello stato di guerra in senso proprio e alla situazione che a questo consegue dopo la cessazione. Ma i giuristi, i costituzionalisti no, non possono usare quella parola se non nel senso specifico del proprio apparato concettuale. Se si abbandonano all'impiego metaforico generale, scivolano in un'ambiguità irrisolta che li porta a esiti pericolosi, per essere senza fondamento. E rinunciano a sorvegliare gli scostamenti dalle norme costituzionali, che invece sono rimaste ben salde, e quindi sono idonee a fare da parametro, mentre ai giudici, alla Corte costituzionale soprattutto e in ultima istanza, spetta garantire una legalità costituzionale da preservare intatta.

Non v'è, infatti, alcuna «dittatura commissaria» di reminiscenza schmittiana<sup>1</sup>, nessuna traslazione di poteri fuori del circuito della rappresentanza, che si sia compiuta e che si possa solo

---

<sup>1</sup> Com'è noto il concetto di «dittatura commissaria», sospensione difensiva della Costituzione, intesa cioè a ripristinarla e a tale solo fine instaurata, è in C. SCHMITT, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, Berlin 1921 (due le traduzioni italiane di riferimento: *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Roma-Bari 1975; e *La dittatura*, a cura di A. Caracciolo, Roma 2006).

osservare inerti, sperando di vedere poi recedere la marea e ripristinare le condizioni originarie: se così fosse, quella speranza sarebbe vana, poiché nessuno potrebbe seriamente attendersi la rinuncia rapida e volontaria a un potere acquisito, tanto ampio e così libero da vincoli. È vero invece che, mentre il quadro costituzionale è molto chiaro, e lo «stato di eccezione» del tutto immaginario, il circuito della rappresentanza, per le sue disfunzioni “a regime” derivanti dai caratteri assunti dal sistema partitico, è sottoposto a una fortissima pressione. Ed è ai punti di pressione che occorre porre mente, perché in corrispondenza di essi vanno consolidate, per quanto possibile, le difese.

Nel quadro costituzionale, la norma di riferimento per la qualificazione giuridica dello stato presente è l'art. 77: si tratta di uno dei «casi straordinari di necessità e di urgenza» che consentono la deroga provvisoria all'ordine delle competenze legislative, con la traslazione del potere verso il Governo. La Corte costituzionale si è incaricata di riportare (quando se ne sono create le condizioni politico-istituzionali) la figura del decreto-legge, dopo una lunga stagione di uso improprio, nell'alveo della «straordinarietà», definendo in modo sufficientemente univoco i presupposti di «necessità» e «urgenza»: è dunque disponibile uno strumento di intervento ben definito anche in ragione della sedimentazione giurisprudenziale che lo ha interessato<sup>2</sup>. Strumento che ben può assolvere alla riserva di legge «rinforzata per contenuto»<sup>3</sup> stabilita dall'art. 16 Cost. quanto alle «limitazioni ... per motivi di sanità o di sicurezza». E non ci sono ragioni per ritenere che questo stesso strumento non si presti ad essere adoperato per corrispondere alla riserva di legge stabilita dall'art. 41, comma 3, Cost. nella determinazione di «programmi e controlli», intendendoli come rivolti a verificare la congruenza dell'attività economica con le esigenze derivanti dall'emergenza. Queste esigenze, infatti, anche nella prospettiva delle conseguenze nel tempo, condizionano direttamente il conseguimento dei «fini sociali» ai quali guarda il disposto costituzionale.

Sul versante del rapporto con le Regioni – verso le quali si è compiuta negli anni un'assai cospicua dislocazione di poteri in materia sanitaria – vale l'assorbente potestà dello Stato nel fronteggiare l'emergenza quando si tratti di adottare misure limitative di libertà fondamentali, quali quella di circolazione, potestà che può spingersi fino a consentire al Governo di sostituirsi agli organi della Regione quando incomba un «pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica» (art. 120, comma 2, Cost.): né alcuno può dubitare che un tale pericolo effettivamente incomba.

Il modello costituzionale della «straordinarietà», dell'«urgenza» e della «necessità» è perciò limpidamente costruito dalla Costituzione, e non ha alcun punto di contatto con lo «stato di eccezione», in cui decide il «sovrano» pretermettendo del tutto ogni altro potere. E la «necessità»

---

<sup>2</sup> Circostanza che non può essere sottovalutata, riproponendo lo stilema analitico dell'«abuso», che si attagliava, giova ricordarlo, alla pratica delle iterazioni e delle reiterazioni e alla mancanza di ogni verifica sul ricorrere dei presupposti di necessità e di urgenza. La traslazione “ordinaria” della potestà normativa verso l'Esecutivo ora segue altre vie. E la Corte costituzionale ha apprestato una consistente gamma di rimedi atti a contrastare quegli «abusi». Peraltro, innanzi agli eventi che sono in atto, l'impiego del decreto-legge corrisponde alle premesse costituzionali, al modello disegnato dall'art. 77 Cost., nella sua lettera, nella sua collocazione sistematica, nel rapporto con i caratteri impressi alla forma di governo, alla luce della giurisprudenza costituzionale. Tra le fattispecie di «abuso» resta in atto quella della questione di fiducia sul maxiemendamento alla legge di conversione. Questa, però, più che con la dislocazione del potere legislativo tra Parlamento e Governo, ha a che fare con la posizione del Governo in Parlamento e con i rapporti maggioranza-opposizione, in ordine alle garanzie apprestate per quest'ultima. Altra questione è quella dei contenuti che i decreti-legge in concreto deliberati hanno assunto, specie con riferimento alla produzione ulteriore: ma, su questo versante, non viene in discorso il modello disegnato dall'art. 77 Cost., essendo invece in campo altri profili di compatibilità costituzionale, specie con riferimento alla osservanza della riserva di legge come strumento a garanzia delle libertà fondamentali implicate.

<sup>3</sup> Considerazioni sull'applicazione della categoria al cospetto della pandemia, nella considerazione della giurisprudenza costituzionale si ritrovano in S. G. Guizzi, *Stato costituzionale di diritto ed emergenza COVID-19: note minime*, in *Magistratura Indipendente* (<https://www.magistraturaindipendente.it/>), 18 aprile 2020, par. 5.

di cui è detto nell'art. 77 Cost. è solo lessicalmente assonante con la «necessità» come fonte del diritto<sup>4</sup>, pur evocata, ma non propriamente, al cospetto dei fenomeni in atto.

Si tratta di un contingente riassetto derogatorio dei poteri, che presenta molti vantaggi rispetto all'esito drammatico degli «stati di emergenza» che conducano alla dichiarazione dello «stato di eccezione».

Infatti, il potere è assoggettato a un moto centripeto verso lo Stato-soggetto e, nell'ambito di questo, verso il Governo, ma rimane sempre fermo il controllo del Parlamento, che può intervenire molto tempestivamente a modificare il punto di equilibrio tra tutela delle libertà ed efficacia delle misure straordinarie stabilito dal Governo con il decreto-legge. Tale garanzia procedimentale consente di compiere, nella sede della rappresentanza politica, un controllo di proporzionalità sulle misure governative, che può mostrarsi molto penetrante, e può essere rimesso al vaglio dei giudici comuni e della Corte costituzionale.

Questo assetto, fatto di equilibri nell'ambito della relazione fiduciaria, e di controlli, garantisce meglio che, cessata la situazione straordinaria, ogni potere rifluisca “naturalmente” entro il proprio argine.

Dunque, non versandosi in un caso di produzione autonoma del diritto da parte dello «stato di eccezione» come fonte, ed essendo ogni atto pienamente vincolato dal proprio parametro, nessun soggetto può aspirare all'auto-attribuzione del potere.

Questo stato delle cose carica di responsabilità i titolari delle funzioni di controllo, poiché non v'è ragione che queste si arrestino innanzi a una postulata inattuabile «straordinarietà» (intesa come stato di eccezione). E carica di responsabilità la scienza giuridica, la quale non può di certo contemplare inerte gli eventi, la loro presunta inesorabile fattualità, senza considerare gli scostamenti dai parametri per ciò che sono: violazioni della legalità costituzionale.

La mancata percezione di questo dato ha indotto – come è accaduto, nel dibattito sia politico sia accademico, tutte le volte in cui l'ordinamento è stato sottoposto a tensione specie quanto al rendimento della forma di governo – a proporre revisioni costituzionali, nel senso del potenziamento dell'Esecutivo e del ridimensionamento dei poteri delle Regioni e in generale dei soggetti di autonomia, e dell'introduzione di norme costituzionali sullo «stato di emergenza», assumendo a riferimento il modello tedesco<sup>5</sup>, o mettendo in luce che clausole intese alla

---

<sup>4</sup> È la nota tesi di S(ANTI) ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Rivista di diritto costituzionale e amministrativo*, 1909: «...nella necessità deve rintracciarsi l'origine e la legittimazione dell'istituto giuridico per eccellenza, cioè dello Stato, e in genere del suo ordinamento costituzionale ... E ciò che si verifica nel momento iniziale di un determinato regime può anche ripetersi, sebbene in linea eccezionale e con caratteri più attenuati, anche quando questo avrà fermato e regolato le sue istituzioni fondamentali» (261). Al prodursi dell'emergenza, tale fattore originario si ripropone come «vera fonte di diritto», e come tale legittima «provvedimenti governativi», che, benché «contrari alla legge», si impongono all'osservanza anche in sede giurisdizionale (270). Ciò che si verifica non è una limitazione dei diritti di libertà in ragione dell'affermazione di un «diritto subbiiettivo dello Stato» al cospetto di essa. È, invece, la «sostituzione, sia pure provvisoria e limitata, di un nuovo diritto obbiettivo al diritto obbiettivo già esistente», e se «la libertà individuale resta, diminuita, sospesa, non protetta, ciò (...) è (...) la conseguenza immediata (...) del nuovo ed eccezionale ordinamento giuridico che esso pone e che determina in modo diverso i confini rispettivi della potestà dello Stato e dell'attività dei singoli», poiché «i diritti dei cittadini stanno in funzione di siffatto ordinamento» (257). Ora, che i diritti dei cittadini siano «funzione dell'ordinamento statale», di quello «originario» o di quello «nuovo ed eccezionale», è concetto estraneo al contesto costituzionale repubblicano e alle sue radici storiche. Del resto, Santi Romano mette la sua tesi in opposizione al «dottrinarismo costituzionale della prima maniera», che delle libertà individuali «faceva un *prius* irriducibile, una barriera più o meno insormontabile di fronte alla potestà dello Stato» (*loc. ult. cit.*). Ma è proprio il carattere prioritario dei diritti – che si manifesta, in termini generali, nell'enunciato dell'art. 2 Cost., «La Repubblica *riconosce* e *garantisce* i diritti inviolabili dell'uomo ...» – il tratto connotativo del vigente sistema di tutela costituzionale delle libertà.

<sup>5</sup> Come è noto, per ragioni storiche specifiche, il costituente tedesco del 1949 scelse di disciplinare in modo assai articolato, nei presupposti e nelle sequenze procedimentali, i poteri intesi a fronteggiare stati latamente emergenziali

riallocazione dei poteri nelle situazioni emergenziali si riscontrano nella Costituzione francese<sup>6</sup> e in quella spagnola<sup>7</sup>.

Ma l'esame della vicenda del contrasto alla pandemia, per come si è venuta svolgendo a partire dalla dichiarazione dello stato di emergenza e poi nella legislazione e nella produzione provvedimentale ai diversi livelli di governo, dimostra che questo riproposto "revisionismo costituzionale" è una sorta di riflesso pavloviano, ricorrente quanto privo di costrutto. E che, anzi, modifiche della Costituzione, mosse dalle suggestioni del momento, sarebbero di sicuro controindicate.

E sarebbe poco comprensibile mutuare dagli altri richiamati ordinamenti, in particolare da quello tedesco, le norme costituzionali sugli stati di emergenza, quando queste, al cospetto della pandemia, non hanno trovato applicazione nei rispettivi contesti.

A parte il caso della Spagna, ove è stato dichiarato lo «stato di allarme», che, nel quadro dell'art. 116 della Costituzione colà vigente, ha la specifica connotazione di riferirsi a stati di emergenza derivanti da fattori naturali o a essi assimilabili, cioè «politicamente neutrali»<sup>8</sup> (nulla di diverso, nella situazione in atto, da quanto previsto e consentito dall'art. 16 della Costituzione italiana), in Germania e in Francia si è agito al di fuori del campo di impiego delle norme sugli stati di eccezione.

In Germania, il fondamento maggiore degli interventi al cospetto della pandemia è nella legge per la prevenzione e il contrasto delle malattie infettive del 20 luglio 2000<sup>9</sup>, la quale, prevedendo limitazioni di libertà fondamentali, è destinata, in conformità all'art. 19 GG, a «valere in generale e non per il caso singolo» e menziona «il diritto fondamentale con l'indicazione dell'articolo» che lo sancisce, del quale comporta restrizione.

Quando poi si è posto il problema di alcune insufficienze della legge in discorso, specie perché essa non è parsa del tutto idonea a garantire l'unitarietà dell'intervento a livello federale, ne è stata proposta una modifica per consentire al *Bundestag* di dichiarare l'emergenza epidemica nazionale. Tutto si svolge dunque entro il quadro della legislazione ordinaria, e attraverso atti amministrativi su questa fondati, di tipo regolamentare o provvedimentale, a livello dei *Länder* o a livello federale<sup>10</sup>.

In Francia, la *Loi* n. 2020-290 del 23 marzo 2020, novellando il *Code de la santé publique*, ha attribuito al Consiglio dei ministri il potere di dichiarare per decreto, su proposta del Ministro

---

di diverso tipo: stato di tensione (art. 80a), stato di emergenza legislativa (art. 81), stato di difesa (Tit. Xa). Per una recente puntuale descrizione di tali soluzioni, R. TARCHI, A. GATTI, *Il potere normativo del Governo federale nell'ordinamento costituzionale della Germania*, in *Osservatorio sulle fonti* ([www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it)), n. 3, 2018.

<sup>6</sup> In Francia, l'art. 16 della Costituzione del 1958 attribuisce al Presidente della Repubblica, quando «*les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu*», il potere di prendere «*les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier Ministre, des Présidents des assemblées ainsi que du Conseil Constitutionnel*». Su questa disposizione e sulle posizioni critiche della dottrina francese in ordine a essa, cfr. CH. BONTEMPS DI STURCO, *Francia, in Poteri emergenziali e deroghe al principio di legalità*, a cura di P. Passaglia, nel sito della Corte costituzionale ([www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)), 10 maggio 2011. L'art. 36 della Costituzione francese, inoltre, prevede la proclamazione, per decreto del Consiglio dei ministri, dell'«*état de siège*», che non può protrarsi per oltre dodici giorni senza autorizzazione parlamentare.

<sup>7</sup> La Costituzione spagnola – con l'art. 116, nel Capo dedicato alla forma di governo – articola la disciplina degli stati emergenziali in tre fattispecie: «allarme», «eccezione», «assedio», regolando in via diretta procedimento e durata, e demandando a una legge organica la restante disciplina e, in specie, «le competenze e le limitazioni corrispondenti».

<sup>8</sup> P. CRUZ VILLALÓN, *El nuevo derecho de excepción (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio)*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 2, 1981, 93 s.

<sup>9</sup> *Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz - IfSG)*, 20 Juli 2000 (BGBl. I S. 1045).

<sup>10</sup> Per la vicenda tedesca, la puntuale descrizione di G. TACCOGNA, *L'ordinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sars-CoV-2*, in AA.VV., *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Osservatorio emergenza Covid-19 di Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)).

competente in materia di salute, «*l'état d'urgence sanitaire*», informandone l'Assemblea nazionale e il Senato (art. 2). La stessa legge, derogando contestualmente all'art. 3131-13 novellato, ha anche dichiarato in via diretta lo stato di emergenza sanitaria (art. 4), che è stato poi prorogato con la *Loi* n. 2020-546 dell'11 maggio 2020. In questo quadro legislativo si è compiuta la produzione di *Décret* del Consiglio dei ministri e di *Arrêté* del Ministro della solidarietà e della salute. Anche qui: nulla al di fuori della legislazione ordinaria; nessuna applicazione delle clausole costituzionali eccezionali.

Non si vede, dunque, ragione per trasporre fuori dei loro ambiti nazionali, storicamente connotati, clausole siffatte, portandole nel contesto italiano cui sono a ragion veduta estranee, mentre tutte le disfunzioni messe in evidenza dalla pressione di fatti straordinari chiamano in causa la necessità di interventi di legislazione ordinaria di qualità adeguata in settori chiave dell'ordinamento, da tempo peraltro invocati, e segnalano le perduranti inadeguatezze del decisore politico.

## *2. Le modalità di produzione del diritto: frammentazione, asistematicità, conflitto.*

Su queste premesse – e cioè postulando che quanto può avvenire è nei confini della deroga all'ordine delle competenze secondo le modalità e nei limiti stabiliti dalla Costituzione – l'osservazione giuridica degli eventi deve rivolgersi a considerare l'efficienza delle modalità messe in campo, che è fattore primario da apprezzare innanzi a emergenze quali quella in atto, e a valutarne l'allineamento costituzionale.

Un primo profilo che viene in discorso è relativo alla originaria sovrapposizione tra diversi modi di produzione emergenziale del diritto, anzitutto uno che si è manifestato nella dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria con la Delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020<sup>11</sup>, posta in attuazione del d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, «Codice della protezione civile»; l'altro affidato ai decreti-legge che hanno dato fondamento ai Decreti del Presidente del Consiglio dei ministri successivamente adottati.

La prima di tali modalità prevede una «valutazione speditiva» (cioè, fuori del lessico settoriale specifico, rapida e in qualche misura sommaria) da parte del Dipartimento della protezione civile in ordine al ricorrere delle condizioni per la dichiarazione dello «stato di emergenza di rilievo nazionale», che è conseguentemente deliberato dal Consiglio dei ministri stabilendone la durata e l'estensione territoriale e la qualità degli interventi. La delibera «autorizza l'emanazione delle ordinanze di protezione civile» e stabilisce la prima dotazione finanziaria (art. 24, d.lgs. n. 1 del 2018, comma 1), che può essere successivamente incrementata nelle stesse forme (art. 24, comma 2). Il Codice non determina né l'esatta imputazione soggettiva né compiutamente il procedimento formativo delle ordinanze di protezione civile, limitandosi a stabilire i modi di pubblicità (art. 25, comma 4, d.lgs. n. 1 del 2018, comma 4), e affidando la determinazione di «limiti e modalità» alla stessa Delibera dichiarativa dello stato di emergenza (art. 25, comma 1). In termini generali, sembra si possa solo dire che il soggetto o l'organo preposto all'esercizio del potere di ordinanza potrebbe essere posto in posizione di alterità, strutturale o funzionale, rispetto all'organo Governo, e alle Regioni o Province autonome, essendo prescritto che gli atti in discorso vengano trasmessi «per informazione» a tali soggetti di autonomia e «al Presidente del Consiglio dei ministri ... e fino al trentesimo giorno dalla deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale, al Ministro dell'economia e delle finanze» (art. 25, comma 4).

---

<sup>11</sup> Delibera del Consiglio dei ministri 31 gennaio 2020, «Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili» (G.U. n. 26 del 1° febbraio 2020).

Ora, la richiamata Delibera 31 gennaio 2020, dichiarativa dello stato di emergenza, ha attribuito il potere di ordinanza al Capo del Dipartimento della protezione civile, «in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico» (punto 2), scegliendo di non discostarsi dalla previsione generale dell'art. 5, comma 1, del Codice della protezione civile che dà facoltà al Presidente del Consiglio dei ministri di esercitare i poteri di ordinanza «tramite il Capo del Dipartimento della protezione civile». E tali ordinanze sono state effettivamente prodotte.

Parallelamente il potere di ordinanza è stato attribuito col decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, al Presidente del Consiglio, che lo ha largamente esercitato in forma di decreto.

Ma il quadro del potere di ordinanza è assai più articolato.

Esso è stato esercitato dal Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il coordinamento e il contrasto dell'emergenza epidemiologica Covid-19, nominato dal Presidente del Consiglio dei ministri in forza dell'art. 122 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18. Tale disposto, al secondo comma, prevede che il Commissario, nell'ambito dell'azione di collaborazione con le Regioni e di supporto a esse, «su richiesta» di queste, possa «adottare in via d'urgenza ... i provvedimenti necessari a fronteggiare ogni situazione eccezionale»; siffatti provvedimenti, «di natura non normativa», possono essere adottati «in deroga a ogni disposizione vigente, nel rispetto della Costituzione, dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea». Di essi può essere richiesto il riesame dalla Conferenza Stato-Regioni e dalle singole Regioni «su cui il provvedimento incide». Le misure che essi contengono debbono essere «in ogni caso adeguatamente proporzionate alle finalità perseguite».

La disposizione è redatta secondo una tecnica peculiare, poiché appare intesa a prendere posizione nel dibattito dottrinale sulla natura giuridica delle ordinanze di necessità e di urgenza e ad allinearsi agli orientamenti della giurisprudenza. Così, le ordinanze vengono definite atti non normativi, aderendo a una posizione, invero controversa, tenuta in sede teorica; e vien dato riscontro a una lettura del rapporto tra ordinanza e fattispecie sulla quale essa interviene dovuta alla giurisprudenza costituzionale<sup>12</sup> e amministrativa<sup>13</sup>.

Una tale pretesa di dare pregevolezza dommatica alle previsioni legislative, perseguendo per questa via un obiettivo di certezza, anche per mettere, per quanto possibile, al riparo gli atti dal contenzioso giudiziale, è destinata a rivelarsi illusoria. Poche nozioni, invero, sono più tormentate di quella di normatività: sia in ordine al carattere della innovatività, che, quanto alle ordinanze, assume i tratti specifici della deroga-sospensione delle norme vigenti e della provvisorietà; sia quanto alla generalità e all'astrattezza, poiché non è sempre agevole tracciare il confine tra la determinatezza-determinabilità e la indeterminatezza-indeterminabilità dei soggetti e delle fattispecie riconducibili alla previsione e, frequentemente, gli enunciati sono volutamente fuorvianti, occultando sotto formulazioni generalizzanti il riferimento a casi identificati o, viceversa, presentando come dotati del carattere della determinatezza comandi destinati invece a un universo di soggetti e di casi tanto ampio da non essere definibile se non nell'applicazione.

Gli estensori del testo hanno forse avuto riguardo ad un'altra fase del dibattito sull'impiego dello strumento dell'ordinanza (soprattutto nella regolazione delle procedure intese all'organizzazione di «grandi eventi» o nel fronteggiare ossimoriche emergenze «stabilizzate», protrattesi per decenni), una lunga fase in cui se ne è denunciato l'«abuso», al punto da far ritenere il formarsi di un «sistema parallelo»<sup>14</sup>, o perfino «alternativo», all'«insieme di regole, competenze e assetto delle fonti

---

<sup>12</sup> La Corte ha sempre affermato, già nella sua prima giurisprudenza, il necessario rapporto di strumentalità tra l'emergenza e le misure intese a fronteggiarla, richiamando all'osservanza dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza: cfr. Corte cost., sentt. 20 giugno-2 luglio 1956, n. 8; 23-27 maggio 1961, n. 26; 26 marzo-3 aprile 1987, n. 100; 22-28 maggio 1987, n. 201; 5-14 aprile 1995, n. 127.

<sup>13</sup> Cfr., *ex plurimis*, Cons. St., Sez. IV, 29 luglio 2008, n. 3726; Cons. St., Sez. VI, 10 febbraio 2015, n. 701.

<sup>14</sup> V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 377.

costituzionalmente vigente»<sup>15</sup>. Essi hanno perciò tentato di “codificare” la dottrina e la giurisprudenza meglio orientata a far valere i principi di sistema.

Per lungo tempo, invero, condizionare la componibilità delle ordinanze con il sistema costituzionale delle fonti alla carenza in esse del carattere della normatività – identificata con la innovatività e con la generalità e astrattezza – è parso valere a limitare eccessi, una volta rotto l’argine della verifica dei presupposti di «emergenza», e in presenza di una autorevole dottrina che si è orientata “pericolosamente” a fondare il riconoscimento negli atti in discorso, in quanto *extra ordinem*, della forza della legge<sup>16</sup>, o a ritenere possibile l’esercizio del potere di ordinanza in assenza di uno specifico fondamento legislativo<sup>17</sup>: il carattere derogatorio «per singoli casi»<sup>18</sup> delle ordinanze ha potuto essere considerato una garanzia adeguata a impedire troppo profonde lacerazioni del sistema.

Insomma, in tempi di “normalità”, degli strumenti dell’emergenza è stato fatto un uso “quasi-ordinario”, che ha trovato la sua ragion d’essere nelle inadeguatezze delle amministrazioni pubbliche a far fronte a regimi a vicende troppo complesse o da portare a esito in tempi troppo brevi a raffronto con degli standard cui esse potevano realisticamente aspirare. E, innanzi a un fenomeno siffatto, si è trattato di impedire, per quanto possibile, che, in nome dell’emergenza, potesse essere eluso ogni controllo e potessero essere messe in opera condotte distorsive al riparo dagli apprezzamenti di ragionevolezza.

Per questo, il tentativo di “legiferare dottrinalmente” appare – oltre che, come si diceva, inane – soprattutto fuori tempo. Nessuno può dubitare, invero, che oggi il presupposto dell’emergenza ricorra. Si tratta semmai – ed è questo il punto critico che occorre considerare con cura – di assicurare la corrispondenza della produzione del diritto alle riserve di legge contemplate dalla Costituzione e al principio di legalità in senso sostanziale.

È stato poi definito il potere di ordinanza dei Presidenti delle Regioni e dei Sindaci in forza del richiamo all’art. 32, comma 3, legge 23 dicembre 1978, n. 833, all’art. 50, comma 5, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (t.u. delle leggi sull’ordinamento degli enti locali) e all’art. 117, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, compiuto dall’art. 3, comma 2, del d.l. n. 6 del 2020: a Presidenti e Sindaci è demandato intervenire «nelle more dell’adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri ... nei casi di estrema necessità»<sup>19</sup>. Si deve ritenere, dunque, che, nell’ambito di un «caso straordinario di necessità e di urgenza», che ha condotto all’approvazione del decreto-legge, e in ragione della quale il Presidente del Consiglio sia abilitato ad adottare, con ordinanza in forma di decreto, una urgente «misura di contenimento e gestione» (art. 1, comma 1, d.l. n. 6 del 2020), si possa creare una situazione di urgenza ancora più stringente: quell’apposizione «estrema» fa pensare a una contingenza tanto pressante da impedire che possa essere tempestiva l’ordinanza proveniente dall’Esecutivo nazionale (la quale, per vero, in forza dell’art. 3, comma 1, dello stesso decreto-legge, benché atto monocratico, è assoggettata a incombenze procedurali: la proposta del Ministro della salute, il parere di un novero più o meno esteso di ministri e dei Presidenti di singole Regioni

---

<sup>15</sup> C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d’urgenza nell’esperienza italiana*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 2009, par. 4.

<sup>16</sup> F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, in Id. (a cura di), *Diritto pubblico*, III ed., Torino 2017, 191 ss.

<sup>17</sup> A. CARDONE, *La “normalizzazione” dell’emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino 2011, 49 ss.

<sup>18</sup> Secondo la ricostruzione della deroga data da V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, a cura di F. Crisafulli, Padova 1993, 221.

<sup>19</sup> In tema, con riferimento alla fase di vigenza del d.l. n. 6 del 2020, G. BOGGERO, *Le “more” dell’adozione dei dpcm sono “ghiotte” per le Regioni. Prime osservazioni sull’intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19*, in *Diritti Regionali* ([www.dirittiregionali.it](http://www.dirittiregionali.it)), n. 1, 2020, 361 s.

o del Presidente della Conferenza dei Presidenti delle Regioni; procedimento che può peraltro essere molto rapido).

Se alla locuzione «nelle more» si vuole dare un significato corrispondente allo specifico uso linguistico in campo giuridico, essa non può che stare a designare un arco temporale intercorrente tra l'avvio del procedimento inteso alla emanazione del d.p.c.m. e il suo compimento, nel quale, per un caso di «urgenza estrema» si renda necessaria una misura regionale o comunale che anticipi gli esiti della decisione governativa. E quest'ultima potrà sempre rimeditare contenuto e portata dell'ordinanza del Presidente della Regione o del Sindaco.

Si deve poi ritenere che, in forza dell'art. 2, d.l. n. 6 del 2020, il Presidente della Regione o il Sindaco – considerata la genericità del riferimento alle «autorità competenti» contenuto nel disposto – abbia potuto emanare ordinanze recanti «ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza» anche «al di fuori dei casi elencati» dall'art. 1, comma 1 dello stesso decreto-legge.

Parallelamente è stato esercitato il potere di ordinanza del Ministro della salute, il cui fondamento primo è nell'art. 32 della legge n. 833 del 1978<sup>20</sup>. Il presupposto dell'esercizio di tale potere è nella dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria, prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 6 del 2020 (il quale ha fatto «salvi gli effetti» degli atti prodotti in quella fase). Successivamente, e ancora sul fondamento dell'art. 32 della legge n. 833 del 1978, vale il richiamo al d.l. n. 6 del 2020 e poi al d.l. n. 19 del 2020, nel loro tenore generale quanto alla definizione del quadro delle fonti, e poi ai successivi decreti-legge nei rispettivi ambiti di intervento, e ai d.p.c.m. intanto prodotti.

Poiché i decreti del Ministro della salute, dichiarando bensì di operare «in attuazione», sovente invece estendono le previsioni dei d.p.c.m. a fattispecie da questi non contemplate, si potrebbero qualificare come «ulteriori misure» (e talvolta questo lemma è in effetti espressamente adoperato nei testi). E, poiché il riferimento a essi recato dal d.l. n. 6 del 2020 è stato soppresso dal d.l. n. 19 del 2020, si deve ritenere che il titolo di legittimazione del potere di ordinanza del Ministro della salute continui a derivare, per questa parte, dall'art. 32 della legge 833 del 1978 (il quale, peraltro, prevede anche un potere di ordinanza del Presidente della Regione e del Sindaco «con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale»).

In realtà è arduo discernere, in concreto, a quale determinazione possa essere riconosciuto il carattere di «ulteriorità» (da ritenere perciò legittima) e quale determinazione abbia invece connotati di innovatività scevra da qualsiasi rapporto di continuazione-trascendenza rispetto alla disciplina del d.p.c.m. (da ritenere perciò illegittima): filosoficamente arduo definirlo, dommaticamente pressoché impossibile.

Né il complesso assetto venuto in essere in forza dell'originaria disciplina del d.l. n. 6 del 2020 è parso semplificato e razionalizzato attraverso la rimodulazione intervenuta, come si accennava, con il decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, inteso a rimuovere i più evidenti esiti di lesione del principio di legalità e delle riserve di legge a tutela dei diritti fondamentali implicati, a partire dalla libertà di circolazione ex art. 16 Cost., cui ha condotto il primo decreto-legge.

Il d.l. n. 19 del 2020 ha dettagliato l'elenco delle misure applicabili con ordinanza (art. 1, comma 2). Ha specificato il senso da attribuire alla formula «nelle more» dell'intervento con d.p.c.m., laddove ha limitato «fino al momento» dell'adozione di tale atto l'efficacia di provvedimenti adottati «in casi di estrema necessità e urgenza per situazioni sopravvenute» (art. 2, comma 2), o, in ambito

---

<sup>20</sup> Si vedano le ordinanze, in forma di decreto, del 25 e 30 gennaio; del 21 febbraio (due, di cui una di intesa con il Presidente della Regione Lombardia); del 22 febbraio (di intesa con il Presidente della Regione Veneto); del 23 febbraio (cinque, di cui una di intesa con il Presidente della Regione Lombardia, una con il Presidente della Regione Piemonte, una con il Presidente della Regione Veneto, una con il Presidente della Regione Emilia-Romagna, una con il Presidente della Regione autonoma Friuli Venezia Giulia, una con il Presidente della Regione Liguria); del 12, 14, 15, 20, 22 e 28 marzo; del 2, 3 e 26 aprile.



regionale, «in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario» verificatesi nel territorio della Regione o in parte di esso (art. 3, comma 1). Ha identificato soggettivamente il corrispondente potere nel Ministro della salute e nelle Regioni (per le Regioni, si deve ritenere nel Presidente, non potendosi postulare un'organizzazione "ministeriale", con figure assimilabili, in scala assessorile, a un "ministro competente"): art. 2, comma 2 e art. 3, comma 1. Ha tentato di apprestare una soluzione al conflitto – facilmente riconoscibile come potenziale e poi venuto effettivamente in atto – tra soggetti dell'autonomia locale, laddove ha stabilito l'inefficacia di ordinanze contingibili e urgenti dei Sindaci dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali e regionali (art. 3, comma 2). Ha soppresso, abrogando pressoché interamente il d.l. n. 6 del 2020<sup>21</sup> e non riproducendolo per questa parte, il riferimento a «ulteriori misure»; e ha previsto invece che, al prodursi di «specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso», le Regioni «possono introdurre misure ulteriormente restrittive, tra quelle di cui all'art. 1, comma 2, esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale» (art. 3, comma 1), con ciò consentendo l'esercizio del potere di ordinanza al Presidente della Regione. L'intendimento di quest'ultimo disposto è, in tutta evidenza, di trarre di ambiguità la locuzione «ulteriori misure», sostituendo all'aggettivazione l'avverbio, apponendo la diversa aggettivazione «restrittive» e introducendo il riferimento al solo campo delle «attività di competenza» regionale, al fine di limitare, con questa escogitazione lessicale, il campo d'azione dell'agente, il "terribile agente" Presidente della Regione. Obiettivo destinato a essere mancato, anche nell'evolversi della vicenda emergenziale. Infatti, nell'immediatezza dell'introduzione della norma, il riferimento alle «attività di competenza» regionale, ha avuto ben poca capacità di contenimento dell'attivismo dei Presidenti delle Regioni, poiché, essendo la competenza in concreto implicata in prevalenza quella in materia di sanità, questa è stata da essi ritenuta senza residui nella pienezza della disponibilità regionale. Non è così, ovviamente, ma è dalla ambiguità della formula usata nel decreto-legge che deriva ogni equivoco. Non si vede, infatti, con quale legittimazione i Presidenti delle Regioni avrebbero mai potuto agire fuori delle «competenze» regionali, non fosse stato per quell'«ulteriori misure» contenuto nel d.l. n. 6 del 2020, sicché sarebbe bastato sopprimerlo con il d.l. n. 19 del 2020 per privare di fondamento gli interventi centrifughi messi in campo in sede regionale. Mentre dire di «attività di competenza» delle Regioni è altamente fuorviante: non v'è dubbio infatti che, trattandosi di una situazione qualificata come «stato di emergenza di rilievo nazionale», la competenza, per come è configurato il sistema sanitario, piuttosto che *essere sempre, non è mai* regionale. Invero, il d.lgs. n. 112 del 1998, che ha compiuto un rimarchevole trasferimento di funzioni dallo Stato alle Regioni in materia di sanità, all'art. 117, ha rapportato la competenza ad adottare misure d'urgenza alla dimensione dell'emergenza, affermando quella statale quando sia coinvolto l'intero territorio nazionale; e, all'art. 126, ha mantenuto allo Stato le funzioni amministrative in materia di profilassi internazionale<sup>22</sup>. E, anche dopo l'entrata in vigore della legge cost. n. 3 del 2001, di revisione del Titolo V della Parte Seconda, Cost., la Corte costituzionale, pronunciandosi in materia di vaccini, ma affermando un canone di portata generale: la profilassi e la prevenzione di malattie infettive «richiede necessariamente l'adozione di misure omogenee su tutto il territorio nazionale»<sup>23</sup>. È

---

<sup>21</sup> Salvo l'art. 3, comma 6-bis («Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti»), e l'art. 4, recante la copertura finanziaria.

<sup>22</sup> Notazioni in tal senso in R. BALDUZZI, *Ci voleva l'emergenza Covid-19 per scoprire che cos'è il Servizio sanitario nazionale?*, in *Amministrazione In Cammino* (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it>), 10 aprile 2020.

<sup>23</sup> Corte costituzionale, sentt. 28 novembre 2017-18 gennaio 2018, n. 5 e 5 giugno-18 luglio 2019, n. 186.

perciò lo Stato a dover intervenire e alle Regioni incombe semmai l'obbligo, ove si determinino situazioni specifiche in ambito locale, di darne comunicazione ai sensi dell'art. 118, comma 1, lett. e) del richiamato d.lgs. n. 112 del 1998, affinché lo Stato possa esercitare avvertitamente il proprio potere di comando.

Né pare si possa dubitare del fatto che l'esclusività delle competenze statali nel caso di un'emergenza sanitaria di tali dimensioni, almeno nella fase delle misure di confinamento e di blocco delle attività produttive, faccia largamente aggio sulla articolazione delle competenze in materia di protezione civile, ambito nel quale vale un principio di concorrenza tra Stato e Regioni, col temperamento della leale cooperazione<sup>24</sup>; mentre tale articolazione può riprendere campo quando si tratti di porre in essere misure di deconfinamento, nella fase calante dell'emergenza, in ragione delle specifiche caratteristiche territoriali e attinenti alla composizione produttiva delle Regioni (molto della confusa situazione venutasi a creare è derivata da quel "doppio binario" nella produzione del diritto messo in opera ad avvio dell'emergenza, tra ordinanze di protezione civile e ordinanze di necessità legittimate con decreto legge).

Che senso dare allora al riferimento al potere di ordinanza regionale, come produttivo di «ulteriori misure», se non quello di una delle contorsioni della tormentata, estenuata ricerca di un compromesso con le ridondanti pulsioni regionali? A garantire la tempestività maggiore di intervento in situazioni localizzate nelle Regioni, sarebbe bastata, invero, la conservazione, in effetti avvenuta, della facoltà di intervento «nelle more», con le richiamate precisazioni restrittive introdotte dall'art. 2, comma 2, d.l. n. 19 del 2020 (e, in effetti, a tale facoltà di intervento, più volte esercitata, sarebbe possibile ricondurre anche la – legittima – determinazione, con ordinanza regionale, di «zone rosse», cioè di aree assoggettate a forme particolarmente severe di confinamento, in ambiti ristretti di singole Regioni, corrispondenti al territorio di uno o più Comuni, purché se ne comunicassero contestualmente le circostanze al Governo, quale titolare del potere a regime<sup>25</sup>).

In tale già complesso scenario, è stato costruito – nel trapasso dal regime del d.l. n. 6 a quello del d.l. n. 19 del 2020 – un quadro piuttosto articolato di diritto intertemporale, conservando «gli effetti» (si deve ritenere diretti) e «gli atti» (adottati in forza) delle ordinanze prodotte nell'esercizio di un potere non più riconosciuto, stabilendo che «continuano ad applicarsi» alcuni determinati d.p.c.m., e residualmente «le altre misure» (da identificare), ma per soli «dieci giorni»<sup>26</sup>: ne risulta la necessità di una ricognizione interpretativa non agevole. E rimane l'alea dello scrutinio di legittimità, in sede giurisdizionale, degli atti conservati in vita o dei quali si afferma permanga l'efficacia e di quelli che, compiuti in forza della legittimazione assicurata dal decreto-legge, da autorità da questo investite, hanno consumato istantaneamente i loro effetti.

Il d.l. n. 19 del 2020 aspirava, dunque, a riordinare e stabilizzare l'esercizio dei poteri di ordinanza, ponendo fine alla frammentazione e alla moltiplicazione disgiuntiva, sia al livello statale sia in

---

<sup>24</sup> Secondo la ricostruzione organicamente compiuta dalla Corte costituzionale con la sent. 22 ottobre-2 dicembre 2019, n. 246.

<sup>25</sup> Che in tutta la fase di adozione delle misure di confinamento sia perdurata una situazione di incertezza in ordine alla spettanza e all'articolazione territoriale dei poteri è comprovato dalle cronache giornalistiche (e dal confronto, largamente *post fastum*, sulle fonti applicabili) circa le inchieste, anche di ordine penale, sulle conseguenze della mancata tempestiva dichiarazione della «zona rossa» nella Val Seriana, in Lombardia.

<sup>26</sup> Art. 2, comma 3, d.l. n. 19 del 2020: «Sono fatti salvi gli effetti prodotti e gli atti adottati sulla base dei decreti e delle ordinanze emanati ai sensi del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, ovvero ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833. Continuano ad applicarsi nei termini originariamente previsti le misure già adottate con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri adottati in data 8 marzo 2020, 9 marzo 2020, 11 marzo 2020 e 22 marzo 2020 per come ancora vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto. Le altre misure, ancora vigenti alla stessa data, continuano ad applicarsi nel limite di ulteriori dieci giorni».

ambito locale, che si era prodotta in vigore del d.l. n. 6 del 2020. Nel tempo intercorrente tra i due atti, invero, successivi decreti-legge si sono connotati per la varietà dei loro contenuti, talvolta commisti: misure dirette affidate a disposti autoapplicativi<sup>27</sup>, previsioni destinate alla messa in opera da parte di autorità amministrative dotate per altro verso anche di poteri di ordinanza<sup>28</sup>, attribuzione di ulteriori poteri di ordinanza<sup>29</sup>.

Tuttavia, tale obiettivo si sottrae al conseguimento secondo due linee di fuga: con decreto-legge vengono attribuiti nuovi poteri di ordinanza<sup>30</sup>, che vanno a rendere ancora più articolato il quadro che si è descritto; i Presidenti delle Regioni non si acconciano a tenersi entro i confini tracciati dal d.l. n. 19 del 2010, e definiscono proprie “politiche dell’emergenza” non sempre congruenti con gli orientamenti nazionali, per assecondare le pressioni provenienti dai rispettivi territori e, più genericamente, per assurgere a risorsa e presidio della sicurezza dei “popoli” regionali (in tempo di forte personalizzazione e di orientamento monocratico degli assetti ordinamentali, questo movente è fattore non trascurabile nel definire le dinamiche e il rendimento del sistema).

Tale moto centrifugo i poteri centrali, il Governo in specie, hanno mostrato di non saper contrastare efficacemente – specie nell’intera fase di più severo confinamento, quando molte Regioni tendevano a rispecchiare la domanda di sicurezza orientandosi a rendere più pesanti le misure governative – né in sede di contenzioso giurisdizionale, né, tantomeno, mettendo in opera le misure previste dall’art. 120 Cost., preferendo una contrattazione permanente, nella quale il quadro delle competenze è stato esposto a continue lacerazioni, e per gli eccessi di ruolo in sede regionale il rimedio unico è stato innanzi ai giudici su iniziativa di privati. Solo nella fase di allentamento delle misure statali, quando molte Regioni – stavolta rispecchiando la crescente insofferenza per le limitazioni subite e l’ansia per la difficoltà a riprendere le attività economiche, ravvisabili nelle popolazioni – sono venute determinazioni palesemente incompatibili con la condotta ancora ispirata al principio di massima precauzione adottata dal Governo, questo ha attivato il contenzioso giudiziario<sup>31</sup>. Ma subito dopo si è avviata una nuova intensa contrattazione sulle “riaperture” – in linea di principio territorialmente differenziabili, ma di fatto non differenziate – delle attività produttive, nell’ambito della quale il Governo è apparso tanto generosamente

---

<sup>27</sup> Così il d.l. 8 marzo, n. 11, recante “Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria”.

<sup>28</sup> Si veda, a titolo esemplificativo, quanto disposto dall’art. 4, comma 1, decreto-legge n. 9 del 2020: «L'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente, con riferimento ai settori dell'energia elettrica, dell'acqua e del gas, ivi inclusi i gas diversi dal gas naturale distribuiti a mezzo di reti canalizzate, e al ciclo integrato di gestione dei rifiuti urbani, con propri provvedimenti, prevede la sospensione temporanea, fino al 30 aprile 2020, dei termini di pagamento delle fatture e degli avvisi di pagamento emessi o da emettere, per i comuni individuati nell'allegato 1 al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 1° marzo 2020».

<sup>29</sup> Si veda., a titolo esemplificativo, quanto disposto dall’art. 6, comma 1, decreto-legge n. 18 del 2020: «Fino al termine dello stato di emergenza, dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, il Capo del Dipartimento della protezione civile può disporre, nel limite delle risorse disponibili di cui al comma 10, anche su richiesta del Commissario straordinario di cui all'articolo 122, con proprio decreto, la requisizione in uso o in proprietà, da ogni soggetto pubblico o privato, di presidi sanitari e medico-chirurgici, nonché di beni mobili di qualsiasi genere, occorrenti per fronteggiare la predetta emergenza sanitaria, anche per assicurare la fornitura delle strutture e degli equipaggiamenti alle aziende sanitarie o ospedaliere ubicate sul territorio nazionale, nonché per implementare il numero di posti letto specializzati nei reparti di ricovero dei pazienti affetti da detta patologia».

<sup>30</sup> Così il decreto-legge 8 aprile 2020, n. 22, ha attribuito poteri di ordinanza al Ministro dell’istruzione e al Ministro dell’Università e della ricerca, ravvisando la necessità di «prevedere misure eccezionali in tema di svolgimento di esami di stato di abilitazione all’esercizio di professioni, nonché per assicurare la continuità, pur in costanza dell’emergenza epidemiologica, delle attività formative delle Università, ivi comprese quelle pratiche e di tirocinio».

<sup>31</sup> Nel caso della Calabria, ottenendo l’annullamento dell’ordinanza relativa alla ripresa dell’attività di ristorazione: il TAR della Calabria, Sezione Prima, sent. 9 maggio 2020, n. 841 ha, tra l’altro, limpidamente affermato che il potere di ordinanza del Presidente della Regione si esercita solo «nelle more» dell’intervento statale (art. 3, comma 1, d.l. n. 19 del 2020).

propenso ad assecondare gli orientamenti delle Regioni per l'innanzi meno inclini a conformarsi alle restrizioni derivanti dal centro, da suscitare in taluno dei "Governatori" il sospetto – dichiarato – di un discarico di responsabilità (a riprova di quanto sia diventato difficile mestiere, al cospetto della pandemia e delle sue conseguenze, interpretare e assecondare le preferenze delle basi elettorali, nella competizione tra livelli di governo).

Nel coacervo di poteri di ordinanza che si è venuto così a determinare non è, dunque, affatto agevole districare sovrapposizioni, anche di piani temporali, e sceverare competenze, anche lungo la linea centro-periferia. E la metafora – rassicurante per chi sia tenuto, per proprio statuto scientifico, a scrutare nei fenomeni ogni segno di razionalità giuridica – della «catena normativa», come sequenza di connessioni giustificanti<sup>32</sup>, dovuta a un'elaborazione con ascendenze kelseniane, non riesce ad attagliarsi a una realtà in cui la produzione del diritto è piuttosto una sorta di flusso per linee spezzate che scaturisce in un delta reticolare.

Né il tentativo, finemente argomentato, di individuare qualche elemento di razionalizzazione, per ricondurre il fenomeno a sistema, nella produzione delle ordinanze in forma di d.p.c.m., identificandone la «doppia legittimazione», nel Codice della protezione civile e in ciascun decreto-legge che ne reca la specifica previsione<sup>33</sup>, pare conseguire lo scopo.

Invero, se si guarda allo scenario descritto dal punto di vista della conformazione delle norme sulla produzione, e delle dinamiche che ne conseguono, si ravvisa una congerie differenziata anche all'interno di serie di atti con il medesimo *nomen*, una tipologia messa in campo su fondamenti tenuti distinti senza alcun percepibile orientamento all'integrazione (o senza la consapevolezza di quanto sarebbe utile, se non necessaria, l'integrazione). Né gli elementi testuali sembrano soccorrere e offrire dati univoci: i decreti-legge, nell'attribuire poteri di ordinanza al Presidente del Consiglio, non recano alcun riferimento alla dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria nazionale, che è invece il presupposto necessario affinché possano essere riconosciuti analoghi poteri in forza del Codice della protezione civile, ma solo alla dichiarazione, da parte dell'Organizzazione mondiale della sanità, dell'epidemia come «emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale», prima, e di «pandemia» successivamente. I d.p.c.m., a loro volta, fanno richiamo alla dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria nazionale, ma senza alcun riferimento al Codice della protezione civile, sicché quel richiamo è a una circostanza fattuale, non a un presupposto normativo abilitante, che può al più valere a definire il termine finale di efficacia delle misure.

L'opera di razionalizzazione sistematica – già generosamente tentata e sicuramente necessaria e nella quale perseverare – è molto difficile, ed è probabile che potrà dirsi compiuta solo *ex post*, quando di questo processo, di queste modalità confuse e sovrapposte di produzione del diritto sarà stato possibile svolgere l'analisi empirica, e quando le giurisdizioni ne avranno compiuto la vagliatura. Mentre non si può aspirare a definizioni dommatiche prescrittive, adesso, ma solo tentare ipotesi su plausibili composizioni. Anche perché i decisori politici non hanno mai posto mente ad esigenze di coerenza sistemica degli interventi, lasciandosi sospingere da impulsi quotidianamente variabili, non di rado contraddittori, che hanno condotto all'impiego differenziato

---

<sup>32</sup> La figura è opportunamente richiamata per proporre una ricostruzione razionalizzante da M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in questi stessi scritti, 1 s. Fa ricorso alla medesima metafora L. FABIANO, *La catena della normazione emergenziale in risposta alle minacce di diffusione del Covid 19. Riflessioni sulla tenuta in termini di legittimità e di opportunità delle scelte normative del Governo italiano*, in *BioDiritto* (<https://www.biodiritto.org>), 16 marzo 2020.

<sup>33</sup> M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., 12. Posizione analoga, assumendo la «duplice legittimazione» dei DPCM, «una basata sul primo decreto legge, l'altra in quanto ordinanze di protezione civile», ma espressa in forma dubitativa, già in B. CARAVITA, *L'Italia al tempo del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), editoriale, 18 marzo 2020, VII.

di atti che potremmo essere indotti ad ascrivere a una medesima categoria, e che invece si rivelano proteiformi. E non poteva che essere così, per una connotazione culturale dominante, la quale si è espressa nella circostanza di non comprendere mai, nei folli e non pochi collegi chiamati a far da supporto ai legislatori e agli attuatori delle determinazioni di rango legislativo, giuristi dotati di competenze specifiche nella scrittura delle norme in un quadro sistematico consapevole. Sicché le varie esigenze di intervento settoriale – di ambito medico, epidemiologico, economico-produttivo, finanziario – si sono manifestate, senza argini, in pretese di traduzione immediata in disposizione normativa senza alcuna propensione a lasciarsi contenere in un quadro di coerente compatibilità, al quale nessuno era presente a fare richiamo. E il processo di integrazione politica, di cui sempre l'atto di produzione del diritto costituisce l'esito, si è incagliato in compromessi imperfetti e in composizioni deboli o solo apparenti.

Dinnanzi a tanto, è solo possibile tenere saldi alcuni punti di orientamento, di tipo in prevalenza metodologico: non concepire, come si diceva, la necessità come fonte autonoma del diritto, neppure di questo diritto così frammentato, di cui è difficile seguire la trama, perché non vi sono, nei fatti che è dato osservare, ragioni che possano indurre a non riportare il fenomeno nella sfera deontica della Costituzione come norma; non ritenere che la difettosa qualità strutturale (strutturale: non si tratta dunque certo solo di infelicità di scrittura) della normazione prodotta, lungo la linea legge-ordinanza di necessità, sia in sé una lesione costituzionale (potrebbe condurre a un disallineamento solo se la disfunzionalità fosse così estrema da tradursi in perdita radicale e irrimediabile di ragionevolezza).

### *3. Profili di disallineamento dalla Costituzione.*

Ma, proprio se si ritiene che neppure nella presente temperie possa darsi campo alla teoria della necessità come fonte, viene in primissimo piano la verifica sulla corrispondenza ai limiti costituzionali delle modalità e dei contenuti del diritto prodotto, e sulla funzionalità degli strumenti posti dalla Costituzione a garanzia delle libertà fondamentali implicate, non essendovi – come si diceva in avvio – alcuno stato di eccezione che possa rendere accettabile pretermettere tali limiti e tali garanzie. In particolare, è venuta in luce la questione della lesione delle riserve di legge, a partire da quella dettata in materia di libertà di circolazione, e del principio di legalità, a opera del decreto-legge e delle ordinanze di necessità. È acquisito, sin dai primi commenti, il convincimento che il d.l. n. 6 del 2020 non si sia allineato o si sia mostrato difficile da allineare, da questo punto di vista, ai parametri costituzionali, essendo «meramente attributivo di potere»<sup>34</sup> all'Esecutivo, o recante «una sorta di delega in bianco» alle autorità competenti<sup>35</sup> (ove il riferimento alla «delega» è improprio, mentre è congruo quello al troppo ampio campo d'azione lasciato alle – non compiutamente identificate – «autorità competenti», un potere, questo sì, effettivamente pressoché «in bianco»<sup>36</sup>), o tale da stabilire una «fattispecie aperta»<sup>37</sup>, che si giustifica attribuendo «primario rilievo

---

<sup>34</sup> G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost* (<https://www.unicost.eu/>), 10 aprile 2020, par. 3.

<sup>35</sup> P. CARROZZINO, *Libertà di circolazione e soggiorno, principio di legalità e gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in *Osservatorio costituzionale* ([www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it)), n. 3, 2020, 10 s.

<sup>36</sup> L.A. 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 alle aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost, per tacer d'altri, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), Osservatorio Emergenza Covid-19, 2020, 12 s., il quale adopera peraltro anch'egli lo schema della delega, per dire che sarebbe malamente applicato, e pervenendo a discorrere di «un decreto legge ... di delega» (ivi, 13)

<sup>37</sup> E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus*, in *BioDiritto* (<https://www.biodiritto.org>), 18 marzo 2020, 8.

costituzionale» alla «funzione ... di proteggere la sicurezza nazionale»<sup>38</sup>, trovando il suo limite «nei confini dello stesso fatto emergenziale»<sup>39</sup>, o qualificando la sicurezza come «valore superprimario»<sup>40</sup>, o solo attribuendo alla riserva di legge contenuta nell'art. 16 Cost. carattere «relativo»<sup>41</sup>. La difficoltà ad allineare alla Costituzione il modello apprestato dal d.l. n. 6 del 2020 si manifesta nella opposizione – talora proposta – tra la «legittimità *formale* dei provvedimenti governativi», da ritenersi ferma, e necessità di «bilanciamento *sostanziale* coerente ... con il modello costituzionale di garanzia delle libertà fondamentali», da sottoporre a puntuale verifica<sup>42</sup>: ma a scivolare lungo la china della alternativa forma-sostanza forse non si arriva molto lontano, seguendo un percorso impervio e teoricamente incerto, dal semplice scrutinio di legittimità dei d.p.c.m., atti amministrativi (in senso proprio, cioè imputati soggettivamente a chi operi come autorità amministrativa e in forme proprie dell'attività amministrativa, siano essi normativi o non), sotto il profilo dell'eccesso di potere per deviazione dallo scopo legislativamente definito.

Il d.l. n. 19 del 2020 ha tentato di apprestare rimedi a tali difficoltà di allineamento costituzionale dei moduli di produzione del diritto disegnati dal d.l. n. 6 del 2020: del che – nell'ambito di un dibattito concitato e poco sedimentato, quanto concitata e poco sedimentata è la produzione del diritto in questa difficile fase – non è mancato né il riconoscimento<sup>43</sup> né la denegazione<sup>44</sup>.

Ora, come si è qui innanzi rilevato, la nuova formulazione dei disposti sulle determinazioni «ulteriori» e sugli interventi «nelle more» non sono in sé risolutive, essendo largamente imperfette quanto alla tecnica di normazione. Tuttavia, non si deve trascurare la circostanza che, ricostruendo la *ratio* delle nuove norme anche nella considerazione del passaggio a esse dai precedenti enunciati travolti dall'abrogazione, si offrano alla giurisdizione non trascurabili possibilità di razionalizzazione, anche nella verifica della proporzionalità delle misure emergenziali<sup>45</sup>.

Verifica tanto più impegnativa – ma irrinunciabile – anche per la portata e l'estensione delle limitazioni di libertà fondamentali che la normazione dell'emergenza implica.

È, invero, anzitutto agevole notare come dalla restrizione della libertà di circolazione, che deriva in prima istanza dalle misure di confinamento, si irradiano limitazioni di altri diritti fondamentali: riunione, religione, istruzione, corrispondenza, intrapresa economica, lavoro, sciopero, variamente declinati nella nostra come in tutte le Costituzioni nell'ambito della forma di Stato democratica.

---

<sup>38</sup> *Ibidem.*

<sup>39</sup> *Ivi*, 5.

<sup>40</sup> *Ivi* i richiami a G. CERRINA FERONI, G. MORBIDELLI, *La sicurezza: un valore superprimario*, in *Percorsi costituzionali*, 2008, n. 1, 31 s. e a T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale alla sicurezza*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 2006.

<sup>41</sup> A. CANDIDO, *Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione al tempo del COVID-19*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 10 marzo 2020, 6.

<sup>42</sup> R. DI MARIA, *Il binomio "riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali" in tempo di COVID-19: una questione non soltanto "di principio"*, in *Diritti Regionali* ([www.dirittiregionali.it](http://www.dirittiregionali.it)), n. 1, 30 marzo 2020, 511.

<sup>43</sup> A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti Regionali* ([www.dirittiregionali.it](http://www.dirittiregionali.it)), n. 1, 4 aprile 2020, 520: « ... La funzione principale del nuovo decreto-legge è quella di fornire una più solida base legale ai precedenti e ai futuri provvedimenti governativi volti a fronteggiare l'emergenza».

<sup>44</sup> Cfr. D. TRABUCCO, *Sull'(ab)uso dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri al tempo del Coronavirus: tra legalità formale e legalità sostanziale*, in *Astrid* (<http://www.astrid-online.it>) *Rassegna*, n. 5, 2020, 13: « ... La lettura del nuovo decreto-legge porta a concludere negativamente riguardo al rispetto del principio di legalità formale ... rimanendo aperte le criticità espresse»; M. BORGATO, *Prime riflessioni sulle ordinanze contingibili ed urgenti dopo il [d.l.] 25 marzo 2020, n. 19*, in *Astrid* (<http://www.astrid-online.it>) *Rassegna*, n. 5, 2020, 9: il d.l. n. 19 del 2020 è bensì «un provvedimento doveroso per far fronte al "cortocircuito di ordinanze" che si era venuto a creare», e tuttavia persiste «il fondato dubbio se le misure adottate per il contenimento del contagio da Covid-19 a seguito dell'adozione di queste fonti del diritto *extra ordinem* siano legittime».

<sup>45</sup> Giudizio di certo possibile, come rileva M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 7.

Sicché, dapprima il decisore politico, poi i giudici, e in ultima istanza la Corte costituzionale sono chiamati a una difficile opera di bilanciamento.

È invece rimasto, per gran parte, sullo sfondo oscuro delle concettualizzazioni che sono state offerte dello scenario politico-istituzionale della pandemia (alcune delle quali indulgenti al paradosso e intese a *épater* senza costrutto) – ma è destinato a venire in piena luce con l'elaborazione e la messa in campo di quanto necessario per la ripresa economica e civile – il carattere di potente moltiplicatore delle diseguaglianze proprio delle misure di confinamento. Diverse, molto diverse, sono le condizioni materiali nelle quali esse hanno inciso. Condizioni materiali che possono anche arrivare a picchi estremi di disfavore: essere astretti in spazi limitati e sovraffollati in aree urbane degradate; avere lavori che pretendono presenza fisica nell'ambito dell'economia "informale", e perciò perderli senza rimedio o vederli sospesi fino a chissà quando; avere scarsa o nulla disponibilità delle piattaforme digitali, disponibilità necessaria a garantire un livello adeguato di accesso all'istruzione; essere donne lavoratrici, e vedere sommato il lavoro a distanza al lavoro di cura (che di fatto sulle donne in netta prevalenza incombe), senza più sostegni esterni alla famiglia (anche su questo versante le mitologie del «lavoro agile» come strumento di liberazione si sono infrante sulle durezze della realtà del mercato del lavoro e della organizzazione dei servizi).

Ma, al di là di quanto si possa considerare circa le condizioni di particolare svantaggio – alcune delle quali sono però significativamente diffuse in ampie aree del Paese o generalizzate in contesti suburbani – in ciascuno degli ambiti appena menzionati, il parametro costituzionale chiamato in causa, per considerare tutta la gamma delle diversità di esito delle misure adottate e valutare la soglia oltre la quale esse siano irragionevoli, è quello della «pari dignità sociale», affermato dall'art. 3 Cost.: è inevitabile che, nelle condizioni date, sia così, pur nella consapevolezza della cautela con la quale questo «criterio» deve essere adoperato<sup>46</sup>.

Né può esservi dubbio che al valore della «pari dignità sociale», per il carattere necessariamente indifferenziato delle misure di confinamento, queste abbiano ampiamente derogato: ecco la vera rottura della Costituzione, una rottura-sospensione (che non deriva certo da un presunto «stato di eccezione» che in realtà non sussiste).

Dal che alcune conseguenze.

Se di rottura costituzionale si tratta, essa, per la conservazione dell'integrità dell'ordinamento, deve avere durata limitata, fissata nello stretto apprezzamento delle circostanze di fatto che la giustificano.

È ora «compito della Repubblica» rimuovere le diseguaglianze derivanti dal diritto dell'emergenza sanitaria prodotto nel corso della pandemia, o da esso accentuate, e a tale scopo dovranno essere orientate in via prioritaria le risorse che si renderanno disponibili per la ripresa. Date le circostanze, lo Stato vede accentuarsi la sua funzione di soggetto redistributore. Ma questo è un fattore conferente solo in potenza a un'efficace opera di rimozione delle diseguaglianze originarie o prodotte dagli interventi intesi a fronteggiare la pandemia. Infatti, per ricondurre il sistema nell'alveo costituzionale, sarà necessario mutare radicalmente di segno le politiche pubbliche, con strumenti adeguati, ancora largamente da forgiare.

---

<sup>46</sup> Avverte Augusto Cerri – allo specifico fine, che può non condividersi, di assimilare certe condizioni di confinamento a limitazioni della libertà personale, con «risultati non molto diversi, nella loro materialità, rispetto ad una misura come la detenzione domiciliare» – che il criterio della «pari dignità sociale» è «risorsa ultima da impiegare con cautela, per la sua non assoluta precisione», e che «il garantismo certo è amico dei concetti precisi», e tuttavia esso «talvolta rischia di implodere nelle sue eccessive pretese»: A. CERRI, *Spunti e riflessioni minime a partire dall'emergenza sanitaria*, in *Nomos* (<http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it>), n. 1, 2020.

#### 4. Diritto dell'emergenza e rivelazione dei vizi strutturali del sistema.

La produzione del diritto dell'emergenza sanitaria, nei suoi punti di forza e nei suoi insuccessi, ha messo sotto forte pressione l'intero ordinamento, rivelandone le debolezze, alcune largamente note, altre forse più occulte o addirittura insospettate. La ricostituzione dell'integrità del sistema, nei suoi equilibri economici e istituzionali, non sarà possibile senza aggredire tali punti critici e sciogliere i nodi.

##### 4.1. Inefficienza del sistema amministrativo.

Il primo nodo, primo per immediata evidenza già nei giorni dell'acquisizione dei presidi sanitari, è quello dell'efficienza del sistema amministrativo, della capacità di conseguire gli obiettivi con una strumentazione adeguata, nell'acquisizione di beni, nell'erogazione di servizi, nella distribuzione di risorse.

Benché si sia operato, come nell'ordine delle cose nella fase dell'emergenza, con modalità "in deroga", i problemi strutturali delle amministrazioni pubbliche sono egualmente riemersi in tutta la loro cruda evidenza. E poiché il carico che si prospetta per gli apparati nella fase delle "ricostruzione", sia per la portata delle determinazioni da adottare sia per le dimensioni economiche implicate, è straordinario e senza precedenti in qualsiasi altra fase nella storia della Repubblica, alcune scelte innovative si impongono.

Di certo, non è pensabile *adesso* un intervento riformatore organico: davvero non c'è tempo e davvero non vi sono le condizioni per porre rimedio a decenni di normazioni ondivaghe, con ispirazioni generali diverse e non conciliabili, che si sono succedute talvolta in stretta contraddittoria sequenza. Non c'è tempo per porre rimedio, a regime, a una delle più resistenti conseguenze di questo antico vizio del decisore politico: il maturare di una *mentalità* nei pubblici funzionari, intesa a mettersi al riparo dalle responsabilità; poiché il peso della responsabilità è stato reso, in una linea di sviluppo protrattasi per decenni, sempre più insostenibile, in quanto imprevedibile nel suo prodursi. La *mentalità*<sup>47</sup> – nella specie, una visione generale collettiva, una percezione del proprio rapporto con il contesto amministrativo di riferimento – ci dice ciò che un apparato veramente è nella sua concretezza, e costituisce il punto di più tenace impermeabilità all'innovazione. Si può intervenire – come pure sarebbe urgente, ammesso che lo si voglia e che si sia capaci di farlo – sulla qualità dei pubblici funzionari, puntando sulla formazione permanente e sulla valutazione (non quella burocratizzata e tendente a una "premiabilità" tendenzialmente indifferenziata, o, quando differenziata, improntata a criteri irragionevoli e arbitrari, che la destinano al fallimento). Più difficile, molto più difficile, è aggredire la vischiosa resistenza della *mentalità*. Ma, se non è possibile una rivoluzione culturale, un mutamento profondo su tale versante, una trasformazione che sia affidata a tempi storici su una congiuntura non breve, è tuttavia possibile *tenere conto* di questo fattore. E se esso trova radice, come si diceva, nel peso della responsabilità e nell'incertezza degli

---

<sup>47</sup> Il dato culturale è in prevalenza del tutto negletto nelle analisi degli apparati amministrativi e del loro funzionamento svolte in vista di interventi di normazione riorganizzatrice. Eppure, il dato storico della *mentalità*, da integrare con l'approccio aziendalistico per moderarne di questo l'eccesso di astrazione modellistica, che ha condotto a qualche visibile fallimento, avrebbe qualche utile indicazione da dare. E forse all'osservatore giuridico potrebbero venire indicazioni preziose, almeno sul piano metodologico, da quel filone di studi che ha considerato i «quadri mentali collettivi» come un fattore appartenente alla «lunga durata» della storia, filone che trae la sua radice più risalente da M. BLOCH, *Les rois thaumaturges. Étude sur le caractère surnaturel attribué à la puissance royale particulièrement en France et en Angleterre*, Paris et Strasbourg 1924, trad. it. *I re taumaturghi*, Torino 1973, e poi da L. FEBVRE, *Le problème de l'incroyance au XVI<sup>e</sup> siècle. La religion de Rabelais*, Paris 1942, e che rimarca gran peso in tutto l'arco della storiografia del Novecento.



elementi dai quali essa deriva, protrattesi per qualche decennio, si tratta di prendere misure pratiche, già nel disciplinare gli interventi che dovranno essere messi in opera nella fase dell'emergenza e della post-emergenza: limitare la responsabilità al dolo, escludendola per la colpa; rendere chiari e precisi i presupposti per l'erogazione delle risorse e ridurre il campo degli accertamenti *ex ante*, dando rilievo alle dichiarazioni dei destinatari (salve sanzioni successive per i casi di falso, severe e di applicazione certa); semplificare e sburocratizzare i controlli anticorruzione, che si sono tradotti in appesantimento dei procedimenti e nella moltiplicazione dei punti di blocco, nei quali sempre la corruzione si annida e dove opera il funzionario attratto dall'accresciuto prezzo di mercato della sua infedeltà.

#### *4.2. Eccessi monocratici e asimmetrie nell'ordinamento regionale.*

Il secondo nodo è quello del potenziale di disfunzione derivante dallo specifico assetto regionale del tipo di Stato in Italia.

In una delle vistose oscillazioni del sentimento politico nei confronti delle Regioni, oggi se ne invoca un ridimensionamento radicale, giudicando intollerabile l'eccesso di ruolo dei Presidenti. Mentre ieri questi erano denominati "Governatori" (anche adesso, ma il lemma comincia ad acquisire un'accezione negativa) non solo in sede giornalistica, dando credito alla loro capacità decisionale al confronto di un potere centrale mediamente imbecille, e si discuteva solo se la devoluzione di ulteriori risorse e di ulteriori funzioni verso il livello regionale potesse essere "differenziato" e diseguale lungo la linea di demarcazione Nord-Sud. Mentre, ancora, ieri l'altro si invocava, senza suscitare particolari sussulti, la soppressione delle Regioni, al cospetto delle inchieste giudiziarie in Lombardia, in Veneto, nel Lazio, e allo spaccato di cattivo e improprio uso delle risorse e di ridondanza e inefficienza degli apparati. Ogni volta immemori di quanto accaduto e proposto non tanto lungo tempo innanzi da giustificare siffatti mutamenti di registro.

Vero è che in Italia si è venuta manifestando una nuova "questione regionale", che ha preso avvio dalla "torsione monocratica" della forma di governo, sotto l'onda di quanto era avvenuto con l'elezione diretta dei Sindaci, e poi si è proposta nel "federalismo immaginario" fatto balenare, come puro riflesso ideologico, nelle vicende seguite alla revisione del Titolo V della Parte II della Costituzione e poi nei tentativi – non pervenuti a esito – di attuare l'art. 119 Cost. in forma di "federalismo fiscale".

Di essa e delle sue cause si è data, nei giorni della pandemia, una lettura semplificatrice: tutti i mali, o la parte preponderante di essi, deriverebbero dalla revisione costituzionale del 2001. La classe politica al governo, sconfortata innanzi all'inerzia dei tentativi di introdurre riforme di sistema, pur ritenute necessarie, e incalzata da spinte secessioniste (quanto realmente sorrette da forze adeguate a portarle a effetto o quanto prodotte da ideologismi velleitari non si seppe allora discernere, né è utile discernere adesso per esercizio controfattuale), diede eccessivo campo, riscrivendo il Titolo V della Parte II della Costituzione, alle Regioni, divenute il fulcro del sistema, con la conseguente disarticolazione dello Stato centrale. Corollario: basterebbe rimettere mano – con legge di revisione, *of course* – a quell'infelice riassetto per riportare tutto sui binari di un'efficiente statalità.

Ma falso è il presupposto, erronea la conseguenza che se ne trae.

La revisione del 2001 non fu cattiva legge per essere troppo regionalista o addirittura per spingersi ai confini del federalismo.

Nel nuovo Titolo V la competenza generale residuale delle Regioni, al cospetto di competenze statali elencate – che evoca suggestivamente il federalismo di stampo "americano" – mentre è enunciata, con quella certa solennità assertiva delle proposizioni generali contenute nelle leggi-

manifesto, nel quarto comma del nuovo articolo 117 Cost., è contestualmente rinnegata nei dettagli del secondo comma dello stesso articolo, ove sono attribuite in via esclusiva allo Stato competenze trasversali il cui esercizio è idoneo a impedire l'autonoma produzione di politiche regionali in settori chiave dell'ordinamento. E nelle mani dello Stato è rimasta integra la leva finanziaria. Ancora, è lo Stato ad avere il controllo sostitutivo sugli organi quando sia in gioco la sua responsabilità internazionale e in sede europea o quando siano messe gravemente in pericolo l'incolumità o la sicurezza pubblica (art. 120). Ed è allo Stato che spetta il potere di sciogliere il Consiglio della Regione o rimuoverne il Presidente, non solo nel caso del compimento di atti contrari alla Costituzione o di gravi violazioni di legge, ma anche per ragioni di sicurezza nazionale (art. 126). Se ci si volesse esercitare in un'attualizzazione delle categorie schmittiane – come è purtroppo corvivamente nell'uso – si potrebbe ritenere che in Italia non vi sia mai stata una dislocazione di sovranità per linee centrifughe, poiché sovrano esclusivo è rimasto lo Stato, che decide nello stato di eccezione.

La legge del 2001 fu, invece, cattiva legge perché costruita per disorganico assemblaggio di enunciati messi in campo su spinte diverse e non conciliabili e, in ispecie quanto alla definizione delle sfere di competenza di Stato e Regioni, perché non costruita sulla base razionale dell'«analisi delle funzioni». L'analisi delle funzioni: in Italia se ne è perso il concetto, essendo stata intravista l'ultima volta in territori contigui ai legislatori negli anni Settanta del secolo scorso, quando si produsse il maggiore trasferimento di competenze dallo Stato alle Regioni (l'unico meditato trasferimento, poi ritrattato con tanta microlegislazione e tanta legislazione di settore). L'analisi delle funzioni: quando si propone una dislocazione dallo Stato alle Regioni (o, più correttamente e in più piena conformità alla Costituzione, dallo Stato al sistema delle autonomie), occorre che il decisore politico risponda alla domanda «perché trasferire?», e in connessione «quanto trasferire?». Occorre cioè stabilire quale sia la dimensione «obiettiva» della funzione, quale la dimensione dell'interesse implicato dal suo esercizio, quale di conseguenza il livello territoriale migliore al quale allocarla. Oggi sappiamo che la tecnica elaborata e messa in opera in quei pochi anni di espansione intensa dei poteri regionali, prima del riflusso che immediatamente seguì, incentrata sull'analisi integrata competenze-procedimenti, deve essere affinata in chiave interdisciplinare: gli economisti possono preliminarmente fornire elementi utili a stabilire se, nell'esercizio di una determinata funzione in un determinato contesto regionale, le ragioni dell'«economia di scopo» prevalgano su quelle dell'«economia di scala», in tal caso rendendosi efficiente il trasferimento verso la Regione, che viceversa sarebbe controindicato. Gli storici, gli scienziati sociali e della politica (e i costituzionalisti, anche su questo versante, per lo statuto specifico della loro competenza di giuristi) possono aiutare a identificare le competenze che tocchino un bene pubblico di natura tale da coinvolgere l'identità nazionale o che tocchino direttamente beni vitali, competenze da conservare saldamente allo Stato: si pensi a «materie» quali l'ambiente, i beni culturali, le infrastrutture, l'istruzione, la salute.

L'analisi delle funzioni, pretermessa anche in sede di revisione costituzionale, non è stata neppure lontanamente adombrata nelle recenti proposte di «differenziazione» del regionalismo, avanzate in ispecie da tre Regioni del Nord (Lombardia, Veneto, Emilia-Romagna), viziate da conclamato strumentalismo: volendo ottenere l'attribuzione della più alta quota possibile di entrate erariali provenienti da contribuenti aventi sede nel territorio di ciascuna di tali Regioni, il trasferimento delle funzioni è stato visto come il veicolo per conseguire tale risultato, secondo il principio «le risorse seguono le competenze»<sup>48</sup>. È evidente che si tratta di un rovesciamento

---

<sup>48</sup> Il punto di forza teorico messo a base di tale pretesa riallocativa si incentra sul concetto di «residuo fiscale»: tra la somma dei tributi pagati in ciascuna delle Regioni del Nord (segnatamente, in tre di esse, le più «ricche e produttive», Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna: nelle quali tutte ora la pandemia ha il maggiore impatto) e la spesa pubblica erogata in quelle medesime Regioni – si assume – v'è una differenza positiva. I tributi pagati eccedono largamente la spesa; tale differenza è il «residuo fiscale», che è quanto le Regioni del Sud hanno sottratto e sottraggono a quelle del

distorsivo di prospettiva: si pretende il trasferimento delle somme che attualmente lo Stato spende per ciascuno dei servizi di cui si prefigura la dislocazione, laddove, in sede di analisi delle funzioni e in vista di un'eventuale decisione riallocativa, bisognerebbe misurare piuttosto quanto lo Stato risparmierebbe nel fornire esso stesso quel servizio invece di attribuirlo alla singola Regione.

Peraltro, quanto agli assunti circa la dislocazione "ottimale", occorrerebbe sottoporre a verifica, sulla base di parametri obiettivi e dell'analisi di contesto da parte di soggetti indipendenti, certi assiomi, espressi del tutto apoditticamente e con la selezione arbitraria dei dati, circa la "maggiore efficienza" dei servizi in alcune Regioni. Soprattutto, nulla è detto della sostenibilità organizzativa di nuove funzioni e di quelle già dislocate, col rischio che gli apparati locali collassino o che si mettano in opera modelli di gestione destinati a rivelarsi, nel tempo, gravemente disfunzionali, in assenza di qualsiasi analisi di impatto.

Ora è accaduto che un agente assolutamente imparziale, imparziale e del tutto libero da pregiudizio ideologico quanto nessun altro mai nella vicenda repubblicana e nella storia delle controverse e frastagliate relazioni Stato-Regioni, ha compiuto un'impeccabile analisi delle funzioni e un'incontrovertibile analisi di impatto: il Covid-19.

E si è così scoperto che mai si sarebbe dovuto attribuire alle Regioni un margine così ampio di autonomia in materia sanitaria, tanto ampio da poter costruire sistemi di scala regionale inadeguati innanzi a eventi quali le epidemie e tanto diseguali e lesivi delle connotazioni nazionali del servizio<sup>49</sup>. Mentre nelle mani dello Stato è rimasta la leva finanziaria; e dallo Stato sono venute politiche di

---

Nord, e che perciò debbono a esse «restituire». In realtà, nell'accezione che viene proposta dagli epigoni italiani, quello di «residuo fiscale», è un pseudoconcetto. Nel suo contesto teorico proprio – come definito da JAMES M. BUCHANAN (*Federalism and fiscal equity*, in *American Economic Review*, vol. 40, 1950, n. 4, 583 ss.), che lo ha originariamente elaborato – il «residuo fiscale» è, infatti, inteso a identificare un parametro idoneo a valutare l'adeguatezza dell'attività redistributiva del decisore pubblico, sul presupposto che residui fiscali derivanti semplicemente dalla presenza in un determinato territorio di cittadini dotati di maggior reddito sono bensì eticamente giustificati, ma al decisore politico spetta garantire che, a parità di reddito, i cittadini ricevano eguale trattamento in qualsiasi parte del territorio dello Stato intendano risiedere. Insomma, ha senso solo se viene adoperato per fondare politiche perequative, intervenendo sulle diseguaglianze misurabili su scala territoriale, per rimuoverle. Perciò, una volta misurato (e accertato che effettivamente sussista), esso non potrebbe giustificare alcuna «restituzione» del Sud al Nord; al contrario, dovrebbe condurre a un flusso di risorse statali verso il Sud. Ma, benché l'approccio incentrato sul «residuo fiscale» fosse largamente screditato, in sede scientifica e politica, già prima della pandemia, e considerando che, secondo l'ordine logico delle cose, dovrebbe avere oggi ancora minor campo, non mancano rinnovati, irriducibili richiami a esso, assumendo che la «restituzione» di una massa finanziaria a esso corrispondente potrebbe consentire alle Regioni del Nord più colpite di fronteggiare le conseguenze della pandemia. Per esemplificazione: sul portale della Regione Veneto si legge, sotto la data del 29 aprile 2020, il comunicato n. 637, che dà conto di una dichiarazione dell'assessore regionale al bilancio, nella quale, mentre lamenta la carenza di risorse statali per «commercianti, artigiani, piccoli imprenditori», egli rileva come i medesimi imprenditori «pagano regolarmente le tasse e viene da chiedersi come vengano distribuite le risorse che derivano dal nostro residuo fiscale»; il Presidente della Provincia di Bolzano detta all'ANSA una dichiarazione secondo la quale sarebbe opportuno per «le aree del Nord, con Lombardia e Milano su tutte», che «vantano un residuo fiscale tale da poter uscire dalla crisi in autonomia», sospendere i «versamenti allo Stato» del gettito delle entrate erariali (l'esternazione è riportata in *MilanoCittàStato* (<https://www.milanocittastato.it/>); voci di analogo tenore si rinvencono nelle rassegne della stampa locale, specie in area lombarda e veneta. Tutto ciò mostra il perdurare di un sentimento che ripropone linee centrifughe in controtendenza con le evidenze empiriche, dalle quali si evince il deficit di capacità reattiva dei sistemi sanitari, prima, di quelli economici poi, se isolati nella loro identità di «piccole patrie economiche».

<sup>49</sup> Sulla «proliferazione di molteplici modelli di erogazione di prestazioni sanitarie», L. BUSCEMA, *Emergenza sanitaria (inter)nazionale e regionalismo (differenziato): un ossimoro?*, in *Diritti Regionali* ([www.dirittiregionali.it](http://www.dirittiregionali.it)), n. 1, 2020, 408; sul rischio di un ulteriore aumento delle diseguaglianze in ragione della distribuzione di nuove risorse per far fronte alle conseguenze della pandemia, C. CIARDO, *Il servizio sanitario nazionale alla prova dell'emergenza Covid-19: il rischio di una sanità disuguale*, in *BioDiritto* (<https://www.biodiritto.org>), n. 2, 2020.

restrizione delle risorse destinate alla sanità pubblica<sup>50</sup>. La pandemia ha fatto emergere con maggiore evidenza i punti critici del sistema, e tra essi i grandi squilibri territoriali, specie lungo la linea di demarcazione Nord-Sud<sup>51</sup>.

Da ciò si deve conseguentemente ricavare: mentre è assai difficile, nella temperie presente, tornare indietro quanto alla disciplina della forma di governo regionale, rimediando alla torsione monocratica del sistema, della quale ora si vedono gli effetti non desiderabili (ed essendo d'altronde l'eccesso di ruolo dei Presidenti largamente ascrivibile alle debolezze del decisore centrale, che avrebbe avuto tutti gli strumenti istituzionali per contrastarlo, ma non li ha adoperati), e mentre l'idea di una compressione radicale dell'autonomia regionale non può trovare campo essendo lesiva del principio fondamentale affermato dall'art. 5 Cost., molto si può fare sul versante del riordino dei poteri, nel senso di ulteriori dislocazioni ma anche di riassorbimento di funzioni.

Il nodo si scioglie con una potente e avvertita razionalizzazione del sistema delle competenze e con un modello di finanziamento che affronti i problemi strutturali irrisolti e destinati a riemergere aggravati quando si sarà usciti dall'emergenza e saranno cessati i flussi di risorse straordinarie destinati a fronteggiarne le conseguenze<sup>52</sup>.

#### 4.3. Inefficienza della forma di governo.

Il terzo nodo si avvolge intorno alle disfunzioni della forma di governo.

In una prima fase, innanzi al ricorso al decreto-legge come strumento regolatore esclusivo della produzione del diritto e al proliferare delle ordinanze di necessità, è parso che la questione maggiore fosse quella di escogitare forme nelle quali il Parlamento potesse decidere, e decidere velocemente, per esercitare un'adeguata azione di controllo e di bilanciamento nei confronti dell'Esecutivo, anche senza doversi vincolare alla sua sede fisica, permanere in pienezza nella quale avrebbe potuto essere difficile in ragione delle necessità di confinamento e di distanziamento personale. In quest'ambito

---

<sup>50</sup> La Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, *Rapporto 2020 sul coordinamento della finanza pubblica*, 15 maggio 2020, rileva come persista «nel confronto internazionale l'andamento che l'Italia ha fatto registrare tra il 2009 e il 2018: una riduzione, in termini reali, delle risorse destinate alla sanità particolarmente consistente. La spesa pro capite a prezzi costanti (prezzi 2010) è passata, infatti, da 1.893 a 1.746 euro, con una riduzione media annua di 8 decimi di punto ... Ne derivano divari consistenti in termini di spesa sanitaria pubblica pro capite (espressa in parità del potere d'acquisto). Secondo le stime dell'Ocse, nel 2018 la spesa pro capite era in Germania e in Francia, rispettivamente, doppia e superiore del 60 per cento a quella italiana ...» (289). Il sistema sanitario italiano, che è «riconosciuto come uno ... dei più efficaci tra i Paesi industrializzati» – rileva la Corte dei conti – si conferma anche «tra i più efficienti», proprio «visto il limitato livello di risorse mobilitate» (287). Ed è crescente la spesa gravante sulle famiglie: «... La prolungata attenzione sul fronte della spesa, i processi di riorganizzazione delle strutture sanitarie sul territorio e le difficoltà di adeguare l'offerta pubblica al mutare delle caratteristiche della domanda di assistenza si sono riflessi ... in un ampliamento della spesa a carico delle famiglie che tra il 2012 e il 2018 ha continuato a crescere ... La spesa sanitaria diretta delle famiglie è cresciuta tra il 2012 e il 2018 del 14,1 per cento contro il 4,54 per cento di quella delle Amministrazioni pubbliche. Di rilievo la crescita anche di quella coperta da regimi di finanziamento volontari (+31,5 per cento» (290).

<sup>51</sup> « ... differenze inaccettabili nella qualità dei servizi offerti nelle diverse aree del Paese; ... carenze di personale dovute a vincoli posti nella fase di risanamento, ai limiti nella programmazione delle risorse professionali necessarie ma, anche, ad una fuga progressiva dal sistema pubblico; ... insufficienze della assistenza territoriale a fronte del crescente fenomeno delle non autosufficienze e delle cronicità; ... lento procedere degli investimenti sacrificati a fronte delle necessità correnti» (*Rapporto 2020 su coordinamento della finanza pubblica*, cit., 285). Si può aggiungere: in questo contesto, di per sé critico, va considerata la richiamata differenziazione dei modelli su scala regionale, assai poco meditata.

<sup>52</sup> Quanto alla spesa sanitaria, la Corte dei conti, *Rapporto 2020 sul coordinamento della finanza pubblica*, cit., 295, rileva la «necessità di scelte non semplici su come potenziare il finanziamento del sistema pubblico a fronte di misure che finora sono state rivolte a trasferimenti monetari diretti o a minori prelievi fiscali».

problematico generale, si è avuto specifico riguardo alla posizione dei parlamentari eventualmente sottoposti a misure di quarantena. Si è posta perciò la questione del dibattito su piattaforma informatica e della votazione a distanza. Ipotesi considerate con molta prudenza e con molte riserve<sup>53</sup>, se non ritenute potenzialmente conducenti a una «degenerazione del modello democratico»<sup>54</sup>. E, invero, è nella natura stessa del Parlamento l'essere una sede di confronto connotata dalla compresenza fisica dei suoi componenti<sup>55</sup>. Né si può trascurare il valore simbolico di un Parlamento che saldamente «rimanga al suo posto» e lì continui a operare proprio in situazioni di emergenza.

Peraltro, la controversia ha perduto di interesse pratico, poiché misure di distanziamento fisico anche nel corso del dibattito in aula, impiego di presidi di protezione individuale, diradazione della presenza in aula concordata tra i gruppi, limitazione delle discussioni nelle commissioni alle sole questioni attinenti all'emergenza sanitaria, hanno consentito un funzionamento dell'Aula compatibile con le esigenze di garanzia della sicurezza. E forme di partecipazione da remoto sono state prospettate «in ragione della assoluta eccezionalità della situazione e in via sperimentale» per il lavoro delle Commissioni «in sedi informali»<sup>56</sup>.

La debolezza mostrata dal Parlamento ha altre ragioni, ragioni profonde e non nuove, e richiederebbe altri rimedi.

Lento e farraginoso nel convertire i decreti-legge<sup>57</sup>, e perciò non in grado di correggerne tempestivamente e utilmente il tenore specie quanto alle modalità di produzione del diritto in modo

---

<sup>53</sup> B. CARAVITA, *L'Italia al tempo del coronavirus*, cit., VIII, pur ritenendo «forme di collegamento virtuale o di voto a distanza ... in via teorica possibili», avverte la necessità di «una adeguata strumentazione» e di «una sufficiente fase di sperimentazione», e di modifiche dei Regolamenti parlamentari che si tengano entro i principi stabiliti dall'art. 72 Cost.

<sup>54</sup> R. DICKMANN, *Alcune questioni di costituzionalità in tema di voto parlamentare a distanza*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 1° aprile 2020, 16. Ivi, il richiamo alle Camere come «il luogo (in senso anche storico, non solo logistico) assegnato dalla Costituzione per la formalizzazione e la razionalizzazione» della «vicenda democratica ... mediante il dibattito politico, che la rende anche luogo privilegiato di svolgimento della sovranità rappresentativa» (4), e la segnalazione del rischio di «retrocessione o degradazione del dibattito politico», ove si privasse «il procedimento prodromico al voto presso gli organi parlamentari della sua valenza di requisito di legittimità giuridica e democratica, riducendolo a mero presupposto di fatto delle delibere finali» (13).

<sup>55</sup> N. LUPO, *L'attività parlamentare in tempi di coronavirus*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), *Rassegna*, n. 2, 2020, 124: «... è lo stare assieme, nello stesso tempo e nello stesso luogo, che rafforza la capacità decisionale del Parlamento e che costituisce elemento essenziale della sua legittimazione», nell'idea che «una sede unica della rappresentanza nazionale sia essenziale», e sulla base della «convincione che la legittimazione del Parlamento e della decisione che in Parlamento viene presa derivi dal confronto e dalla negoziazione continua che si svolge all'interno delle sedi formali e di quelle informali».

<sup>56</sup> Cfr. Atti Camera, XVIII legislatura, Bollettino Giunte e Commissioni parlamentari, 3 s.

<sup>57</sup> Lo stato delle cose, alla «riapertura» (ripresa delle attività produttive e ripristino della libera circolazione pressoché piena delle persone tra le Regioni) del 3 giugno 2020: il decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 è stato convertito nella legge 5 marzo 2020, n. 13; il decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, nella legge 24 aprile 2020, n. 27; il decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, nella legge 22 maggio 2020, n. 35. Sono stati abrogati – prima che decorresse per ciascuno di essi il termine di decadenza ex art. 77, comma 3, Cost., con la legge 24 aprile 2020, n. 27, di conversione con modificazioni del richiamato decreto-legge n. 18 del 2020 – il decreto-legge 9 marzo 2020, n. 14, «Disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale in relazione all'emergenza COVID-19»; il decreto-legge 8 marzo 2020, n. 11, «Misure straordinarie e urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria»; il decreto-legge 2 marzo 2020, n. 9, «Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19». È questa una modalità di legiferazione peculiare, che trova campo nell'ambito della produzione ipertrofica di decreti-legge intesi a fronteggiare l'emergenza pandemica: piuttosto che convertire con modificazioni ciascuno dei tre decreti-legge in discorso (n. 9, n. 11 e n. 14 del 2020), si preferisce approvarne uno ulteriore (n. 18 del 2020) e, abrogandoli, riprodurne alcuni contenuti nelle modificazioni di quest'ultimo con la legge di conversione (n. 27 del 2020), dando luogo a un testo *omnibus* che prende quasi sessanta pagine di *Gazzetta Ufficiale* (molte delle disposizioni contenute in tale testo sono poi formulate in modo da non poter ricavare da esse la disciplina diretta delle fattispecie implicate, la quale è definita attraverso rinvii

da riguadagnare ruolo, messo ai margini dei circuiti comunicativi dall'attivismo dei titolari dei poteri di ordinanza, talvolta destinatario di informative *ex post* o di generiche dichiarazioni di intenti da parte dell'Esecutivo, il Parlamento ha soprattutto mostrato di collocarsi al di sotto del livello dell'adeguata consapevolezza di quanto richiesto dalla gravità delle condizioni di fatto.

Il dibattito in aula è stato sempre tanto concitato quanto non concludente negli esiti, segnato da obiettivi tattici e di schieramento e da linee di frattura sia nel rapporto maggioranza-opposizione sia all'interno di ciascuno dei due schieramenti. Mai è apparso ispirato a "spirito repubblicano".

Si è insomma avuta conferma che il grado di efficienza della relazione fiduciaria è determinato dal formante partitico della forma di governo, il quale segue le sue dinamiche incoercibili, che neppure la più stringente delle emergenze vale ad arrestare o a moderare.

Nel tempo della legislatura in corso precedente la pandemia, la forma di governo era segnata dalle conseguenze dell'ingresso nell'area dell'Esecutivo delle forze ispirate a «mentalità populista»<sup>58</sup>, prima in serrata competizione tra loro con effetti di inevitabile instabilità, poi in collocazione diversa: una all'opposizione, l'altra in coabitazione al Governo con una forza ritornata alla sua connotazione "tradizionale" dopo la scissione dell'ala organizzata in «partito personale», e rimasta nell'area della maggioranza con l'intendimento di lucrare massimamente del suo «potere di coalizione». Quella in coabitazione era chiamata a una difficile riconversione alle ragioni della responsabilità di governo, con le quali la mentalità populista irriducibilmente collide.

Intervenuta la pandemia, le forze ispirate a mentalità populista hanno visto messi sotto tensione i capisaldi delle loro visioni generali e i loro modelli di captazione del consenso: negazione della complessità; rispecchiamento delle preferenze.

La risposta istituzionale alla pandemia è necessariamente complessa, già in permanenza delle misure di confinamento, e lo è viepiù nella fase in cui vanno apprestate soluzioni intese a fronteggiare le conseguenze economiche delle restrizioni.

Il rispecchiamento – cioè la tecnica che pretermette la formulazione di programmi politici, intorno alla cui elaborazione e attuazione ricercare il consenso attraverso la verifica nel tempo, e asseconda invece pulsioni maggioritarie, spesso non internamente coerenti, rilevate attraverso sondaggi, in modo da ottenere adesioni di tipo plebiscitario – non trova attuazione agevole in un'emergenza quale quella in atto, poiché quelle pulsioni sono mutevoli e tanto poco univoche da costringere a conversioni rapide e a comportamenti a somma zero, con il rischio di dare al "popolo", come entità indifferenziata al cui consenso quotidiano si ambisce, un'idea di irrilevanza e di inadeguatezza mentre v'è bisogno di soluzioni concrete a problemi concreti e spesso drammatici. Lo specchio si frantuma nelle mani del *leader* di mentalità populista, e restituisce, attraverso i suoi frammenti scomposti, innumerevoli immagini spezzate, rendendo assai difficile il lavoro del "rispecchiante", e particolarmente volatile il consenso che se ne ricava.

L'effetto immediato di questi fenomeni è una crescente pressione antisistema dei partiti a mentalità populista, che, nel breve periodo, induce il riflesso di accentuare la forza di coesione della maggioranza governativa; ma, nel medio periodo, moltiplicando il potere di coalizione delle forze

---

a diversa normativa vigente, richiamata per estremi numerici: una modalità, questa, invece piuttosto usuale, purtroppo, ma portata, nel caso della normazione qui in esame, a esiti di parossismo interpretativo). Si aggiungano i problemi di ricostruzione del diritto intertemporale nascenti dalla clausola che fa salvi la validità degli atti e dei provvedimenti adottati, e gli «effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base» dei decreti-legge abrogati (legge n. 27 del 2020, art. 1, comma 2).

<sup>58</sup> La scienza politica, nella constatata impossibilità di stipulare una definizione univoca di «partito populista», per la difficoltà, rivelatasi insormontabile, di dare del «populismo» una nozione univoca e quindi utile, preferisce parlare, «parsimoniosamente», di «mentalità populista», della quale è possibile ricostruire i caratteri, e alla quale sono ispirate esperienze politiche diverse: cfr. M. TARCHI, *Italia populista. Dal qualunquismo a Beppe Grillo*, Bologna 2015, 77.

minori (specie se non immuni a loro volta da mentalità populista), rende instabile la relazione fiduciaria.

Dunque, nulla di strutturalmente nuovo quanto alla forma di governo; ma molta luce tagliente su debolezze antiche, proiettata dalla crisi.

E restano chiari i possibili rimedi, tante volte prospettati e sempre disattesi, peccando essi di eccesso di buon senso, quel buon senso che, come insegna la grande letteratura in tema, se ne sta nascosto per paura del senso comune, specie in tempo di pestilenza (o di pandemia): una legge sui partiti politici che ne garantisca il carattere democratico in conformità al metodo e alla funzione enunciati dall'art. 49 Cost. (forse il modello tedesco potrebbe essere in proposito utilmente esplorato, piuttosto che indugiare senza costrutto intorno alla disciplina dello stato di eccezione); una legge elettorale elaborata avendo mente alle esigenze di razionalizzazione della forma di governo, e non escogitata estemporaneamente sulla base di contingentissimi interessi di parte, per poi dover essere malamente rimaneggiata sotto dettatura della Corte costituzionale.

##### *5. Il compito finora disatteso: la grande legislazione ordinaria.*

Guardando in termini generali alla vicenda della pandemia, nella parte che si è già dipanata e con riguardo alle premesse oggi riconoscibili di quanto ancora potrà accadere, è lecito concludere che il decisore politico, avendo disponibile una strumentazione istituzionale adeguata in un quadro costituzionale sufficientemente certo e saldo, ne ha compiuto un impiego solo parzialmente efficiente. E ha pagato il prezzo delle disfunzioni consolidate della forma di governo; e, quanto al tipo di Stato, della difettosa organizzazione dei rapporti centro-periferia, sulla quale ha inciso come moltiplicatore di inefficienza la rinuncia del potere centrale ad attrarre a sé, secondo il modello costituzionale, tutte le competenze necessarie a fronteggiare l'emergenza sanitaria.

Innanzi a tanto, non è dato aspirare, facendo leva sugli "insegnamenti" della pandemia, ad alcuna palingenesi costituzionale da ottenere per via di revisione: i fatti, l'analisi di essi condotta senza eccessi di ideologismo e dismettendo una certa propensione alla escogitazione modellistica estemporanea, mostrano che ogni intervento a quel livello sarebbe disutile e perciò sicuramente dannoso.

Si tratta – si tratterebbe – invece di mettere mano alla grande legislazione ordinaria. Ma nessuno è in grado di dire oggi se, essendo questa la lezione delle cose, vi sia chi, nel sistema politico, possa o voglia trarne profitto.

**GIOVANNA RAZZANO**  
**Il Codice di protezione civile e il suo decreto correttivo,  
fra emergenze e rientro nell'ordinario**

SOMMARIO: 1. La rilevanza costituzionale della materia, le sue origini e l'integrazione del Terzo settore. – 2. Le amministrazioni straordinarie e i problemi che pongono. – 3. La disciplina delle ordinanze e i soggetti competenti ad adottarle. – 4. Ordinanze o d.p.c.m.? La responsabilità politica per la protezione civile e i provvedimenti in deroga. – 5. La novità delle ordinanze regionali in deroga alla legge ma coerenti e aggiornate con le direttive del Presidente del Consiglio – 6. Le nuove direttive e la relazione con «le potestà legislative e amministrative» delle Regioni e Province autonome. – 7. Lo stato di mobilitazione, la proporzionalità e la sussidiarietà, fra necessità di coordinamento unitario e autonomia. – 8. L'ordinanza per il rientro nell'ordinario e il problema della ricostruzione e del ripristino. – 9. Commissari di protezione civile e commissari del Governo della l. n. 400/1988. Serve un Codice per la ricostruzione?

*1. La rilevanza costituzionale della materia, le sue origini e l'integrazione del Terzo settore*

Con il d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1<sup>1</sup> è stato introdotto in Italia il Codice della protezione civile<sup>2</sup>, che ha interamente riformato una materia finora disciplinata dalla l. n. 225/1992, più volte integrata e modificata nel corso degli anni<sup>3</sup> e ora espressamente abrogata<sup>4</sup>. Successivamente, con d.lgs. 6 febbraio 2020, n. 4, sono state emanate le *Disposizioni integrative e correttive* del d.lgs. 1/2018<sup>5</sup>, volte appunto ad un "aggiustamento" e ad un "ritocco" del Codice, specie con riguardo ad aspetti di *governance* e al coordinamento fra la fase emergenziale e quella del ritorno all'ordinarietà.

Le ragioni alla base della riforma sono molteplici: la prima, formale, risponde all'esigenza di superamento della frammentarietà e di riordino in un unico testo delle disposizioni che regolano la materia, per una maggiore sistematicità. Gli altri obiettivi, di carattere sostanziale, puntano ad un incremento delle attività di prevenzione, pianificazione e formazione della cittadinanza, per una maggiore consapevolezza e capacità di resilienza e soprattutto per evitare che i danni causati da eventi naturali siano aggravati dall'incuria e dagli errori umani<sup>6</sup>. Va in questa direzione anche la recente l. n. 92/2019, *sull'Introduzione dell'insegnamento scolastico dell'educazione civica*, la quale, nel definire i contenuti e i programmi della materia, ha incluso la «formazione di base in materia di protezione civile»<sup>7</sup>. Fra le finalità del Codice vi è poi la ridefinizione delle competenze ai vari livelli e ad un passaggio controllato alla fase del ritorno all'amministrazione ordinaria. La riforma integra inoltre le norme europee: il servizio nazionale di protezione civile viene così qualificato come

---

<sup>1</sup> Sulla base della l. n. 30/2017, recante delega legislativa alla «ricognizione, riordino, coordinamento, modifica e integrazione» delle disposizioni legislative vigenti che disciplinano il servizio nazionale di protezione civile e le relative funzioni. Fra i principi e criteri direttivi della delega, spiccano, fra gli altri, il raccordo delle pianificazioni di protezione civile con quelle di valutazione ambientale e di pianificazione territoriale e strategica e l'integrazione con la normativa europea di protezione civile.

<sup>2</sup> D'ora in poi «Codice».

<sup>3</sup> Uno degli interventi normativi più incisivi è stato quello recato dalla l. n. 100/2012, che ha tentato di ricondurre le attività di protezione civile al nucleo originario, di contenere la durata delle emergenze, di favorire il ritorno all'ordinario, e di ridurre la spesa.

<sup>4</sup> Art. 48 del Codice.

<sup>5</sup> D'ora in poi «decreto correttivo» (previsto fin dall'inizio dalla citata legge di delega).

<sup>6</sup> Aspetto rimarcato da U. ALLEGRETTI, *The italian civil protection system present situation and prospects of reform*, in *Forum dei Quad. cost.*, 7 giugno 2017, 3.

<sup>7</sup> Art. 3, lett. h).



l'autorità competente ai sensi dell'articolo 29 della decisione n. 1313/2013/UE, responsabile anche del coordinamento in caso di emergenze all'estero e di richieste di aiuto internazionale<sup>8</sup>.

Il Codice intende infine valorizzare il ruolo del Terzo settore e del volontariato, che da sempre svolgono una funzione essenziale nei momenti di crisi. Vi è non solo il riconoscimento verso questa realtà, ma anche la fiducia nella sua capacità di sviluppare una cultura della precauzione e della responsabilità ambientale. Ne è una riprova il dettagliato Capo V, intitolato *Partecipazione dei cittadini e volontariato organizzato di protezione civile*, in cui la sezione I è denominata *Cittadinanza attiva e partecipazione* e la sezione II *Disciplina della partecipazione del volontariato organizzato alle attività di protezione civile*. A questo riguardo va detto che anche per il Terzo settore non è mancato un nuovo Codice<sup>9</sup>, per «sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona, a valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli articoli 2, 3, 4, 9, 18 e 118, quarto comma, della Costituzione»<sup>10</sup>.

Se si guarda a quest'ultima definizione, e al menzionato Capo V del Codice di protezione civile, non solo i due Codici appaiono consonanti, ma mostrano entrambi la rilevanza costituzionale del relativo oggetto. E ciò non tanto perché la materia della «protezione civile», così come «l'autonoma iniziativa dei cittadini», vengano citate nel testo costituzionale, ma soprattutto perché, al fondo di entrambe, vi sono principi quali l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà<sup>11</sup>, il riconoscimento dell'autonomia sociale e la partecipazione, il diritto-dovere collettivo di salvaguardare il paesaggio e il patrimonio artistico e culturale della nazione<sup>12</sup>, ferma restando la logica priorità per la tutela della vita e dell'integrità fisica. Rispetto a questo panorama, la sussidiarietà risulta, a ben vedere, il principio costituzionale chiave, tanto per il Terzo settore, quanto per la protezione civile. Quest'ultima intende infatti avvalersi del libero apporto proveniente dall'autonoma iniziativa dei cittadini, non solo nel momento della crisi, ma anche nelle fondamentali attività di prevenzione dei rischi ed educazione alla popolazione. Sembra degno di nota che, nell'elenco centrale delle associazioni di volontariato di protezione civile che operano a livello nazionale, siano iscritti una sessantina di enti, a cui si sommano le centinaia di organizzazioni degli elenchi territoriali<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> Art. 8, comma 1, lett. i), del Codice. Dal 1° gennaio 2014 è infatti in vigore il Meccanismo Unionale di Protezione Civile adottato il 17 dicembre del 2013, con la menzionata decisione 1313. Tale atto riforma il Meccanismo europeo di protezione civile istituito con decisione del Consiglio del 23 ottobre 2001, contribuendo a migliorare la sicurezza dei cittadini dell'Unione, oltre che a ridurre i costi indotti dalle catastrofi. Sotto questo profilo le relative attività sono riconducibili alla tutela dei diritti fondamentali e dei diritti umani da parte dell'Unione europea (su cui P. COSTANZO, *Il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali*, in P. Costanzo-L. Mezzetti-A. Ruggeri (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2014, 379).

<sup>9</sup> D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117.

<sup>10</sup> Art. 1. Sulla *ratio* della riforma, cfr. I. GORI-E. ROSSI, *La legge delega n. 106 del 2016 di riforma del Terzo settore*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2016; P. CONSORTI-L. GORI-E. ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, Bologna, 2018; A. FICI (a cura di), *La riforma del Terzo settore e l'impresa sociale*, Napoli, 2018.

<sup>11</sup> Sul tema, da ultimo, E. ROSSI, *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?*, in Atti dell'omonimo seminario del Gruppo di Pisa, a cura di F. Marone, Napoli, 2019; cfr. inoltre R. Balduzzi-M. Cavino-E. Grosso-J. Luther (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del Giudice delle leggi*, Torino, 2017. E. GROSSO, *I doveri costituzionali*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI (cur.), *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Napoli, 2010, 229-280; F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002 e i fondamentali lavori di G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967 e di C. CARBONE, *I doveri pubblici individuali nella Costituzione*, Milano, 1968.

<sup>12</sup> Particolarmente sottolineato da U. ALLEGRETTI, *The italian civil protection*, cit., 1.

<sup>13</sup> In <http://www.protezionecivile.gov.it/servizio-nazionale/strutture-operative/volontariato/elenco-nazionale> (ultimo accesso 28 febbraio 2020)

Certamente il Terzo settore è tale se è appunto *terzo* rispetto allo Stato e al mercato<sup>14</sup>, mentre la protezione civile è un servizio «nazionale», le cui *componenti* sono lo Stato, le Regioni, le Province autonome di Trento e Bolzano e gli enti locali<sup>15</sup>. Tuttavia, è altrettanto indubbio che la nuova definizione accentua il carattere integrato, nonché improntato a sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, di quello che è ora qualificato un «sistema» *policentrico* e un insieme di competenze e attività<sup>16</sup>. Anche il metodo che è stato seguito nell'elaborazione del nuovo Codice di protezione civile è stato improntato alla sussidiarietà, in quanto è stato il frutto di competenze tanto *istituzionali* (Stato, Regioni, Comuni)<sup>17</sup>, quanto *civili*, entrambe poste a servizio dell'interesse generale. Significativa, al riguardo, è la previsione di cui all'art. 8, che prevede la possibilità, per il Dipartimento di protezione civile, di avvalersi di un osservatorio sulle buone pratiche<sup>18</sup>.

Tutto ciò è in continuità con la storia della protezione civile e del suo sviluppo in Europa. Infatti, se si parte dal presupposto che, ai sensi dell'art. 1 del Codice, le *finalità* di protezione civile sono, in piena conformità con numerosi principi costituzionali, la tutela della vita, dell'integrità fisica, dei beni, degli insediamenti e dell'ambiente, si può dire che le relative origini risalgano a ben prima dell'Illuminismo e dell'approccio razionale alle cause degli eventi catastrofici, fino a quel momento ricondotte, come è stato detto, a punizioni di Dio per i peccati umani ovvero frutto del destino<sup>19</sup>. Infatti, proprio nel Medioevo, si sono sviluppate una serie di confraternite e associazioni di ispirazione cristiana molto attive rispetto agli ambiti oggi ricompresi nelle *finalità* di protezione civile, e ben attrezzate per intervenire in maniera organizzata nei luoghi colpiti da calamità. In Italia è indicativo il caso della Compagnia delle Misericordie, la prima delle quali nacque a Firenze, nel 1244. Nel 1899, a Pistoia, quando si approvò lo statuto della nuova Confederazione, vi appartenevano ormai più di quarantacinque confraternite<sup>20</sup>. Nel secolo scorso, significativo è stato l'apporto da loro prestato alla gestione della crisi per i terremoti del Mugello, nel 1919, della Garfagnana e della Lunigiana, nel 1920, con duecento uomini attrezzati ed equipaggiati, oltre a medici e infermieri. Alcune squadre di pompieri sono nate, fra l'altro, proprio all'interno delle Misericordie (come a Prato e a Viareggio). Tali realtà associative, significativa espressione di sussidiarietà, ossia dell'autonoma iniziativa di cittadini per lo svolgimento di attività di interesse

---

<sup>14</sup> Punto di riferimento in materia resta S. Zamagni, (a cura di), *Libro bianco del Terzo settore*, Bologna, 2011.

<sup>15</sup> Art. 4 del Codice.

<sup>16</sup> Cfr. art. 1 del Codice e il Dossier Servizio Studi del Senato, novembre 2017, *Riordino delle disposizioni legislative in materia di sistema nazionale della protezione civile*.

<sup>17</sup> Sotto questo profilo sembra quindi essere soddisfatto quel "raccordo" Stato-Regioni nel procedimento di adozione di un atto legislativo che le sentenze della Corte costituzionale n. 251/2016 e n. 61/2018 hanno qualificato come una "necessità costituzionale". In tal modo, nell'ambito della potestà legislativa concorrente in materia di protezione civile, si sarebbe anche realizzata quella legislazione definita "integrata" tra Stato e Regioni alla quale si è riferito P. COSTANZO, *Le Regioni tra tendenze evolutive e prospettive future*, in *Il Piemonte delle Autonomie* (<http://piemonteautonomie.cr.piemonte.it>), 8 febbraio 2019, 7.

<sup>18</sup> La relazione illustrativa precisa che l'osservatorio dovrebbe operare, in connessione con le funzioni di coordinamento, con funzione di raccolta e sistematizzazione delle informazioni di interesse. In questo contesto si inquadra, ad es., il progetto «*Io non rischio*», che si inserisce nella campagna di comunicazione nazionale per la prevenzione dei rischi naturali e antropici e mira a promuovere e diffondere le buone pratiche di protezione civile, avvalendosi dei volontari di protezione civile (<http://iononrischio.protezionecivile.it>).

<sup>19</sup> Così U. Allegretti, *The italian civil protection*, cit., 2, che oppone la concezione scientifica a quella religiosa e pare assimilare quest'ultima a quella mitologica.

<sup>20</sup> L'Unione Federativa delle Misericordie venne fondata a Pistoia il 21 novembre 1899, con la deliberazione di uno Statuto (tipo-litografia Grotta Giusti, Pistoia, 1900). La costituzione della Commissione per la stesura dello Statuto è l'atto conclusivo dei lavori di un Congresso tenutosi nella città il 24 e 25 settembre 1899, per iniziativa della Misericordia di Pistoia, che inizialmente intendeva celebrarlo in occasione dei festeggiamenti per il proprio IV centenario (1500-1900). Alcuni degli Statuti delle Misericordie sono conservati presso la Biblioteca Angelica di Roma.

generale (art. 118 Cost., ult. comma), si sono andate nel frattempo diffondendo nel resto d'Italia e in tutto il mondo, con progetti condivisi con organizzazioni di altre fedi religiose, in aree di crisi<sup>21</sup>.

## 2. Le amministrazioni straordinarie e i problemi che pongono

Inquadrate così il tema, il presente studio si propone di considerare le principali novità del nuovo Codice e del suo recente decreto correttivo e di valutare se e come le nuove norme risultino rispondenti tanto alle funzioni della protezione civile, in riferimento ai principi costituzionali menzionati, quanto a tutti gli altri principi dell'ordinamento.

Resta infatti attuale la questione, già sollevata in riferimento alla legge n. 225/1992, relativa al dilagare e al protrarsi, lungo gli anni e con scarsi risultati, delle amministrazioni straordinarie e d'emergenza, per la gestione di problemi che, anziché essere effettivamente imprevedibili e di carattere emergenziale, sono piuttosto strutturali e dovuti all'incapacità dell'amministrazione ordinaria<sup>22</sup>. E ciò grazie alla possibilità di nominare commissari e di utilizzare il potere di ordinanza in deroga, sulla base di una dichiarazione di stato di emergenza. Gli abusi si sono cioè determinati per effetto di un'interpretazione impropria delle stesse norme che disciplinano un servizio di protezione civile che, al contempo, è considerato un modello a livello internazionale, per l'efficienza della capacità di soccorso e di risposta alle necessità della popolazione, anche all'estero, come si è visto, da ultimo, in occasione dell'intervento della protezione civile italiana dopo il terremoto in Albania<sup>23</sup>.

Nella prospettiva specificamente costituzionale, la prassi delle emergenze prorogate (come quelle in materia di ambiente e rifiuti, sanità, dissesto idrogeologico) determina un impatto non solo sul sistema delle fonti del diritto, stante la deroga prolungata a interi corpi normativi ad opera delle ordinanze, ma anche sulla stessa forma di governo. Si è altrove cercato di mostrare come i Governi, di fatto, implementino il programma ed esercitino le funzioni di indirizzo politico anche attraverso i *meccanismi di protezione civile*, ossia dichiarando le emergenze e nominando commissari. Si tratta spesso di un modo per superare la complessità e la lungaggine di molti procedimenti amministrativi; di un modo di esercitare i poteri sostitutivi nei confronti delle Regioni; e di un modo per rafforzare la stessa funzione di governo<sup>24</sup>. L'esperienza delle gestioni commissariali, che non mancano di incidere sia sul piano finanziario, sia sul piano politico (nazionale e locale), mostra poi come queste

---

<sup>21</sup> In [www.misericordie.it/storia](http://www.misericordie.it/storia).

<sup>22</sup> In ordine cronologico, cfr., fra gli altri, AA.VV., *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, in *Annuario 2005 dell'Associazione italiana dei Professori di diritto amministrativo*, Milano, 2006; F. SALVIA, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori interni all'amministrazione*, in *Dir. amministr.*, 3, 2005, 764-775; S. STAIANO, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in Id. (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali*, Torino, 2006, 64.9; V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 377; A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza fra autorità e libertà*, Bologna, 2008; A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità e urgenza tra storia e diritto*, in A. Vignudelli (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009, 133; G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari, 2010; A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011; M. BROCCA, *L'altra amministrazione*, Napoli, 2012; F. GIGLIONI, *Amministrazione dell'emergenza*, in *Enc. dir.*, ann. VI., Milano, 2013.

<sup>23</sup> Su disposizione della Presidenza del Consiglio dei ministri, in base alla richiesta delle autorità albanesi nell'ambito del Meccanismo unionale di protezione civile, dal 26 novembre 2019 ha operato presso Durazzo e Tirana un *team* italiano composto da personale del Dipartimento della protezione civile, da Vigili del Fuoco e squadre USAR di ricerca e soccorso, personale medico AREU della Regione Lombardia, volontari delle colonne mobili delle Regioni Puglia e Molise, delle associazioni di volontariato Misericordie e Anpas, da unità cinofile dell'UCIS, da personale della Croce Rossa Italiana, della Guardia di Finanza, della Guardia Costiera e dell'Esercito Italiano, per un totale di oltre 400 persone.

<sup>24</sup> Per un'analisi più approfondita si rinvia a G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza*, cit., 137, 185 e 254.

amministrazioni speciali e derogatorie sfuggano ai consueti circuiti della responsabilità politica e, in particolare, ad un controllo da parte del Parlamento e del corpo elettorale, anche a motivo della scarsa trasparenza. Anzi, in realtà sfuggono ad un controllo da parte dello stesso Governo. Quest'ultimo, infatti, da un lato dichiara le emergenze, nomina i commissari e attiva quindi le amministrazioni straordinarie; dall'altro tuttavia, a motivo del prolungarsi di queste ben oltre la durata degli stessi Governi (a volte per oltre quindici anni), non è in grado di controllarne l'operato e i risultati<sup>25</sup>.

Se poi si volesse ricondurre la responsabilità dei commissari a quella amministrativa, il problema sorge con riguardo al principio di legalità, che dovrebbe informare l'attività dell'amministrazione. Non va infatti dimenticato che i commissari adottano ordinanze in deroga alle leggi e che tale deroga a interi corpi normativi si protrae nel tempo. Sotto un certo profilo, quindi, si può dire che i commissari amministrano a prescindere dalla legge<sup>26</sup>.

Appare chiaro, insomma, come la strumentazione pensata per gestire con urgenza situazioni critiche e imprevedibili, con finalità di protezione civile, venga anche impiegata per altri scopi, in modo inappropriato. Si tratta di una questione che continua a meritare attenzione anche a prescindere dal tema dei «grandi eventi», ossia del ricorso - unanimemente criticato in dottrina - al servizio nazionale di protezione civile e ai relativi strumenti speciali in occasione di manifestazioni come i giochi olimpici, i mondiali di nuoto o i vertici politici internazionali<sup>27</sup>; possibilità che un tempo era stata inserita accanto agli eventi calamitosi in occasione dei quali può essere dichiarata l'emergenza<sup>28</sup> e che, già nel 2012, il legislatore ha eliminato<sup>29</sup>.

Infine, un'ulteriore questione da tenere presente è quella della ricostruzione e del ripristino dopo eventi distruttivi come terremoti, valanghe e alluvioni. Si tratta infatti di una fase che non rientra nei compiti di protezione civile, che si concludono con la messa in sicurezza<sup>30</sup>, ma che è inevitabilmente legata ad essa, sia in riferimento ai compiti di prevenzione e pianificazione, sia in riferimento alla stessa gestione degli interventi di primo soccorso e sistemazione, nonché di ricognizione di danni e fabbisogni. La prassi mostra, tra l'altro, la propensione ad un allungamento infinito della fase emergenziale. E lo stesso Codice, per verità, è tornato ad estendere la durata dello stato di emergenza di rilievo nazionale<sup>31</sup>, la quale può ora durare dodici mesi ed è prorogabile per

---

<sup>25</sup> *Ibidem*, 258.

<sup>26</sup> *Ibidem*, 137.

<sup>27</sup> Sul tema cfr. F. PEDRINI, *Le ordinanze contingibili e urgenti in materia di protezione civile*, in A. Barbera e T.F. Giupponi (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, 2008, 193; E. ALBANESI - E. ZACCARIA, *Le ordinanze di protezione civile «per l'attuazione» di decreti-legge (ed altri scostamenti dalla L. n. 225 del 1992)*, in *Giur. Cost.*, 2009; C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Dir. Pubbl.*, 2009, 317; G. MARAZZITA, *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, in *Rivista AIC (www.rivistaaic.it)*, 2010, 23.

<sup>28</sup> Cfr. l. 401/2001.

<sup>29</sup> Cfr. l. 24 marzo 2012, n. 27, art. 40 bis.

<sup>30</sup> Cfr. art. 3, denominato *Attività di protezione civile*, individuate in quelle volte alla «previsione, prevenzione e mitigazione dei rischi, alla gestione delle emergenze e al loro superamento». Quanto al superamento (comma 7), «consiste nell'attuazione coordinata delle misure volte a *rimuovere gli ostacoli alla ripresa* delle normali condizioni di vita e di lavoro, per *ripristinare i servizi essenziali* e per *ridurre il rischio residuo* nelle aree colpite dagli eventi calamitosi, oltre che alla *ricognizione dei fabbisogni per il ripristino* delle strutture e delle infrastrutture pubbliche e private danneggiate, nonché dei danni subiti dalle attività economiche e produttive, dai beni culturali e dal patrimonio edilizio e all'avvio dell'attuazione delle conseguenti *prime misure* per fronteggiarli» (corsivi miei).

<sup>31</sup> Ai sensi dell'articolo 24, è prevista, come in passato, la deliberazione dello stato d'emergenza di rilievo nazionale da parte del Consiglio dei ministri, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, formulata anche su richiesta del Presidente della Regione o Provincia autonoma interessata e comunque previa intesa. La delibera fissa la durata e determina l'estensione territoriale dell'emergenza, con riferimento alla natura e alla qualità degli eventi e autorizza l'emanazione delle ordinanze di protezione civile.

ulteriori dodici mesi<sup>32</sup>. In precedenza, non poteva superare sei mesi ed era prorogabile per massimo altri sei mesi<sup>33</sup>; mentre, ancor prima, nell'ottica di contenere al massimo la gestione straordinaria, poteva durare tre mesi ed era prorogabile per altri due mesi<sup>34</sup>.

È dunque nella consapevolezza di tali problemi che, senza pretese di completezza, si procederà ad un'analisi di quelle che nell'ottica costituzionale paiono le disposizioni più interessanti.

### 3. La disciplina delle ordinanze e i soggetti competenti ad adottarle

Nell'intraprendere questa analisi, sembra opportuno partire proprio dalle ordinanze, che sono uno strumento *tipico del governo della protezione civile e al tempo stesso eccezionale rispetto all'ordinamento giuridico costituzionale*, in quanto si è pur sempre innanzi a provvedimenti che derogano alle leggi e che rappresentano un «residuo» dei poteri che un tempo erano nella piena disponibilità della pubblica Amministrazione<sup>35</sup>, «con vincoli molto lati di materia, di fini, di forme»<sup>36</sup>.

Il nuovo Codice, similmente alla disciplina previgente<sup>37</sup>, prevede due tipologie di ordinanze di protezione civile: la prima «per il coordinamento dell'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza» (art. 25); la seconda per «favorire il rientro nell'ordinario a seguito di emergenze di rilievo nazionale» (art. 26). Quanto alla prima tipologia, le ordinanze di protezione civile possono essere adottate esclusivamente sulla base di una dichiarazione d'emergenza nazionale (art. 24). E il presupposto di quest'ultima è il verificarsi (o l'imminenza) di eventi riconoscibili come «emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che, in ragione della loro intensità o estensione, debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo»<sup>38</sup>. Le ordinanze che ne conseguono, infatti, sono «in deroga ad ogni disposizione vigente», da adottarsi 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. I presupposti di fatto, comunque, sono descritti in modo da includere svariate eventualità, dai terremoti, alle precipitazioni eccezionali, alle epidemie e alle calamità derivanti dall'attività dell'uomo. La definizione è dunque inclusiva e piuttosto ampia, ma pare ragionevole rispetto ad un dato ineliminabile: quello

---

<sup>32</sup> La dichiarazione, come del resto in passato, è possibile sia al verificarsi degli eventi che si qualificano come «eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che, in ragione della loro intensità o estensione, debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari», sia nell'imminenza di tali eventi.

<sup>33</sup> D.l. n. 93/2013, art. 10.

<sup>34</sup> L. n. 100/2012, art. 5.

<sup>35</sup> Assai critico rispetto ad una logica della prevenzione «inconciliabile con la logica (ispirata alla garanzia delle libertà individuali) dello Stato costituzionale di diritto» V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, in *Dirittifondamentali.it* ([www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it)), 1/2020, 591, in riferimento al d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, recante *Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*.

<sup>36</sup> G.U. RESCIGNO, *Ordinanze e provvedimenti di necessità e di urgenza*, in *Noviss. Dig. It.*, XII, Torino, 1965, 91. Cfr. inoltre F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1979; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990; G. MANFREDI, *Le insidie del potere di ordinanza*, in *Riv. Giur. Amb.* 1/2004, 102; M. GNES, *I limiti del potere d'urgenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 641; V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 377. G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. amm.*, 2016, 33; già dopo il d.lgs. n. 1/2018, M. RICCI, *Il potere di ordinanza nella gestione delle emergenze ambientali*, in *Ambienteditto.it* (<https://www.ambienteditto.it/>), 2/2019.

<sup>37</sup> Cfr. art. 5, comma-ter l. n. 2251992, come modificato dal d.l. n. 59/2012 (poi l. n. 100/2012), art. 1, comma 1, lett. c) n. 7.

<sup>38</sup> Cfr. art. 7, comma 1, lett. c).

dell'*imprevedibilità* degli eventi che possono verificarsi e della *rischiosità* degli stessi rispetto alla compromissione di diritti costituzionali fondamentali quali, *in primis*, la vita, l'integrità, la salute.

Per l'adozione di ordinanze occorre poi acquisire l'*intesa* delle Regioni e Province autonome territorialmente interessate e, ove rechino deroghe alle leggi vigenti, occorre indicare le principali *norme a cui si intende derogare*, oltre ad una *specificata motivazione*. Tutte le ordinanze sono poi trasmesse, per informazione, non solo al Presidente del Consiglio dei ministri, ma anche alle Regioni o Province autonome interessate. Come in passato, per tali provvedimenti è assente il controllo preventivo di legittimità della Corte dei Conti.

Prima di soffermarsi sull'aspetto soggettivo, ossia sui soggetti abilitati alla loro adozione, pare utile evidenziarne i contenuti. Alla gestione del soccorso e dell'assistenza alla popolazione e al ripristino dei servizi pubblici e delle infrastrutture si aggiungono ora, con il Codice, la gestione dei rifiuti e delle macerie e, inoltre, le misure volte a garantire la continuità amministrativa nei territori interessati, anche mediante interventi di natura temporanea. Una importante novità è poi da rintracciarsi nell'obbligo di disporre gli interventi anche strutturali «in coerenza con gli strumenti di pianificazione territoriale esistenti», quando si tratti di ridurre il rischio residuo nelle aree colpite dagli eventi calamitosi, per la tutela della pubblica e privata incolumità<sup>39</sup>. Si tratta di una precisazione significativa in relazione al passaggio alla successiva fase della ricostruzione e all'interesse, di rango costituzionale, a preservare non solo l'integrità della vita umana, che certamente è prioritaria, ma anche quella dei beni materiali, fra i quali vi sono anche, ancorché non strettamente "utili", il paesaggio e il patrimonio artistico e culturale della Nazione. Sempre che ovviamente gli strumenti di pianificazione territoriale esistenti siano effettivamente funzionali all'integrità, all'utilità e alla bellezza, secondo il canone del famoso architetto Vitruvio, richiamato, da ultimo, proprio in riferimento alle finalità di protezione civile<sup>40</sup>. In questo senso - questa volta in relazione all'*utilità* - si orienta poi un'altra novità, quella per cui le ordinanze sono chiamate a provvedere anche all'attivazione delle prime misure economiche di immediato sostegno al tessuto economico e sociale della popolazione.

Con le ordinanze si può anche provvedere alla delocalizzazione temporanea in altra zona del territorio nazionale, ma entro i limiti delle risorse finanziarie e secondo le *direttive* dettate con apposita, ulteriore delibera del Consiglio dei ministri, sentita la Regione interessata<sup>41</sup>. Queste ordinanze presuppongono insomma specifiche direttive, di cui si dirà a breve, a loro volta bisognose di altri adempimenti previ. Emerge così, in questo caso come in altri casi, una certa tendenza del Codice ad una moltiplicazione degli atti e, inevitabilmente, ad una certa burocratizzazione.

In riferimento all'aspetto soggettivo, la disciplina del Codice risulta confusa o, quanto meno, poco sistematica. Se, infatti, dall'art. 25 si ricava che è il Capo del Dipartimento il responsabile principale per la loro adozione, dall'art. 5 risulta invece che «il Presidente del Consiglio detiene i poteri di ordinanza in materia di protezione civile», anche se li può esercitare (salvo che sia diversamente stabilito con la deliberazione dello stato di emergenza) «per il tramite del Capo del Dipartimento della protezione civile». Dall'art. 25, comma 9, si evince inoltre che anche i commissari delegati hanno il potere di adottare ordinanze. È previsto, infatti, che avverso le «ordinanze di protezione civile» e i «conseguenziali provvedimenti commissariali», nonché avverso gli atti, i provvedimenti e le ordinanze, la tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo sia disciplinata dal Codice del processo amministrativo.

Con riguardo ai commissari, inoltre, dal Codice si apprende che possono venire nominati con le suddette ordinanze del Capo del Dipartimento di protezione civile e che la loro funzione è quella di

---

<sup>39</sup> Art. 25, comma 1, lett. d).

<sup>40</sup> U. ALLEGRETTI, *The italian civil protection*, cit., 3.

<sup>41</sup> Art. 25, comma 2, lett. f).

coordinare l'attuazione delle ordinanze stesse. Vengono qualificati anche «commissari delegati», e operano in regime straordinario fino alla scadenza dello stato di emergenza di rilievo nazionale; l'art. 16 del decreto correttivo ha soppresso, da ultimo, ogni riferimento a talune loro attività *ispettive*<sup>42</sup>. La nomina dei commissari risulta quindi, almeno secondo la lettera dell'art. 25, commi 7 e 8, una scelta del Capo del Dipartimento di protezione civile. Nel relativo provvedimento di nomina questi è tenuto a specificare il contenuto dell'incarico, i tempi e le modalità di esercizio. Tranne motivate eccezioni, i commissari delegati devono essere scelti tra i soggetti per cui la legge non prevede alcun compenso per lo svolgimento dell'incarico, ossia tra i titolari di cariche elettive pubbliche. Ove invece si tratti di altri soggetti, il compenso è commisurato al parametro massimo costituito dal 70% del trattamento economico previsto per il primo Presidente della Corte di cassazione. Tutto tace, però, in merito a quei meccanismi che in passato il legislatore aveva disposto con riguardo ad un altro tipo di figure commissariali, quelli per la velocizzazione delle procedure esecutive relative a investimenti pubblici prioritari per lo sviluppo economico e l'occupazione (l. n. 2/2009) e in particolare: eventuale compenso non erogato qualora i tempi per l'esecuzione dell'intervento non siano rispettati; segnalazioni alla Corte dei conti per ritardi e inadempienze; disposizioni volte a porre in relazione l'operato dei commissari, il motivo dei ritardi e la richiesta di proroga dello stato di emergenza. Il Codice, sotto questo profilo, non mostra alcuna discontinuità con la l. n. 225/1992.

#### 4. Ordinanze o d.p.c.m.? La responsabilità politica per la protezione civile e i provvedimenti in deroga

Occorre poi domandarsi, visto che l'art. 25 prescrive, in generale, che le ordinanze siano adottate «acquisita l'intesa delle Regioni e delle Province autonome territorialmente interessate» e che occorre anche indicare, fin dal momento della deliberazione dello stato d'emergenza nazionale, le norme derogate, la motivazione, i limiti e le modalità con cui possono adottarsi, se tali previsioni siano sostenibili nella pratica, ove si consideri che eventi e catastrofi richiedono azioni immediate e che le epidemie possono diffondersi ed espandersi significativamente nel giro di alcune ore, come sta accadendo per quella del Covid-19.

Sembra che tale disciplina del Codice finisca, di fatto, per favorire l'adozione di specifici decreti-legge, che sono certamente gli strumenti previsti dalla stessa Costituzione (a differenza delle ordinanze) a governare i casi straordinari di necessità e di urgenza<sup>43</sup>, ma che, nel singolo caso, potrebbero anche essere meno esigenti dell'art. 25 del Codice, quanto al raggiungimento delle intese, all'indicazione delle norme derogate e ai limiti e modalità delle ordinanze. Non è casuale che, nella gestione dell'emergenza per il Covid-19, dichiarata dal Consiglio dei ministri per sei mesi, ai sensi dell'art. 24 del Codice, lo scorso 31 gennaio 2020, il Governo abbia preferito adottare decreti-legge<sup>44</sup> e, grazie a previsioni contenute proprio in questi, anche Decreti del Presidente del Consiglio (d.p.c.m.). Questi ultimi sono riconoscibili pur sempre come provvedimenti amministrativi contingibili urgenti, ma non recano il *nomen iuris* di «ordinanza», ai sensi dell'art. 25 del Codice. Di fatto, nonostante la dichiarazione dello stato d'emergenza e, quindi, la possibilità di adottare ordinanze di protezione civile, il Governo ha preferito l'«aggancio» alla fonte primaria rappresentata dai decreti-legge anziché a quella costituita dal Codice. E, a ben leggere tali d.p.c.m., non sono richiamate in premessa né intese, né norme derogate (peraltro tutte libertà costituzionali), come

---

<sup>42</sup> Art. 16, il quale ha soppresso anche i riferimenti dell'art. 25 del Codice alle attività che i commissari esplicano successivamente, in regime ordinario, situazione ora regolata solo dall'art. 26.

<sup>43</sup> Cfr. ad es. C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 866; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 235; L. CIAURRO, *Decreto legge*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988.

<sup>44</sup> I primi quattro in meno di venti giorni, recanti data 23 febbraio, 2 marzo, 8 marzo e 9 marzo.

richiederebbe l'art. 25 del Codice, ma i precedenti decreti-legge autorizzativi, che non prevedono intese ma di "sentire" i Presidenti della o delle Regioni o il Presidente della Conferenza dei Presidenti delle Regioni<sup>45</sup>, oltre alla l. n. 400/1988. Il Codice insomma, per quanto "nuovo", alla prova dell'emergenza *Coronavirus*, è stato di fatto accantonato, mentre la gestione dell'emergenza sta avvenendo grazie ad alcuni decreti-legge, a numerosi d.p.c.m. e ad ordinanze dei Presidenti delle Regioni, anch'esse "autorizzate" dal decreto-legge<sup>46</sup>.

Al riguardo sembra comunque di poter dire che, in un quadro davvero emergenziale - e non abusivamente "costruito" come tale, in modo artificiale, per sopperire alle incapacità delle amministrazioni ordinarie - gli strumenti emergenziali si configurano non solo sono possibili, ma anche come opportuni e perfino doverosi. Anche se naturalmente se ne potrà poi discutere il contenuto, la tempestività e la proporzionalità. Ciò vale non solo con riguardo allo strumento del decreto-legge previsto dall'art. 77 Cost., ma anche con riguardo alle ordinanze in deroga o ai d.p.c.m., autorizzati e motivati da norme primarie. Rispetto ad alcune azioni di protezione civile, fra l'altro, non è da escludere che un provvedimento amministrativo sia più appropriato di un decreto-legge, il quale, con la relativa legge di conversione, è destinato ad innovare in maniera stabile e permanente l'ordinamento giuridico. Il provvedimento amministrativo, invece, a differenza di una fonte primaria (che per essere modificata, integrata o abrogata esige un'altra fonte di pari grado), può essere modificato agilmente, in ragione dell'evoluzione della situazione, ad esempio quella epidemiologica. Ed è per "natura", per così dire, *più contingibile e urgente di un decreto-legge*. Ciò che invece è fondamentale è la possibilità di poter individuare la responsabilità politica di chi assume tali misure. Peraltro, in questo caso, gli stessi decreti-legge adottati dal Governo sono stati convertiti dal Parlamento (almeno finora con il voto anche delle opposizioni), che si è così assunto la responsabilità di tutti i relativi contenuti, incluse, quindi, le disposizioni autorizzative di d.p.c.m. e ordinanze. E anche per questi ultimi resta chiara, al di là dell'autorizzazione contenuta nel decreto-legge di riferimento, la responsabilità politica dell'autorità che adotta - o, anche, che non adotta - le misure (Sindaci, Presidenti di Regione).

A questo riguardo appare di estremo rilievo l'art. 5 dello stesso Codice, secondo il quale «il Presidente del Consiglio dei ministri *detiene i poteri di ordinanza in materia di protezione civile*» ed è colui che «*determina le politiche di protezione civile per la promozione e il coordinamento delle attività delle amministrazioni dello Stato, centrali e periferiche, delle Regioni, delle città metropolitane, delle province, dei comuni, degli enti pubblici nazionali e territoriali e di ogni altra istituzione e organizzazione pubblica o privata presente sul territorio nazionale*»<sup>47</sup>. Si tratta di un'asserzione significativa nell'ottica costituzionale, perché risulta finalmente chiaro che la responsabilità per la protezione civile è di tipo politico<sup>48</sup>. La determinazione delle politiche di

---

<sup>45</sup> In particolare, il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, che permette alle autorità competenti dei Comuni o delle aree in cui risulti positiva una persona di adottare misure restrittive anche di diritti fondamentali, tramite d.p.c.m., *sentiti* i Presidenti delle Regioni o il Presidente della Conferenza delle Regioni (art. 3, comma 1). Sul tema A. CANDIDO, *Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione al tempo del COVID19*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 10 marzo 2020.

<sup>46</sup> Cfr. d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, art. 3, comma 2, che a sua volta richiama le norme primarie attributive del potere di ordinanza a Sindaci e Presidenti delle Regioni (art. 32 della l. 23 dicembre 1978, n. 833, art. 117 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, e art. 50 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267).

<sup>47</sup> Corsivi miei.

<sup>48</sup> Sulla responsabilità politica F. CUOCOLO, *Il Governo nel vigente ordinamento italiano. Il procedimento di formazione. La struttura*, Milano, 1959; G.U. RESCIGNO, *La responsabilità politica*, Milano, 1967; M. GALIZIA, *Studi sui rapporti fra Parlamento e Governo*, Milano, 1972; G. FERRARA, *Il governo di coalizione*, Milano, 1973; A. MANNINO, *Indirizzo politico e fiducia nei rapporti tra Governo e Parlamento*, Milano, 1973; A. RUGGERI, *Il Consiglio dei Ministri nella Costituzione italiana*, Milano 1981; G. PITRUZZELLA, *Il Presidente del Consiglio dei ministri e l'organizzazione del governo*, Padova 1986; P. CIARLO, *Art. 95*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 1994, 321; P.A.



protezione civile risulta quindi, dopo il Codice, una delle attribuzioni del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'art. 5, comma 4, della l. n. 400/1988.

Al di là, dunque, della natura della responsabilità del Capo del Dipartimento di protezione civile e dei commissari di protezione civile, di difficile individuazione, chi certamente risponde delle *politiche di protezione civile* e del *potere di ordinanza* è il Presidente del Consiglio; mentre il Governo «riferisce annualmente al Parlamento sulle attività di protezione civile nonché sull'utilizzo del Fondo nazionale per la protezione civile, del Fondo regionale di protezione civile e del Fondo per le emergenze nazionali» (art. 5, comma 3).

Sotto questo profilo il Codice, sia pure attraverso disposizioni poco sistematiche e senza giungere a conferire natura politica alla figura del Capo del Dipartimento di protezione civile, come invece sarebbe auspicabile<sup>49</sup>, mostra comunque un passo in avanti rispetto all'assetto normativo precedente, dove le responsabilità del Presidente del Consiglio non erano sancite con altrettanta nitidezza<sup>50</sup>. Si tratta di un assetto apprezzabile nella logica democratica, nel quadro della forma di governo parlamentare e nell'ottica dell'art. 95 Cost.<sup>51</sup> È illusorio credere, infatti, che la valutazione del rischio, la proporzione degli interventi normativi e provvedimenti, la relativa tempestività, le deroghe alla legge operate tramite le ordinanze, il coordinamento fra i diversi livelli di governo, i mezzi impiegati rispetto ai risultati ottenuti e l'efficacia delle azioni di protezione civile siano questioni meramente tecniche, trattandosi evidentemente di scelte anche e soprattutto politiche, e di cui è giusto che il Governo risponda dinanzi al Parlamento e, in ultima analisi, agli elettori<sup>52</sup>.

##### *5. La novità delle ordinanze regionali in deroga alla legge ma coerenti e aggiornate con le direttive del Presidente del Consiglio*

---

CAPOTOSTI, *Governo*, in *Enc. giur.*, XV, 1988; F. DONATI, *La responsabilità politica dei ministri nella forma di governo italiana*, Torino, 1997; E. CATELANI, *Art. 95*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. II, Torino, 2006; G. TARLI BARBIERI, *Il governo parlamentare in Italia*, Torino, 2011; A. MORRONE, *Indirizzo politico e attività di governo. Tracce per un percorso di ricostruzione teorica*, in *Quad. cost.*, 1/2018, 7.

<sup>49</sup> Originariamente la l. n. 225/1992 prevedeva che il Presidente del Consiglio, per il conseguimento delle finalità del servizio nazionale di protezione civile, potesse delegare il «Ministro per il coordinamento della protezione civile», che dunque era parte integrante dello stesso Governo. Successivamente, con la l. n. 100/2012, tale delega è stata poi riferita ad «un Ministro con portafoglio o il Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei ministri segretario del Consiglio». Va anche ricordato che, per la soluzione della annosa questione dei rifiuti in Campania, con d.l. n. 90/2008, fu istituito e nominato un Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio, attirando così nel Governo stesso la figura del commissario e investendolo, quindi, anche in questo caso, di una chiara responsabilità politica.

<sup>50</sup> La l. n. 225/1992 si limitava ad affermare che il Presidente del Consiglio dei ministri *promuove e coordina le attività* delle amministrazioni dello Stato, centrali e periferiche, delle regioni, delle province, dei comuni, degli enti pubblici nazionali e territoriali e di ogni altra istituzione e organizzazione pubblica e privata presente sul territorio nazionale.

<sup>51</sup> La norma costituzionale prevede infatti che il Presidente del Consiglio diriga la politica generale del Governo e ne sia responsabile e che mantenga, inoltre, l'unità dell'indirizzo politico e amministrativo, promovendo e coordinando l'attività dei ministri. Sembra dunque coerente con questo assetto che il Codice preveda ora che il Presidente del Consiglio *determini le politiche di protezione civile* e ciò *per la promozione e il coordinamento delle attività delle amministrazioni dello Stato, centrali e periferiche, oltre che di tutti gli enti che "costituiscono" la Repubblica*, ai sensi dell'art. 114 Cost. Quanto alla previsione per cui è poi il Governo a riferire annualmente alle Camere (e non lo stesso Presidente), si tratta di un'incongruenza lieve e comunque specchio delle stesse previsioni costituzionali, ove si consideri che lo stesso art. 95 Cost. permette letture diverse; la dottrina, infatti, ne ha tratto un principio ora monocratico, ora collegiale, ora "misto". Sul tema, recentemente e con ampi riferimenti bibliografici, E. CATELANI, *Poteri e organizzazione del Governo nel contesto degli ordinamenti pluralistici contemporanei*, Pisa, 2017, 83.

<sup>52</sup> Cfr. da ult., G. CERINA FERRONI, *Restituire lo scettro agli elettori: la sovranità popolare tra realtà e dover essere*, in *Osservatorio costituzionale* ([www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it)), 1/2020; A. MORRONE, *Art. 1*, in Aa.Vv. (a cura di), *La Costituzione italiana*, vol. 1, Bologna, 2018, 17.

Ancora con riguardo alle ordinanze, emerge un'ulteriore novità, contenuta nel comma 11 dell'art. 25: «Le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, nell'esercizio della propria potestà legislativa, definiscono provvedimenti con finalità analoghe a quanto previsto dal presente articolo in relazione alle emergenze di cui all'articolo 7, comma 1, lettera b), *da adottarsi in deroga alle disposizioni legislative regionali vigenti*, nei limiti e con le modalità indicati nei provvedimenti di cui all'articolo 24, comma 7»<sup>53</sup>.

Il Codice introduce in tal modo, accanto alle tradizionali ordinanze *statali* di protezione civile, ordinanze *regionali*, in riferimento ad emergenze di tipo *b*), ossia di carattere regionale. Si tratta anche qui di provvedimenti che possono derogare leggi, anche se, per il combinato-disposto fra l'art. 25, comma 11 («nei limiti e con le modalità») e l'art. 24, comma 7, risultano subordinate alle *direttive di protezione civile*.

Certo, nell'introdurre un altro strumento in deroga a norme di carattere primario, il legislatore non sembra essersi troppo premurato di dettarne una disciplina accurata. Non vi è parola dei limiti rappresentati dai principi generali dell'ordinamento giuridico e dalle norme dell'Unione europea, né si specifica che le ordinanze *regionali* debbano, anch'esse, indicare le principali norme (in questo caso regionali) cui intendono derogare ed essere specificamente motivate<sup>54</sup>. Neppure è prescritta la pubblicazione nel Bollettino della Regione, né vi sono obblighi di trasmissione; mentre al contrario, come già visto, il Codice prevede che le ordinanze *statali* debbano non solo essere pubblicate in Gazzetta Ufficiale, ma anche trasmesse, per informazione, al Presidente del Consiglio dei ministri e alle Regioni o Province autonome interessate.

Il motivo di tale lacunosità, probabilmente, è da rintracciare nel timore, da parte della norma primaria statale, di invadere la sfera di competenza regionale, in una materia di competenza legislativa concorrente come quella della protezione civile. Sottolinea infatti il d.lgs. n. 1/2018 che è «nell'esercizio della propria potestà legislativa» che le Regioni e le Province autonome possono definire provvedimenti analoghi alle ordinanze di protezione civile. Certamente resta sullo sfondo l'art. 117 Cost., comma 1, per cui la potestà legislativa – statale e regionale – è esercitata nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

Resta però da chiedersi come si comporteranno le singole Regioni<sup>55</sup> e se, in particolare, le loro leggi eventuali, autorizzative di ordinanze regionali, terranno conto, per analogia, dei limiti, delle modalità e delle condizioni che la norma statale prevede per le ordinanze di protezione civile nazionali. E questo specialmente con riguardo alle norme dell'Unione europea, che le Regioni possono attuare sulla base dei principi fondamentali dettati da legge statale<sup>56</sup>, ma ora anche, potenzialmente, derogare (così come del resto hanno fatto le ordinanze di protezione civile *statali*)<sup>57</sup>. Nella pratica, tuttavia, è probabile che le Regioni, lasciando da parte le loro istanze d'autonomia, preferiranno invocare una dichiarazione d'emergenza nazionale e conseguenti ordinanze *statali* tutte le volte che si renderanno necessari finanziamenti statali.

---

<sup>53</sup> Corsivo mio.

<sup>54</sup> Così l'art. 25, comma 1, con riguardo alle «tradizionali» ordinanze «statali».

<sup>55</sup> Il Dossier Servizio Studi del Senato, nov. 2017, cit., 66, osserva che disposizioni volte a consentire alla Giunta regionale di emanare ordinanze in deroga alle norme regionali vigenti per la gestione dell'emergenza è già prevista in alcune legislazioni (ad es. art. 15, comma 3, della L.R. Lazio n. 2/2014, nonché art. 10, comma 3, della L.R. Puglia n. 7/2014).

<sup>56</sup> Cfr. l. n. 234/2012, art. 30.

<sup>57</sup> Cfr. ad es. Corte di Giustizia, sent. 8 aprile 2008, C-337/05, di condanna dell'Italia per aver derogato alla regola della procedura di gara con acquisti diretti, in base ad un'emergenza incendi e a conseguenti ordinanze di protezione civile; cfr. altresì CGCE sent. 18 luglio 2007, C-382/05, di condanna per mancata applicazione delle norme sugli appalti pubblici di servizi, che l'Italia aveva giustificato per il sussistere di un'emergenza rifiuti e di un regime speciale, governato con ordinanze.

Quel che è certo è che il nuovo Codice ha così ampliato gli strumenti a disposizione delle Regioni e, più in generale, ha aggiunto un *tipo ulteriore di ordinanza*. Il che non sembra del tutto irrilevante, specie nella prospettiva di chi ritenga che le ordinanze di protezione civile abbiano carattere normativo<sup>58</sup>, in quanto implica un allargamento del confine degli atti normativi. Inoltre, se il legislatore delegato statale si è basato sul presupposto che la previsione di ordinanze regionali sia espressione dei «principi fondamentali» della materia «protezione civile», ai sensi dell'art. 117, comma 3, (e ai sensi dello stesso Codice, art. 1, comma 3)<sup>59</sup>, ben avrebbe potuto prevederne i limiti, anch'essi *fondamentali*. Fra l'altro il legislatore delegato non ha mancato di indicare, paradossalmente, che tali ordinanze *regionali* siano poi adottate, come ora si vedrà, «nei limiti e con le modalità» delle *direttive* di protezione civile.

#### 6. Le nuove direttive e la relazione con «le potestà legislative e amministrative» delle Regioni e Province autonome

Il Codice dedica l'art. 15 alle *direttive*, che vengono ulteriormente richiamate nel testo una quarantina di volte. La riforma tipizza questi atti, nel senso che prevede, in generale, che tali *direttive del Presidente del Consiglio dei ministri* siano adottate su *proposta del Capo Dipartimento della protezione civile*, previa *intesa* da sancire in sede di Conferenza unificata ovvero di Conferenza Stato-Regioni, ferme restando le competenze e le attribuzioni delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome di Trento e di Bolzano. Devono anche essere pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. Il comma 5 detta una disposizione transitoria finalizzata a fare salvi gli effetti delle direttive vigenti, fino all'eventuale adozione di nuove direttive in materia. Per la loro adozione, comunque, a differenza che per le ordinanze di protezione civile, non è necessaria alcuna dichiarazione di emergenza nazionale, sebbene possano essere funzionali alla stessa<sup>60</sup>. Tali direttive «assicurano, sul piano tecnico, l'indirizzo unitario, nel rispetto delle peculiarità dei territori, per l'esercizio della funzione e lo svolgimento delle attività di protezione civile»<sup>61</sup>.

Anche l'art. 25, per quanto dedicato alle ordinanze, al comma 2, lett. *f*), menziona le «direttive dettate con apposita, ulteriore delibera del Consiglio dei ministri, sentita la Regione interessata» in riferimento alle esigenze di ripristino delle strutture e delle infrastrutture, pubbliche e private, danneggiate, nonché dei danni subiti dalle attività economiche e produttive, dai beni culturali e paesaggistici e dal patrimonio edilizio, quando occorrono «misure di delocalizzazione temporanea in altra località del territorio nazionale». In questo caso occorre quindi una delibera dell'intero Governo, dopo aver *sentito* la Regione interessata.

Da parte sua il Comune, quando approva il piano di protezione civile comunale con deliberazione consiliare, lo deve redigere «secondo criteri e modalità da definire con direttive adottate ai sensi

---

<sup>58</sup> A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 56 e 67, individua la categoria delle ordinanze a contenuto normativo che contengono ordini, che per l'A. sono fonti del diritto; anche per G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. amm.*, 2016, 37, alcune ordinanze sono normative. *Contra* G.U. RESCIGNO, *Ordinanze e provvedimenti*, cit., 89, il quale (Id., *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1995, 2196) ha poi parlato di normatività sul piano concettuale. La Corte cost., ad ogni modo, non ha mai considerato le ordinanze fonti primarie soggette al proprio sindacato, ritenendole atti amministrativi (Corte cost., n. 8/1956; n. 26/1961; n. 4/1977).

<sup>59</sup> Cfr. pure Corte cost., sent. n. 284/2006, nonché n. 82/2006 e n. 327/2003, secondo cui le previsioni in materia di stato di emergenza e potere di ordinanza sono «espressive di un principio fondamentale della materia della protezione civile, sicché deve ritenersi che esse delimitino il potere normativo regionale».

<sup>60</sup> Art. 24, comma 7.

<sup>61</sup> Art. 15, comma 1.

dell'articolo 15», oltre che con gli indirizzi regionali<sup>62</sup>. Il Codice affida a direttive anche l'unitaria ed effettiva attuazione della disciplina della partecipazione del volontariato organizzato alle attività di protezione civile<sup>63</sup>; le modalità di organizzazione e svolgimento dell'attività di allertamento<sup>64</sup>; il monitoraggio e la verifica dell'attuazione, anche sotto l'aspetto finanziario, delle misure contenute nelle ordinanze di protezione civile<sup>65</sup>. Può osservarsi, quindi, come l'effettività stessa della riforma dipenda dall'adozione di direttive.

Tentando quindi una ricostruzione, le direttive possono essere di due tipi: quelle adottate dal *solo Presidente del Consiglio, previa intesa* in sede di Conferenza Stato-Regioni o di Conferenza unificata e quelle adottate dall'intero *Consiglio dei ministri, sentita la Regione interessata*, quando si tratti di ripristinare beni di utilità economico-sociale, paesaggistici o culturali ovvero quando occorrono misure di delocalizzazione. Quanto ai contenuti, si configurano così come uno strumento duttile, dal contenuto libero, a volte di carattere più marcatamente amministrativo (come nel caso delle direttive per il ripristino, in presenza di emergenza nazionale), a volte di carattere pararegolamentare e quindi normativo (come nel caso delle direttive che dettano criteri e modalità per la redazione del piano comunale di protezione civile o per la partecipazione del volontariato). In entrambi i casi risultano funzionali al coordinamento e all'armonizzazione nazionale. Sotto questo profilo, la disciplina del Codice non trova corrispondenza nella l. n. 225/1992, la quale, oltre che alle direttive del Comitato operativo della protezione civile, e ad una citazione specifica della direttiva sui Centri funzionali del 2004<sup>66</sup>, si limitava a prevedere le *direttive* dettate con *delibera del Consiglio dei ministri, sentita la Regione interessata*, per far fronte alle prime esigenze urgenti, dopo la dichiarazione dello stato di emergenza<sup>67</sup>. Anche se non sono mancate, poi, direttive volte a garantire una corretta organizzazione amministrativa, ai sensi dell'art. 5 comma 2, lett. e) della legge n. 400 del 1988<sup>68</sup>.

Questo nuovo assetto non risulta privo di ombre, specie ove si consideri l'art. 11, comma 4. Da questa disposizione risulta infatti che le Regioni e le Province autonome, nell'esercizio delle rispettive potestà legislative ed amministrative, devono assicurare «l'aggiornamento e la coerenza generale» con le direttive adottate ai sensi dell'articolo 15. Pertanto, se per un verso il Codice, in più occasioni (cfr. ad es. gli artt. 6 e 11), assicura che restano ferme le competenze e le attribuzioni delle Regioni e Province autonome, dall'altro le loro *funzioni di protezione civile* sono disciplinate «assicurandone l'aggiornamento e la coerenza generale con le direttive adottate ai sensi dell'articolo 15 in materia». Sembrerebbe così che, in materia di protezione civile, neppure le leggi e i regolamenti regionali possano contrastare con le direttive del Presidente del Consiglio, le quali godrebbero, tramite il Codice, di una sorta di riserva di competenza.

Una tale previsione potrebbe apparire incostituzionale, in quanto verrebbe demandata ad una direttiva, ossia ad un atto amministrativo o comunque ad una fonte non primaria, anziché alla legge, la determinazione dei principi fondamentali in una materia di competenza concorrente con le Regioni come la protezione civile. Esaminando tuttavia da vicino le direttive adottate finora, a

---

<sup>62</sup> Art. 12, comma 4.

<sup>63</sup> Art. 32 e 34.

<sup>64</sup> Art. 17.

<sup>65</sup> Art. 25, comma 10.

<sup>66</sup> D.p.c.m. 27 febbraio 2004, pubblicata nel supplemento ordinario alla *Gazzetta Ufficiale* n. 59 dell'11 marzo 2004.

<sup>67</sup> Art. 5, comma 2, lett. d).

<sup>68</sup> Sulla base del d.l. 343/2001, art. 5, comma 2, sono state infatti già adottate direttive, come, ad es., il d.p.c.m. 27 febbraio 2004, *Indirizzi operativi per la gestione organizzativa e la dir. funzionale del sistema di allertamento nazionale, statale e regionale per il rischio idrogeologico ed idraulico ai fini di protezione civile*, in *G.U.* 11 marzo 2004, n. 59, S.O.; il d.p.c.m. 28 giugno 2011, *Indirizzi operativi per l'attivazione e la gestione di moduli sanitari in caso di catastrofe*, in *G.U.* 26 ottobre 2011, n. 250; il d.p.c.m. 14 gennaio 2014, *Programma nazionale di soccorso per il rischio sismico*, in *G.U.* 4 aprile 2014, n. 79.

seguito dell'entrata in vigore del Codice, il sito istituzionale della Protezione civile ne presenta solo otto<sup>69</sup>, a dispetto del profluvio di questi atti previsto dalla riforma. L'ultima è sulle *Misure operative di protezione civile per la gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19* (4 marzo 2020), concernente la definizione della catena di comando e controllo, del flusso delle comunicazioni e delle procedure da attivare in relazione allo stato emergenziale determinato dal diffondersi del virus Covid-19. Dalla sua lettura emergono contenuti tanto esplicativi e riassuntivi del quadro normativo vigente (incluso il d.l. del 23 febbraio 2020, n. 6 e l'ordinanza del Capo del Dipartimento di protezione civile del 3 febbraio 2020, n. 630), quanto organizzativi e prescrittivi, come mostra, ad esempio, l'indicazione per cui presso tutte le Regioni deve essere attivata un'unità di crisi regionale organizzata in un certo qual modo. Quanto alle direttive adottate precedentemente a quest'ultima, i relativi contenuti sono fra loro molto diversi, a volte consistenti essenzialmente in raccomandazioni alle Regioni<sup>70</sup>, altre volte, invece, aventi carattere prescrittivo (e, difatti, precedute dall'intesa con la Conferenza unificata)<sup>71</sup>, altre volte, come nel caso dell'istituzione della settimana della protezione civile, di carattere prevalentemente informativo<sup>72</sup>.

Ad ogni modo, con riguardo alle direttive e alla previsione per cui le potestà legislative e amministrative delle Regioni devono essere esercitate in coerenza con esse, può dirsi che non è facile coniugare il principio costituzionale dell'autonomia con la necessità di raccordo che richiedono gli interventi di protezione civile, volti a salvaguardare l'incolumità delle persone, la vita, l'integrità, le utilità e il patrimonio artistico e culturale, riconducibili ad altrettanti principi costituzionali. In molti casi, inoltre, sono le Regioni stesse, a volte carenti di risorse umane adeguate, a desiderare indicazioni concrete ed esplicazioni dal Dipartimento nazionale di protezione civile per lo svolgimento delle rispettive funzioni legislative e amministrative. Può inoltre osservarsi come queste direttive non siano, in fondo, del tutto "nuove", potendo essere ricondotte alla previsione della l. n. 400/1988, comma 3, lett. b), che prevede che il Presidente del Consiglio, direttamente o conferendone delega ad un ministro, promuova e coordini l'azione del Governo «per quanto attiene ai rapporti con le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano e sovrintende all'attività dei commissari del Governo». In ogni caso, per ciò che specificamente concerne le direttive di protezione civile, queste trovano ora un'esplicita legittimazione in una fonte legislativa primaria<sup>73</sup>, ossia nel Codice. Pertanto sembra di poter escludere l'incostituzionalità e riconoscere, piuttosto, che nella materia della protezione civile le previsioni del Codice - sia quelle concernenti le ordinanze, sia quelle concernenti le direttive - siano espressione dei principi fondamentali della materia concorrente della protezione civile, la cui determinazione è riservata alla legislazione statale<sup>74</sup>.

### *7. Lo stato di mobilitazione, la proporzionalità e la sussidiarietà, fra necessità di coordinamento unitario e autonomia*

---

<sup>69</sup>In <http://www.protezionecivile.gov.it/amministrazione-trasparente/provvedimenti/-/content-view/filter/42368> ultimo accesso 9 marzo 2020.

<sup>70</sup> Come la direttiva sulla campagna anti-incendi boschivi 2019.

<sup>71</sup> Come la direttiva del 7 gennaio 2019 sul concorso dei medici delle ASL nei Centri Operativi Comunali ed Intercomunali, l'impiego degli infermieri ASL per l'assistenza alla popolazione e la Scheda SVEI per la valutazione delle esigenze immediate della popolazione assistita.

<sup>72</sup> Direttiva 1° aprile 2019.

<sup>73</sup> E. CATELANI, *Poteri e organizzazione del Governo*, cit., 108; ID, *Direttiva amministrativa*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, vol. III, 2006; cfr. anche F. MERUSI - M. CLARICH, *Direttiva*, in *Enc. giur.*, vol. XI, Roma, 1989; V. ANGIOLINI, *Direzione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, Torino, 1990.

<sup>74</sup> In questo senso Corte cost., sent. n. 284/2006 e n. 277/2008, che hanno dichiarato incostituzionali leggi regionali che intendano "neutralizzare" gli effetti prodotti da ordinanze d'urgenza emanate dai commissari di protezione civile, in quanto queste ultime sono espressione dei principi fondamentali della materia concorrente della protezione civile.

Ancora in tema di rapporti fra livello centrale di governo e quello regionale, sembra utile segnalare la novità rappresentata dal meccanismo della dichiarazione dello «stato di mobilitazione» di cui all'art. 23<sup>75</sup>. Si tratta di una modalità che permette all'ambito territoriale interessato dall'evento di mobilitare le sue risorse e di chiedere il concorso di quelle nazionali, ancor prima e anche a prescindere dalla dichiarazione dello stato di emergenza da parte del Consiglio dei ministri. In precedenza, infatti, quest'ultima era indispensabile per qualsiasi intervento del servizio nazionale.

Lo stato di mobilitazione può essere ora dichiarato «in occasione o in vista di eventi di cui all'articolo 7», ossia degli «eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che, in ragione della loro intensità o estensione, debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari» e, quindi, a prescindere dalla loro esatta identificazione come eventi di tipo a), b) oppure c). Tuttavia, ai sensi dell'art. 23, si deve trattare di eventi che, «per l'eccezionalità della situazione, possono manifestarsi con intensità tale da compromettere la vita, l'integrità fisica o beni di primaria importanza». In sostanza, se si prevedono precipitazioni eccezionali, si possono adesso mobilitare uomini e mezzi del servizio nazionale ancor prima delle probabili esondazioni. E così di fatto è avvenuto, almeno in un'occasione<sup>76</sup>.

Il decreto correttivo, a questo riguardo, ha specificato che, ai fini della richiesta di mobilitazione da parte del Presidente della Regione o della Provincia autonoma, occorre una dichiarazione dei medesimi enti sul pieno dispiegamento delle risorse territoriali disponibili, invece di una semplice *attestazione*. In secondo luogo, è previsto il coinvolgimento coordinato anche dei comuni o delle loro forme associative per supportare gli enti locali coinvolti<sup>77</sup>.

A differenza della dichiarazione d'emergenza nazionale, nel caso di dichiarazione di mobilitazione è il Presidente del Consiglio dei ministri con proprio decreto<sup>78</sup> ad adottare il relativo provvedimento<sup>79</sup>, anziché l'intero Governo. Anche in questo caso, quindi, si assiste ad un rafforzamento del ruolo specifico della Presidenza del Consiglio in materia di protezione civile, già constatato con riguardo al potere di ordinanza e alle direttive.

In ragione dell'evoluzione dell'evento e delle relative necessità, con ulteriore decreto verrà poi eventualmente disposta la cessazione dello stato di mobilitazione, oppure, al contrario, si procederà alla deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale. Il Capo del Dipartimento di protezione civile, da parte sua, cura il coordinamento del servizio nazionale a supporto delle autorità regionali e cura, altresì, «la ricognizione delle attività di natura straordinaria poste in essere dalle componenti e strutture operative interessate nel periodo di vigenza della dichiarazione, secondo procedure di rendicontazione». In seguito, infatti, se non viene dichiarata l'emergenza nazionale,

---

<sup>75</sup> Una procedura simile era già stata prevista, limitatamente ad alcune Regioni, dall'art. 3 del d.l. n. 245/2002.

<sup>76</sup> Cfr. ad es. il d.p.c.m. 28 maggio 2019, *Dichiarazione dello stato di mobilitazione del Servizio nazionale della protezione civile a causa degli eccezionali eventi meteorologici che interessano il territorio della Regione Emilia-Romagna a partire dal mese di maggio 2019, ai sensi dell'articolo 23, comma 1, del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1*; la situazione ha poi richiesto successivamente la dichiarazione dello stato di emergenza con Delibera del Consiglio dei ministri del 26 giugno 2019.

<sup>77</sup> D.lgs. 6 febbraio 2020, n. 4, cit., art. 14.

<sup>78</sup> D.p.c.m. da adottarsi su proposta del Capo del Dipartimento della protezione civile e su richiesta del Presidente della Regione o Provincia autonoma interessata che attesti il pieno dispiegamento delle risorse territoriali disponibili (art. 23, comma 1).

<sup>79</sup> Tale mobilitazione avviene mediante il coinvolgimento coordinato delle colonne mobili delle altre Regioni e Province autonome e del volontariato organizzato di protezione civile di cui all'articolo 32, nonché delle strutture operative nazionali di cui all'articolo 13, comma 1.

con atto unilaterale del Capo del Dipartimento di protezione civile, si possono riconoscere i costi sostenuti da parte di chi si è preventivamente attivato sulla base delle ricognizioni effettuate<sup>80</sup>.

La dichiarazione di mobilitazione sembra uno strumento interessante, conforme al principio di adeguatezza, funzionale alla prevenzione dei danni a persone o a beni. Si tratta fra l'altro di uno strumento "leggero", che non implica nomine di commissari né ordinanze in deroga. Si tratta, infine, di uno strumento ispirato al principio di sussidiarietà, tramite il quale il servizio nazionale viene in soccorso di quelli regionali o, comunque, degli ambiti territoriali locali, sulla base di una loro richiesta e a motivo della loro insufficienza, ma anche sulla base di una previa dichiarazione per cui le risorse territoriali sono state già tutte impiegate.

Quello fra l'autonomia e le «istanze unitarie»<sup>81</sup>, come si vede, è un *difficile equilibrio*, che interessa tutta la materia di competenza legislativa concorrente della protezione civile e, di conseguenza, la gestione stessa delle emergenze. Le tensioni fra il livello di governo centrale e quello regionale sorte in occasione dell'emergenza *Coronavirus* ne sono una riprova. Si sono confrontati punti di vista differenti in merito alla valutazione di alcuni rischi, e ciò proprio con riguardo alla «protezione civile», più ancora che con riguardo ad altre materie, come la «tutela della salute» o l'«istruzione»<sup>82</sup>. Non va infatti trascurato il dato per cui il primo atto della catena di provvedimenti adottati dal Governo è la citata dichiarazione dello stato di emergenza, il 31 gennaio 2020, ai sensi del Codice di protezione civile, una «materia», quest'ultima, che spesso e volentieri è assorbente.

Durante queste evenienze emergenziali e straordinarie, fra l'altro, più che di *legiferare* avendo come riferimento l'art. 117 Cost., si tratta di *governare* le situazioni attraverso un servizio «nazionale», le cui «componenti» sono lo Stato, le Regioni, le Province autonome di Trento e Bolzano e gli enti locali. In questa materia «concorrente», se da un lato il Codice prevede una pluralità di strumenti decisionali, oltre che di autorità<sup>83</sup>, dall'altro, a ben vedere, non individua regole per il conflitto. Né, forse, potrebbe farlo, perché le norme, generali ed astratte, si riferiscono ad eventi calamitosi senza distinguere fra terremoti, alluvioni o epidemie, e senza quindi poter disciplinare in modo particolareggiato le situazioni che possono venire a determinarsi fra i vari livelli di governo. In tutti questi casi, comunque, sono essenziali tanto il coordinamento e l'unità, quanto l'attenzione alle specifiche realtà territoriali<sup>84</sup>, agli *ambiti*, per riferirsi alla nomenclatura del Codice<sup>85</sup>. E, nell'ottica del diritto costituzionale, è quanto mai necessario raggiungere l'*equilibrio*,

---

<sup>80</sup> In particolare, «vengono assegnati contributi per il concorso alla copertura degli oneri finanziari sostenuti dalle componenti e strutture operative del Servizio nazionale mobilitate, ivi comprese quelle dei territori direttamente interessati, a valere sulle risorse finanziarie del Fondo per le emergenze nazionali» (art. 24, comma 3). Parallelamente, «le Regioni possono definire, con propria legge, provvedimenti con analoga finalità in relazione ad eventi di cui all'articolo 7, comma 1, lettera b), con oneri a carico dei propri bilanci», ossia degli eventi che per loro natura o estensione comportano «l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni, e debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo, disciplinati dalle Regioni e dalle Province autonome di Trento e di Bolzano nell'esercizio della rispettiva potestà legislativa».

<sup>81</sup> Secondo la formulazione della sent. della Corte cost. n. 303/2003.

<sup>82</sup> Il riferimento è all'ordinanza n. 1 del 25/02/2020 del Presidente della Regione Marche (che aumentava le misure per limitare la diffusione del contagio da Coronavirus disponendo, fra l'altro la chiusura delle scuole) impugnata dal Governo dinanzi al Tar marchigiano, il quale ne ha sospeso gli effetti con decreto 27/2/2020 (cfr. pure ordinanza del 4/3/2020 di accoglimento domanda cautelare), mancando il presupposto individuato dall'art. 1, comma 1, del d.l. n. 6 del 2020 che nella zona risulti «positiva almeno una persona» anche per la «rilevanza degli interessi in competizione», venendo in rilievo «misure pesantemente incidenti su diversi diritti e libertà costituzionali».

<sup>83</sup> Cfr. art. 3, 4, 5, 6 e 9 del Codice.

<sup>84</sup> Sulla «naturale responsabilità politica ed economica che lega (o dovrebbe legare) gli amministratori ai loro territori», da ultimo, A. POGGI, *Perché abbiamo bisogno delle Regioni*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 5/2020, editoriale 4 marzo 2020, VIII.

<sup>85</sup> Cfr. spec. l'art. 3, che formalizzata la possibilità di articolare le funzioni di protezione civile per «ambiti territoriali e organizzativi ottimali», individuati dalle Regioni nel rispetto dei principi di sussidiarietà ed adeguatezza. Sul punto V. PEPE, *op. cit.*, 222.

per quanto *difficile*, improntando tutti i comportamenti ai principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, secondo moduli procedurali ispirati alla leale collaborazione.

Altro tema, che non può approfondirsi in questa sede, è quello dell'opportunità che la materia della protezione civile sia di competenza *legislativa* statale, pur preservandone il carattere policentrico e la valorizzazione delle componenti locali<sup>86</sup>. Del resto, anche nell'assetto attuale (materia concorrente), stante l'emergenza Covid-19, i Presidenti delle Regioni non avrebbero potuto restringere le libertà costituzionali e derogare a svariate leggi, nei loro rispettivi territori, senza l'autorizzazione contenuta nella norma statale, ossia nel decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, art. 3, comma 2.

#### *8. L'ordinanza per il rientro nell'ordinario e il problema della ricostruzione e del ripristino*

Tornando al Codice, cruciale è la questione del ritorno alla normalità. In proposito sia il Codice, sia il decreto correttivo hanno introdotto alcune novità. Il quadro che ne deriva prevede ora che l'ordinanza di cui all'art. 26, per la gestione del rientro nell'ordinario, sia emanata almeno trenta giorni prima della scadenza dello stato di emergenza di rilievo nazionale. Inoltre, non si prevede più, come in passato, che con tale provvedimento si regoli il subentro dell'amministrazione pubblica competente, bensì che le funzioni commissariali di coordinamento degli interventi, conseguenti all'evento, pianificati e non ancora ultimati, siano proseguite dai medesimi in via ordinaria.

I commissari di protezione civile dovrebbero quindi gestire la continuità e il passaggio fra la fase emergenziale e quella post-emergenziale, ossia fra la fase di competenza della protezione civile, che è quella della messa in sicurezza, e quella ordinaria della ricostruzione o del «ripristino delle strutture e delle infrastrutture, pubbliche e private, danneggiate, nonché dei danni subiti dalle attività economiche e produttive, dai beni culturali e paesaggistici e dal patrimonio edilizio»<sup>87</sup>. Occorre tuttavia osservare che le ordinanze di protezione civile di cui all'art. 25 si occupano di fare la *ricognizione dei fabbisogni* per il ripristino suddetto e le ordinanze di cui all'art. 26 si occupano di *favorire il subentro delle amministrazioni ordinarie*. Ma né le une, né le altre vanno oltre.

Il decreto correttivo, da parte sua, ha previsto la possibilità di rimodulare il piano degli interventi entro il termine di scadenza della contabilità speciale, nei limiti delle risorse disponibili, previa approvazione del Capo del Dipartimento della protezione civile. È comunque necessario individuare espressamente, tramite l'ordinanza, l'autorità che gestisce appunto le contabilità speciali di cui al successivo art. 27, le quali possono essere mantenute per un periodo massimo di quarantotto mesi dalla data di deliberazione dei relativi stati di emergenza. A tale soggetto si attribuisce inoltre il potere di revocare gli interventi previsti dal piano degli interventi che non sono stati aggiudicati entro sei mesi dalla scadenza dello stato di emergenza, stabilendo, altresì, la possibilità di utilizzare le somme residue per la realizzazione di nuovi interventi, strettamente connessi al superamento della medesima emergenza.

Anche questo tipo di ordinanza può essere in deroga alla legge, in quanto il Codice assegna sei mesi per consentire eventuali disposizioni derogatorie in materia di affidamento di lavori pubblici e di acquisizione di beni e servizi, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle

---

<sup>86</sup> Indicativo, in questo senso, è l'art. 35 del d.l. del 2 marzo 2020, n. 9, denominato *Disposizioni in materia di ordinanze contingibili e urgenti*, che dispone che «a seguito dell'adozione delle misure statali di contenimento e gestione dell'emergenza epidemica da COVID-19 non possono essere adottate e, ove adottate sono inefficaci, le ordinanze sindacali contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza predetta in contrasto con le misure statali». La fonte primaria statale esprime in tal modo l'esigenza di coordinamento e unitarietà, fondamentale per l'efficacia delle azioni di protezione civile.

<sup>87</sup> Art. 25, comma 2, lett. e).



norme dell'Unione europea. Con le suddette ordinanze si permette inoltre di ridurre termini analiticamente individuati e rimodulare il piano degli interventi nei limiti delle risorse disponibili.

Può osservarsi, così, come il contesto in cui operano le ordinanze di cui all'art. 26 sia ancora straordinario, in quanto sono adottate un mese prima che scada l'emergenza (che, lo ricordiamo, è fissato dal Codice in un anno ed è prorogabile per un altro), in quanto vi è un'autorità chiamata a gestire per quattro anni le contabilità speciali e in quanto tali ordinanze possono ancora, per sei mesi, derogare le leggi. Occorre domandarsi, tuttavia, se sia sufficiente questo regime transitorio speciale per mettere in grado l'autorità competente in via ordinaria di procedere con la ricostruzione e/o con il ripristino.

### 9. Commissari di protezione civile e commissari del Governo della l. n. 400/1988. Serve un Codice per la ricostruzione?

In relazione alla domanda, va detto che il Codice presenta un limite intrinseco, per il fatto stesso di essere appunto una disciplina della protezione civile. A quest'ultima, come del resto in tutti gli ordinamenti, non sono attribuite funzioni di ricostruzione, restauro e reinserimento della popolazione nella vita economica e sociale. Alla protezione civile l'ordinamento affida la fase precedente (della prevenzione e della pianificazione), quella centrale (della gestione della crisi), ma non la fase successiva. Per cui anche la pur lodevole disciplina sull'anello di congiunzione fra la fase emergenziale e il rientro alla normalità, non sembra di per sé in grado di risolvere i ricorrenti problemi italiani, quelli che si manifestano con tanta evidenza al momento in cui tocca alle amministrazioni subentrare.

L'esperienza mostra, a questo riguardo, enormi difficoltà e inadempienze gravi, perché la ricostruzione e la riorganizzazione, invariabilmente, tardano, e le amministrazioni ordinarie non sono in grado di gestirle, anche a causa di ostacoli burocratici e mancanza di competenze professionali adeguate ad amministrare e, in particolare, ad elaborare progetti. Di fronte a ciò, le azioni di Governo si sostanziano, essenzialmente, nella *proroga della straordinarietà, della derogatorietà e perfino, paradossalmente, della temporaneità*. Ne è una riprova il recente «decreto sisma», d.l. 24 ottobre 2019, n. 123, recante *Disposizioni urgenti per l'accelerazione e il completamento delle ricostruzioni in corso nei territori colpiti da eventi sismici*<sup>88</sup>, il quale, all'art. 1, dispone la proroga fino al 31 dicembre 2020 dello stato d'emergenza dichiarato in conseguenza del sisma del 2016 che ha colpito i territori delle Regioni Lazio, Marche, Umbria e Abruzzo<sup>89</sup>. E ne è una riprova anche la stessa richiesta dell'Emilia-Romagna, nel dicembre 2019, volta ad ottenere dal Governo, per il sisma che ha avuto luogo nel 2012, la proroga dello stato di emergenza fino al 31 dicembre 2021.

Accade inoltre che gli interventi strutturali di protezione civile - anziché restare quegli interventi che, in attesa della ricostruzione, realizzano semplicemente alloggi migliori dei tendoni da campo - finiscano per risultare, impropriamente, quelli definitivi. Non a caso il Codice specifica che gli interventi di protezione civile da porre in essere con le ordinanze possano essere anche *strutturali*, ma volti alla riduzione del rischio residuo *strettamente connesso all'evento* nelle aree colpite dagli eventi calamitosi, e finalizzati *prioritariamente alla tutela della pubblica e privata incolumità*, anche se «in coerenza con gli strumenti di programmazione e pianificazione esistenti» (art. 25, comma 2, lett. d).

---

<sup>88</sup> Poi convertito nella l. n. 156/2019, in *G.U.* del 23 dicembre 2019.

<sup>89</sup> È significativo, con riguardo alla *proroga della temporaneità*, che una delle ordinanze adottate (l'ord. c.d.p.c. 19 dicembre 2019) presenti, fra i suoi contenuti, la disciplina della manutenzione, da parte dei Comuni e delle Regioni, delle strutture temporanee realizzate dalla protezione civile immediatamente dopo il sisma.

Le situazioni di stallo vengono così considerate dai Governi «casi straordinari di necessità e di urgenza», spesso *risolti* con la nomina di commissari straordinari per la ricostruzione. Questi ultimi, occorre notare, non sono propriamente commissari di protezione civile, bensì commissari di Governo di cui all'art. 11 della l. n. 400/1988 (anche se chiamati a coordinarsi con i commissari di protezione civile già nominati)<sup>90</sup>. Non mancano, inoltre, i commissari straordinari nominati per il dissesto idrogeologico (ora sono gli stessi Presidenti delle Regioni, con poteri e contabilità speciali), chiamati ad operare per mitigare i rischi, tutelare l'ambiente e prevenire le catastrofi<sup>91</sup>.

In ogni caso, mentre le *gestioni commissariali di protezione civile* trovano nella fonte primaria un limite temporale (anche se spesso finisce per essere ridefinito con decreto-legge), le *gestioni commissariali per la ricostruzione* trovano la loro unica fonte nel decreto di nomina del Consiglio dei ministri o, al più, nello specifico decreto-legge adottato per la ricostruzione di una certa area. Inoltre, se è vero che tali decreti frequentemente prevedono che il commissario riferisca al Presidente del Consiglio sul suo operato<sup>92</sup>, occorre riconoscere che questa indicazione non sembra un grande incentivo all'azione efficiente e rapida. Fra l'altro, considerando la breve durata dei governi italiani, è frequente che, come già rilevato, mentre la gestione commissariale per la ricostruzione perduri vari anni, il Presidente del Consiglio e/o il Governo nel frattempo mutino. Chi è dunque responsabile politicamente dei risultati o dell'assenza di risultati dei commissari di Governo?<sup>93</sup>

Sembra quindi di dover dirigere anche e soprattutto nei confronti delle figure commissariali per la ricostruzione le preoccupazioni espresse rispetto ai commissari di protezione civile<sup>94</sup>. Mentre infatti per questi ultimi vi è, almeno, la disciplina generale di riferimento costituita dal Codice, che tenta di evidenziare le responsabilità politiche del Presidente del Consiglio e del Governo, di arginare i tempi, di esigere che i commissari siano scelti fra coloro che sarebbero competenti in via ordinaria, senza compensi ulteriori, per i primi invece il quadro normativo attuale non esige granché.

Il Codice, in conclusione, è senz'altro apprezzabile per gli aspetti appena menzionati, oltre che per l'attenzione alla prevenzione e alla pianificazione<sup>95</sup>. Meno apprezzabile è la mancanza di sistematicità del Codice, l'implementazione degli strumenti di carattere para-normativo (come nel caso delle direttive del Presidente del Consiglio dei Ministri e delle ordinanze regionali) e

---

<sup>90</sup> Cfr. ad es. il d.p.r. del 9 agosto 2018, relativo alla nomina del Consigliere di Stato C. Schilardi a Commissario straordinario di Governo per la ricostruzione nei territori dei comuni di Casamicciola Terme, di Forio e di Lacco Ameno nell'isola di Ischia, che richiama appunto in premessa l'art. 11 della l. n. 400/1988 e richiede di raccordarsi e coordinarsi con il commissario delegato di protezione civile, nonché di riferire «direttamente al Presidente del Consiglio dei ministri sulle attività e sulle iniziative volte al raggiungimento degli obiettivi attribuiti». La nomina è stata poi reiterata con il d.l. n. 109/2018, che ha permesso, fra l'altro, l'apertura di una contabilità speciale.

<sup>91</sup> Cfr. il d.p.c.m. del 20 febbraio 2019 sul *Piano nazionale per la mitigazione del rischio idrogeologico, il ripristino e la tutela della risorsa ambientale* e la deliberaz. del 19 ottobre 2019 della Corte dei conti, Sez. centr. di controllo sulla gestione delle amm. dello Stato, in merito al *Fondo per la progettazione degli interventi contro il dissesto idrogeologico* (2016-2018). Si osserva, infatti, come il ricorso ripetuto alle gestioni commissariali in questo ambito, «sia conseguenza della difficoltà delle amministrazioni nazionali e locali di incardinare l'attività di tutela e prevenzione nelle funzioni ordinarie» (14); e come la trasformazione dell'istituto del commissariamento in mezzo ordinario di soluzione di problemi organizzativi non abbia prodotto risultati significativi. Anzi, «nel caso oggetto di questa indagine, l'analisi sulla gestione dei finanziamenti per il contrasto al dissesto idrogeologico, già a partire dalle esperienze commissariali precedenti all'istituzione del Fondo, conferma che le misure straordinarie e le deroghe delle norme non hanno garantito il raggiungimento degli obiettivi» (78).

<sup>92</sup> Anche perché, ex art. 11 della l. n. 400/1988, il Presidente del Consiglio è tenuto a riferire a sua volta alle Camere sulle attività del commissario straordinario.

<sup>93</sup> Cfr. delib. Corte dei conti, 31 ottobre 2019, cit., 96, che qualifica «necessario introdurre un sistema premiale per le amministrazioni virtuose e strumenti di individuazione delle responsabilità per l'inadempimento».

<sup>94</sup> V. per tutti F. SALVIA, *Il diritto amministrativo e l'emergenza*, cit., 97.

<sup>95</sup> Tuttavia, U. ALLEGRETTI, *Il Codice della protezione civile*, cit., § 4, denuncia la grave lacuna consistente nel non aver disposto, attraverso il Codice, la microzonazione del territorio italiano. Un compito che, tuttavia, richiede innanzitutto l'individuazione di cospicue risorse finanziarie a ciò dedicate.

l'impropria, esigente determinazione dei limiti e delle modalità delle ordinanze fin dal momento della dichiarazione d'emergenza, a fronte, invece, del poco "coraggio" rispetto ad una più esigente regolazione dei doveri dei commissari di protezione civile. Quel che invece non si può rimproverare né al Codice, né alla Protezione civile, sono i ritardi nella ricostruzione, di competenza delle amministrazioni ordinarie; le quali, tuttavia, come l'esperienza ha dimostrato a sufficienza, non sono in grado di farsene carico.

A questo riguardo occorre allora domandarsi se, anziché intervenire con decreti e decreti-legge, caso per caso, mano a mano che si presentano le difficoltà, o che si consolida l'inerzia, attraverso nomine di vari tipi di commissari dotati di strumenti derogatori<sup>96</sup> - che fra l'altro non hanno impedito che l'Italia subisse condanne pesanti da parte dell'UE<sup>97</sup> - non sia opportuno potenziare tanto il Ministero dell'ambiente, quanto le amministrazioni regionali e locali, di adeguate risorse umane, tecniche e amministrative<sup>98</sup>, in grado di gestire sia le problematiche legate ai rifiuti, sia i progetti di contrasto al dissesto idrogeologico, sia la ricostruzione. Quanto a quest'ultima, considerando che il Codice di protezione civile non se ne occupa (né gli competerebbe), che il problema tuttavia sussiste, e che i metodi sinora adottati non hanno portato a risultati soddisfacenti, occorrerebbe valutare l'ipotesi di un Codice della ricostruzione, condiviso con le Regioni e gli enti locali, in grado di disciplinare procedimenti amministrativi efficaci per la soluzione dell'annoso problema italiano.

---

<sup>96</sup> Sulla stratificazione, sulla contraddizione e sulla complicazione di talune ordinanze, lontane dall'obiettivo dell'efficienza che dovrebbe esserne la ragione, S. SPUNTARELLI, *Normatività ed efficienza del sistema delle ordinanze adottato in occasione della sequenza sismica di Amatrice, Norcia e Visso*, in *Costituzionalismo.it* ([www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it)), 3/2017, 34.

<sup>97</sup> Le discariche abusive e il mancato rispetto delle direttive comunitarie sullo smaltimento dei rifiuti, sui rifiuti pericolosi e sull'autorizzazione e gestione delle discariche (75/442, 91/689 e 1999/31) hanno comportato per l'Italia due pesanti condanne da parte della Corte di giustizia della Comunità europea, il 26 aprile 2007 (C- 135/05) e il 2 dicembre 2014 (C- 196/13), con conseguente pagamento di penalità semestrali di oltre 42 milioni di euro fino a completa esecuzione della sentenza.

<sup>98</sup> In questo senso sembra orientato anche U. ALLEGRETTI, *Il Codice della protezione civile*, cit., § 8, allorché afferma che nel Codice si sarebbe dovuto sottolineare maggiormente, soprattutto nel caso dei beni culturali, «la salvaguardia e il doveroso intervento dei poteri normali dei ministri e delle altre amministrazioni competenti e dei procedimenti di pianificazione e azione ordinaria». Più espressamente M. RICCI, *Il potere di ordinanza*, cit., 24 auspica il superamento di quei fattori di inefficienza dell'amministrazione, «in virtù dei quali quest'ultima non è in grado di operare in via ordinaria e si trova poi costretta a adottare misure di carattere emergenziale in situazioni che non avrebbero richiesto ciò».

EMMA A. IMPARATO

**Lo stato d'eccezione e forme normative nell'ordinamento italiano  
tra stato di diritto e sindacato di conformità**

SOMMARIO: Aspetti introduttivi. Lo stato di eccezione e la concezione “pluriregimentale”. – PARTE I. LO STATO DI ECCEZIONE INTERMEDIA. 1. Problematiche concettuali: eccezioni-in-ordinamento. – 1.1 Stato di diritto e stato di eccezione inversamente proporzionali – 2. Approcci definitivi: dallo stato di eccezione assoluta allo stato di eccezione intermedia. – 2.1 Il problema “quantitativo” della variazione e della permanenza dello stato di diritto. Una prima classificazione degli stati di eccezione intermedia. – PARTE II. LO STATO D'ECCEZIONE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO. 1. La problematica nominalistica/concettuale e il quadro costituzionale tra *Weimar*, Italia e Germania – 1.1 Gli stati di eccezione nel dibattito dell'Assemblea costituente. Il compromesso procedurale in luogo del limite sostanziale – 2. Il regime del decreto legge. – 3. L'enigma del potere di ordinanza. – 4. La dichiarazione di emergenza nel Codice della protezione civile. - 4.1. Il rispetto del principio di sovraordinazione tra fonti e sindacato di conformità. – 5 Alcune brevi conclusioni: il ritorno delle prerogative regie?

*Aspetti introduttivi. Lo stato di eccezione e la concezione “pluriregimentale”.*

Questo lavoro intende discutere, in una prospettiva critica, alcune tesi pure sostenute dalla dottrina giuspubblicistica italiana e a cui la situazione attuale della crisi sanitaria e del suo trattamento giuridico sembra conferire una rinnovata attualità.

In quest'ottica, partendosi dalla tesi schmittiana che lo vorrebbe come una struttura extragiuridica e paradossalmente fondatrice del diritto, si vuole specificamente porre in dubbio l'idea dello “stato di eccezione” quale ‘forma’ unica e monolitica.

Alla luce dei risultati esposti in una parte che potremo dire generale, l'obiettivo sarà quindi, in una parte seconda, quello di esaminare lo stato di eccezione nell'ordinamento giuridico italiano mettendo in discussione le tesi che lo vorrebbero non presente nella Carta costituzionale e che finiscono in definitiva, in alcune ipotesi in particolare, per considerare l'elenco delle forme normative (fonti) come “aperto” soprattutto laddove si autorizzano atti amministrativi con effetti legislativi e sottratti al sindacato di costituzionalità. Attenzione specifica meriterà infine anche la legge sulla protezione civile ritenuta conforme a Costituzione soprattutto a seguito della dichiarazione in tal senso della Corte costituzionale.

Si dimostrerà così, innanzitutto, che uno “stato di eccezione” in senso giuridico può esistere solamente nel quadro di un sistema vigente. Si porrà in tal modo in evidenza l'esistenza di tanti stati di eccezione quante sono la possibilità di derogare ad un'organizzazione costituzionalmente normale, secondo precisi parametri.

Secondo la concezione elaborata in questo scritto, lo stato di eccezione non andrebbe invero inteso come un fenomeno giuridico caratterizzato da un solo regime privo di gradualità<sup>1</sup>. L'assenza di una concezione ‘teorica’, per così dire “pluriregimentale”, basata su un criterio giuridico idoneo a distinguere gli stati cosiddetti eccezionali, deriva anche dal termine con cui si pone in generale in relazione lo stato di eccezione. Sebbene sempre più spesso sia oggetto di studi ed esaminato

---

<sup>1</sup> In senso più ampio su tale tesi sia consentito rinviare al mio, *L'eccezione nella regola. La sopravvivenza delle prerogative tra ordine pubblico e sicurezza nella transizione intra-costituzionale contemporanea*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2019, 1-347.

seguendo approcci diversi<sup>2</sup>, guardandosi soprattutto in rapporto dialettico con la tutela dei diritti dell'uomo, in molti casi si finisce per dare per acquisita la categoria giuridica<sup>3</sup>: questa è considerata solitamente secondo una concezione tradizionale che lascia emergere una visione unica dello stato di eccezione, perdendo così di vista l'eventuale gradualità del fenomeno giuridico. Diversamente accade se, invece, nell'ambito di un'analitica ricostruzione della problematica giuridica, si guarda allo stato di eccezione in relazione al generale stato di diritto preesistente (piuttosto che soltanto ai diritti): a fronte della compressione, di diverso grado, di quest'ultimo, conseguenza inevitabile dell'eccezionale alterazione della distribuzione delle funzioni (soprattutto di produzione normativa) e della transitoria limitazione di diritti fondamentali, sarà possibile classificare diversi tipi di stati di eccezione.

---

<sup>2</sup> Sul punto, secondo una attenta e approfondita lettura storico-comparata delle relazioni tra emergenze riconducibili a motivi di ordine pubblico – sia esso interno o internazionale - e diritti, v. l'interessante saggio G. BASCHERINI, *L'emergenza e i diritti. Un'ipotesi di lettura*, in *Riv. dir. cost.*, 2003, 3. Come conflitto tra valori si veda, invece, 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, 479. Dicotomico, negli stati emergenziale, è anche il rapporto libertà/sicurezza. La letteratura in proposito è molto vasta. *Ex plurimis*, in ordine per data di pubblicazione, v., E. DENNINGER, *Diritti dell'uomo e Legge Fondamentale*, ed.it., in C. Amirante (a cura di), Giappichelli, Torino 1998; T.E. FROSINI, *Diritto alla sicurezza e tutela delle libertà: un crinale sottile che esalta le democrazie*, in *Guida al diritto – Il Sole 24 ore*, n. 32, 2003, 5; A. BENAZZO, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Giappichelli, Torino 2004; CECCANTI S., *Le democrazie protette e semi-protette da eccezione a regola. Prima e dopo le Twin Towers*, Giappichelli, Torino 2004; V. BALDINI, *Sicurezza e libertà dello Stato di diritto in trasformazione: problematiche costituzionali delle discipline di lotta al terrorismo internazionale*, Giappichelli, Torino 2005; A. DI GIOVINE, *La protezione della democrazia fra libertà e sicurezza*, in A. Di Giovine, (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Giappichelli, Torino 2005; G. CERRINA FERRONI - G. MORBIDELLI, *La sicurezza un valore superprimario*, in *Percorsi costituzionali*, 1, 2008 (ora all'indirizzo <http://digital.casalini.it/2488991>); T. E. FROSINI, *Teoremi e problemi di diritto costituzionale*, Giuffrè, 2008; A. CARDONE, *La normalizzazione dell'emergenza*, cit.; PACE A., *Libertà e sicurezza. Cinquant'anni dopo*, in A. Torre (a cura di), *Costituzioni e sicurezza dello Stato*, Maggioli, Rimini, 2014, 544, ivi pure M. RUOTOLO, *Costituzione e sicurezza tra diritto e società*. Sulla difesa della democrazia e il caso delle epurazioni post-autoritarie, v., in particolare, A. Di Gregorio, *Epurazioni e protezione della democrazia. Esperienze e modelli di giustizia post-autoritaria*, Giuffrè, 2012, 38. Di recente, sull'impatto delle misure antiterrorismo sui diritti umani in alcuni ordinamenti, in chiave comparata, v. C. BASSU, *I diritti umani e le nuove sfide della sicurezza*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2017 nonché C. SBAILLO, *Carl Schmitt alla Casa Bianca. La dottrina Bush-Obama sullo stato di emergenza e i nuovi equilibri tra i poteri negli Stati Uniti*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)).

Per una sintesi sull'evoluzione del concetto di sicurezza. v. P.G. CALABRÒ, *Diritto alla sicurezza e crisi dello stato costituzionale. Saggio di Teoria e Filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2003, 82.

Più specificamente sui temi del terrorismo, all'indomani dell'11 settembre, per un primissimo commento, F. LANCHESTER, *Gli Stati Uniti e l'11 settembre 2001*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)) nonché P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Il Mulino, Bologna, 2006; T. Groppi (a cura di), *Democrazia e terrorismo. Diritti fondamentali e sicurezza dopo l'11 settembre 2001*, ES, 2006. Per un'attenta analisi comparata delle legislazioni di contrasto al terrorismo internazionale si rinvia a A. VEDASCHI, *À la guerre comme à la guerre? La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Giappichelli, Torino 2007; C. Bassu, *Terrorismo e costituzionalismo. Percorsi comparati*, Giappichelli, Torino 2010. Ancora, più in generale sul rapporto tra conflittualità internazionale e principi costituzionali, G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2004; P. CARNEVALE, *La costituzione va alla guerra? Raccolta di saggi in tema di rapporti fra guerra e Costituzione filtrati alla luce della prassi (anni 2002-2010)*, ES, 2013, soprattutto quanto al dissolversi della linea di demarcazione fra tempo di pace e tempo di guerra alla luce dell'ordinamento italiano. Si segnala, infine, non solo per l'interessante ricostruzione concettuale dell'emergenza (di tipo dualista ovvero *extra ordinem* e monista) ma anche per un'approfondita analisi della legislazione penale ed europea specificamente in materia di terrorismo, G. DE MINICO, *Costituzione, emergenza e terrorismo*, Jovene, Napoli, 2016.

<sup>3</sup> Secondo la teoria in particolare elaborata da C. SCHMITT, *La dittatura*, (*Die Diktature*, München-Leipzig, 1921), Settimo sigillo, a cura di A. Caracciolo, 2006. Un'altra ipotesi è quella che trova legittimazione dello stato di eccezione nello "stato di necessità", quale fatto normativo. V. in particolare, S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione* (1901), ora in *Id.*, *Scritti minori*, I, Giuffrè, Milano, 1950.

La nostra tesi è, dunque, quella secondo cui esisterebbero più tipi di eccezioni caratterizzati da diversi regimi differenziati in base al grado di concentrazione delle competenze, con più o meno esclusione del controllo democratico, nonché in considerazione della restrizione dello spazio delle libertà e del controllo giudiziario. Il problema della 'classificazione' degli stati eccezionali è stato peraltro chiaramente visto in Assemblea costituente, che ha voluto perciò concepire l'eccezione (intermedia) italiana soprattutto come normazione appannaggio dell'esecutivo con la previsione dello strumento del decreto legge.

Dal dibattito in Assemblea costituente, che sarà esaminato più ampiamente nel prosieguo, si perverrà così al punto critico delle fonti italiane ovvero delle forme normative nell'ordinamento italiano. Mancando un'esplicita indicazione costituzionale di diverso segno, il loro elenco non sembrerebbe affatto aperto, non rendendo perciò possibile configurare un'abilitazione a favore di norme derogatorie di leggi in senso forte, neanche nel caso degli stati di eccezione ed evidenziando, infine, non poche problematiche quanto ad alcuni aspetti della legge sulla protezione civile.

Operando, quale *condicio sine qua non*, all'interno della cornice costituzionale vigente, che pure prevede una transitoria contrazione – di diverso livello - dello stato di diritto vigente, lo stato eccezionale, qualunque esso sia (e l'assetto 'speciale' che ne deriva con la provvisoria deroga, insieme allo stato di diritto, ai principi di legalità e separazione dei poteri/competenze), può comportare un'alterazione momentanea della "normalità" costituzionale – intesa come regime generale - solo in ossequio alle disposizioni della Costituzione e alle leggi, queste ultime nel rispetto del principio del controllo di conformità.

## PARTE I

### LO STATO DI ECCEZIONE INTERMEDIA.

#### 1. Problematiche concettuali: eccezioni-in-ordinamento.

Lo stato di eccezione è qui inteso come un diritto eccezionale recante, secondo l'idea peraltro del diritto romano<sup>4</sup>, un regime speciale e derogatorio delle regole disciplinanti lo stato di diritto. Quest'ultimo, sia pure transitoriamente ristretto, è connesso, quale suo necessario presupposto, al primo – lo stato di eccezione - che viene proclamato, per i casi straordinari, a tutela dello stesso stato di diritto affinché possa essere ripristinato quanto prima<sup>5</sup>.

Per quanto possa essere limitato lo stato di diritto non potrebbe tuttavia mai completamente venir meno.

Le regole eccezionali, diversamente anche dal diritto particolare che non contribuisce alla completezza del sistema giuridico<sup>6</sup>, fanno parte dell'intero sistema integrandolo e non già ponendosi in sua rottura. Per dirla con l'efficace brocardo latino: *exceptio probat regulam in casibus non exceptis*.

---

<sup>4</sup> Lo *ius singulare*, affermatosi in particolare nel periodo classico, è inteso come diritto speciale rispetto allo *ius commune* - quale complesso di norme giuridiche ispirate da una *ratio* generale che trova applicazione in via generale - chiamato dalla dottrina anche *ius exceptionale* proprio in ragione del rapporto inscindibile con la regola generale e della sua natura eccezionale. In merito, P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, ristampa della 10 edizione, Giappichelli, Torino 1957, 15. Sull'idea del diritto eccezionale attuato allorché una specifica esigenza o '*utilitas*' suggerisce la "deviazione" dai principi fondamentali del diritto, A. RAVÀ, *Istituzioni di diritto privato*, Cedam, Padova, 1938, 26 nonché R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, Principato 1932,150.

<sup>5</sup> Sulla finalità di ripristinare lo stato di diritto preesistente v. anche A. DI GIOVINE, *Guerra e democrazia*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2003, XVI.

<sup>6</sup> Vedi per le differenze tra *ius singulare* e diritto particolare o *privilegium*, anche O. ROBLEDA, *Introduzione allo studio del diritto privato romano*, Università Gregoriana editrice, Roma, 1979, II ediz., 223.

La continuità con l'assetto ordinamentale preesistente deriva proprio da questo stesso assetto: la Carta costituzionale e/o le leggi ordinarie in conformità alla prima, possono contenere, aumentando la garanzia del ritorno alla "normalità" (ovvero allo stato di diritto preesistente), diverse disposizioni speciali - più o meno dettagliate - ma anche una sola norma. Seppure in presenza di un'unica disposizione che si limiti a conferire, al verificarsi di situazioni straordinarie - più o meno definite - il compito ad un organo chiamato a difendere l'ordine costituito, questo non viene mai completamente meno, trovando sospensione soltanto il regime generale e non l'intero sistema<sup>7</sup>, comprensivo delle stesse regole eccezionali. Insomma, anche in questo caso, tipico di uno stato di eccezione di massima estensione stante l'accentramento delle competenze in un'unica autorità che si mostra non soggetta a controlli (non venendo dettate norme a un grado più o meno superiore che, oltre ad abilitarla, pongano ad essa limiti a tutela dello stesso ordinamento), resta intatto il collegamento con l'ordine costituito sia pure ridotto al minimo. Durante l'intero periodo dell'esercizio del "potere straordinario", questa connessione è assicurata dalla norma derogatoria e quindi dalla finalità che il compito assegnato dalla norma stessa deve conseguire nel tempo necessario, non potendo la predetta autorità "far cosa che fosse in diminuzione dello Stato"<sup>8</sup>, pur in mancanza di strumenti normativi di garanzia quale è il 'controllo' inteso come limite a tutela dello stesso ordinamento.

A differenza di quanto pure sostenuto in definitiva nella tesi schmittiana<sup>9</sup>, un'eccezione presupponendo sempre la regola che ne disciplini le condizioni, in nessun caso potrà "sganciarsi" dal sistema e comportarne una rottura.

In quest'ottica una produzione di norme non collegabile al sistema di produzione normativo costituzionalmente vigente fino ad allora, se modificato dall'autorità stessa senza essersi fatto ricorso all'apposita procedura di revisione costituzionale<sup>10</sup>, non rientrerebbe nella fattispecie dello stato di eccezione. In assenza della norma parametro costituzionale, sia anche modificata, viene meno la possibilità di effettuare il controllo di conformità della norma primaria e a sua volta di quella secondaria, determinandosi una "discontinuità costituzionale"<sup>11</sup>: la regola prodotta senza revisione costituzionale non appartiene più al diritto ma è ad esso esterno, anzi in opposizione, mostrandosi in negazione dell'ordine giuridico.

---

<sup>7</sup> Che costituirebbe in tal caso una 'forma di manifestazione' particolare della rottura costituzionale. Così M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 1/2013, 4, in particolare laddove si osserva che rispetto alle tre nozioni di "rottura, deroga e sospensione pur sovente distinte dalla dottrina", è "più corretto ricostruire le ultime due come mere forme di manifestazione della prima".

<sup>8</sup> In questi termini, a proposito dell'istituto della dittatura commissaria affermatosi nel periodo romano della prima repubblica, v. N. MACCHIAVELLI, *Discorsi*, Lib. I, cap. XXXVI, come richiamato in una comparazione con il pensiero di Montesquieu, da E. LEVI MALVANO, *Montesquieu e Macchiavelli*, Honoré Champion, Paris, 1910, 55.

<sup>9</sup> V., in particolare, C. SCHMITT, *Teologia politica: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in G. Miglio - P. Schiera (a cura di), *Le categorie del 'politico*, Il Mulino, Bologna, 1972, (ed. or. 1922, trad. it. dell'edizione del 1934), 39 ss. Il punto chiave del suo ragionamento, che ci appare tuttavia poco chiaro e contraddittorio, è quello in cui si sostiene che l'autorità che si pone "al di fuori dell'ordinamento giuridico normalmente vigente" ma che al contempo "appartiene a esso poiché a lui tocca la competenza di decidere se la costituzione *in toto* possa essere sospesa" senza con ciò determinare l'anarchia o il caos, giacché "dal punto di vista giuridico esisterebbe ancora in esso un ordinamento, anche se non si tratta più di un ordinamento giuridico".

<sup>10</sup> Su questo punto e in particolare sul concetto di rivoluzione giuridica come conseguenza non solo di azioni violente contro il governo legittimo, di vasti movimenti di masse popolari come di piccoli gruppi di individui, ma anche di atti della stessa autorità al governo laddove adottati al di fuori della procedura di produzione costituzionalmente prevista, v. O. PFERSMANN, *Révolutions constitutionnelles imperceptibles et rétrospectives*, in *Filosofia dei Diritti Umani- Philosophy of Human Rights*, 45, 2016, 22.

<sup>11</sup> Cfr. O. PFERSMANN, *Révolutions constitutionnelles, analyses doctrinales et justifications jurisprudentielles*, in P. Charlot, C. Klein (a cura di), *Émergences de nouveaux modèles de démocratie constitutionnelle Afrique, Proche-Orient*, Collection Néo-rétro constitutionnalisme Paris Mare & Martin 2019, 29 e ss.

### *1.1. Stato di diritto e stato di eccezione inversamente proporzionali*

La nostra idea, quanto al rapporto tra stato di diritto e stato di eccezione, è invece quella di una relazione di connessione sia pure antitetica ed inversamente proporzionale laddove l'attuazione di uno stato di eccezione comporta inevitabilmente una restrizione, secondo una gradazione più o meno ampia in proporzione inversa al primo, dello stato di diritto: più estese sono le deroghe derivanti dallo stato di eccezione ai principi generali più nello stesso tempo l'operatività dello stato di diritto si contrae.

In questa concezione deve perciò permanere, anche a fronte di uno stato di eccezione di massima estensione, almeno quell'elemento essenziale, costitutivo dello stato di diritto a livello minimo, ovvero, la 'determinazione', in un grado più o meno elevato, delle norme giuridiche che lo compongono affinché non si lasci uno spazio molto ampio alla discrezionalità applicativa-esecutiva e in particolare qui al soggetto gestore dell'emergenza. Nella sua declinazione storica successiva di stato di diritto di tipo medio-garantista, a questo elemento, come conseguenziale applicazione dello stato di diritto minimo, deve aggiungersi poi un altro fattore teso a 'garantire' la permanenza dello stesso stato di diritto, vale a dire il 'controllo' inteso come la sottoposizione, nella più ampia misura possibile, a un sindacato di "conformità" delle norme prodotte in tale sistema. Il diritto, in quanto determinato e controllabile, richiederà a tal fine che possa trovare garanzie in un organo chiamato ad esprimere un giudizio di 'conformità' della norma rispetto alle esigenze espresse dalla norma superiore: derivazione logica è che tale valutazione perché sia il più possibile oggettiva, sia effettuata da un soggetto separato e indipendente da quello che ha prodotto la norma arrivandosi così al tipo 'forte' dello stato di diritto<sup>12</sup> che ben recepisce il principio della 'separazione dei poteri', caposaldo del costituzionalismo liberale, nonché il principio di legalità.

Se ragioni di intervento immediato spingono affinché sia l'organo governativo (e il suo apparato amministrativo) ad essere investito della responsabilità della gestione per la risoluzione tempestiva del fatto emergenziale, stante la sua straordinarietà ed urgenza, si attuerà un regime derogatorio delle regole ordinarie ovvero generali che si contraddistinguerà soprattutto per questo eccezionale 'slittamento' di competenze con una transitoria contrazione del principio di legalità e di quello della separazione del potere: insieme al tipo di stato di diritto, varierà allora anche il 'tipo' di stato di eccezione che può assumere diverse gradazioni a seconda del livello di accentramento delle funzioni e della riduzione degli spazi di controllo sia degli organi rappresentativi, sia di quelli giurisdizionali.

Negli ordinamenti dell'Europa occidentale caratterizzati dalla più forte estensione oggi nota di stato di diritto liberale quale è quello democratico, con una distribuzione precisa delle competenze e un controllo di conformità, l'affermazione ad esempio di uno stato d'eccezione di minima estensione comporterà la presenza, con la contestuale limitazione del complementare stato di diritto di tipo forte, di uno stato di diritto non più forte seppure "pressoché" tale. In questa ipotesi infatti lo stato d'eccezione che potremo dire 'debole' e, con questo, lo spostamento della competenza legislativa dall'unico soggetto che produce generalmente la norma a quello che generalmente la esegue, non fa venir meno il 'controllo' democratico né tantomeno quello giurisdizionale.

---

<sup>12</sup> Su questi punti nonché sui livelli di stato di diritto v. O. PFERSMANN, *Prolégomènes pour une théorie normativiste de "l'Etat de droit"*, in O. Jouanjan (a cura di), *Figures de l'Etat de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2001, 53 ss. Secondo l'A. non è possibile ritenere esistente uno "stato di diritto massimo" che dovrebbe prevedere ogni situazione possibile e non consentirebbe nessuna libertà. Per tale ragione gli ordinamenti scelgono una varietà di stato di diritto forte.



## 2. Approcci definatori: dallo stato di eccezione assoluta allo stato di eccezione intermedia.

Lo stato di eccezione, considerato come una modifica “temporanea” del sistema di produzione normativa, previsto da regole che ne determinano le condizioni, le modificazioni - con o senza procedure di controllo - e la procedura di ritorno al sistema normale, comporta in definitiva, unitamente alla deroga del principio della separazione dei poteri e di legalità, una compressione dello stato di diritto preesistente.

In un senso estremamente ampio, uno stato d’eccezione potrebbe dirsi allora tale allorché esso, per far fronte a situazioni più o meno individuate dalla costituzione, aventi caratteristiche straordinarie e imprevedute, comporti un transitorio spostamento di alcune competenze normalmente attribuite a determinati organi, di solito quello di rappresentanza parlamentare, a favore di altri e in generale dell’esecutivo, al contempo producendosi effetti più o meno restrittivi sul piano del controllo di conformità nonché in punto di tutela dei diritti garantiti dalla Costituzione.

L’elemento di immediata alterazione è qui quello relativo alla distribuzione delle competenze con conseguenti modifiche dell’equilibrio stabilito in generale tra organi costituzionali e del sotteso ordine costituito.

In questa prospettiva, il discorso si deve spostare allora dal dato potremo dire statico all’aspetto ‘dinamico’ del diritto, ossia all’esercizio del “potere” - inteso come il complesso delle funzioni e competenze - e con questo, alla sua “organizzazione” che fa capo al “soggetto” chiamato a decidere nella situazione di emergenza.

In dottrina si parla pure talora, riferendosi in particolare alla teoria schmittiana dello stato di eccezione, di “dittatura sovrana” allorché quel soggetto che decide sul diritto opera sganciandosi dai legami con l’ordine giuridico preesistente, andando così a porre *ex novo* un altro<sup>13</sup>. Avendo come presupposto l’inesistenza del diritto stesso non solo durante la decisione dell’autorità ma altresì prima, questa ipotesi non sembra tuttavia, a nostro avviso, potersi propriamente dire un’eccezione giuridica che, in quanto tale, deve invece in ogni caso restare legata al sistema giuridico previgente, integrandolo.

Questo ragionamento ci spinge allora a preferire il ricorso all’espressione “stato di eccezione intermedia”.

Per comprendere al meglio quest’ultimo concetto è opportuno distinguerlo dallo stato d’eccezione, potremo dire, ‘puro’ che merita qui perciò un ulteriore chiarimento.

Lo stato d’eccezione puro, definibile anche assoluto per sottolinearne l’illimitatezza, ovvero l’assenza di qualunque vincolo giuridico con norme che ne prevedano limiti (finalistici, temporali o di controllo), è in realtà un ossimoro: esso non solo non presuppone le regole generali ma evidenzia una totale soluzione di continuità con l’ordinamento preesistente nonché e soprattutto col diritto in generale non essendo nemmeno inscrivibile nell’ambito del giuridico. Lo stato d’eccezione, in questa visione, comportando una produzione di norma non ‘conforme’ al sistema costituzionale previgente, modificato dall’autorità secondo competenze e procedure non riconducibile allo stesso sistema - agendo dunque *ex facto* - determina sempre uno ‘sfondamento’ dell’ordine costituito. Venendo meno qualunque partecipazione e controllo dei destinatari delle norme, si finisce con l’instaurare, al di sopra del diritto, uno stato che a prescindere dalla denominazione impiegata, corrisponde concettualmente a quello dittatoriale e non già certo allo stato d’eccezione.

Lo stato d’eccezione che, in contrapposizione al primo, potremo invece dire “relativo” oppure anche “intermedio” volendosi sottolineare in quest’ultimo caso non solo il vincolo col sistema di

---

<sup>13</sup> Vedi l’interessante saggio di O. CHESSA, *Sovranità, potere costituente, Stato d’eccezione. Tre sfide per la teoria della norma di riconoscimento*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 791.

diritto preesistente ma anche la sua gradualità, non determina, a differenza dello stato d'eccezione assoluto, la rottura dell'ordine costituito, malgrado implichi diverse modifiche al regime normativo generale che lo deformano ma non già anche demoliscono *ab imis*<sup>14</sup>, presupponendo sempre una o più regole generali.

In altri termini, attraverso la fattispecie dello "stato d'eccezione intermedia", si legittima contestualmente il processo derogatorio delle regole generali e l'adozione di regole eccezionali intese come regole ascrivibili alla categoria di quelle di tipo specifico che, integrando il sistema normativo<sup>15</sup>, portano alla deviazione dal "normale", ovvero generale, funzionamento dei poteri pubblici costituzionali con eventuale restrizione del controllo anche giudiziario. Questo stato d'eccezione, connettendosi a eventi straordinari più o meno sostanzialmente previsti dall'ordinamento, comporta così la "sospensione" o, meglio ancora – ritenendo l'espressione più appropriata – la 'limitazione', parziale o quasi totale, di regole ordinarie vigenti per ripristinare lo stato di diritto di regola vigente.

In dottrina si parla pure in proposito, di "dittatura momentanea"<sup>16</sup> giacché l'autorità sarebbe tenuta ad intervenire in base all'assetto ordinamentale preesistente, in via temporanea, quale soggetto di una sorta di dittatura di tipo "commissaria", secondo l'istituto che trae origine nella Roma della prima repubblica allorché quello era chiamato ad operare, quale magistrato straordinario, 'soltanto' per far fronte a situazioni 'impreviste' tali da impedire il regolare funzionamento delle magistrature ordinarie. Anche in questa ipotesi, come è per il caso dell'eccezione assoluta, si deve rilevare tuttavia una certa assenza di coincidenza tra concetto teorico, denominazione impiegata e concetto dispositivo. Il *nomen* e la denominazione utilizzata non corrisponde alla sostanza del concetto.

Il soggetto che assume il controllo non è invero giuridicamente configurabile come 'dittatore' anche qualora si determini l'accentramento delle competenze (normative di primo grado oltre che esecutive) in un unico organo, mettendo fuori gioco l'intervento dell'autorità chiamata 'di norma' ad effettuare, in uno stato di diritto costituzionale, un controllo di conformità degli atti, siano essi amministrativi, legislativi o anche giurisdizionali e, infine, restringendo fortemente i diritti fondamentali. La democrazia, come partecipazione dei destinatari al processo di produzione normativo, ridotta momentaneamente al minimo, resta mediata dall'osservanza da parte dell'autorità delle competenze e procedure normate costituzionalmente e che pure gli attribuiscono le funzioni eccezionali.

### *2.1 Il problema "quantitativo" della variazione e della permanenza dello stato di diritto. Una prima classificazione degli stati di eccezione intermedia*

Il soggetto chiamato ad intervenire nelle situazioni emergenziali può agire con funzioni ad esso solo accordate quale quasi dittatore ma può anche accadere che non gli siano assegnate competenze esclusive. Questi può invero venire a svolgere funzioni che si rivelano, a seconda del grado di accentramento, più o meno condivise con altri organi mentre possono non restare esclusi i controlli, previsti dall'ordinamento stesso, da parte anche dei soggetti destinatari delle stesse norme.

---

<sup>14</sup> Cfr. R. BIN, *Democrazia e terrorismo*, in C. De Maglie e S. Seminara (a cura di), *Terrorismo internazionale e diritto penale*, Cedam, Padova, 2007, in part. 54.

<sup>15</sup> V., in questo senso, anche O. PFERSMANN, *Sur l'état d'urgence et la déchéance de nationalité*, in *Cités*, 2016, n. 66, 103.

<sup>16</sup> V. anche C. L. ROSSITER, *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*, Read Books, Routledge, London, 2013, 18.

Or dunque lo stato d'eccezione intermedio, secondo la tesi qui sostenuta, pone un problema di tipo "quantitativo": si tratta cioè di verificare quanto sia stata spostata la competenza, e quanto residui del controllo democratico nonché del controllo giurisdizionale. Si deve insomma accertare quanto permanga dello stato di diritto generalmente oggi, nei paesi europei occidentali, di tipo democratico. Da qui si arriva allora alla nostra tesi di una concezione dello stato d'eccezione intermedia "pluriregimentale". In altre parole, si ritiene che possano essere individuati diversi regimi eccezionali differenziati a seconda del grado di concentrazione delle competenze con più o meno esclusione del controllo democratico nonché in virtù della restrizione dello spazio delle libertà e del controllo giudiziario. Lo stato d'eccezione intermedia si declina così in più stati di eccezione intermedia<sup>17</sup>.

Secondo questa ipotesi, nel caso di eventi emergenziali, si possono andare via via delineando, partendosi dal regime normale ovvero generale e fino a quando non si arrivi alla rottura del sistema (finendosi così in qualcos'altro rispetto allo stato d'eccezione inquadrabile, in quanto tale, come dittatura pura), più regimi eccezionali quali quelli che vanno dallo stato di eccezione intermedio minimo ovvero di tipo "debole" con regime più liberale e democratico, passando per altri semi-democratici e semi dittatoriali, per arrivare, infine, come grado estremo e ultimo, a quelli stati d'eccezione massimi ossia di tipo "forte", caratterizzati da un regime autoritario.

Nel primo caso – il tipo debole – il sistema si modifica in uno stato di diritto meno liberale e democratico, giacché caratterizzato, con lo spostamento delle competenze in capo ad un organo diverso da quello normalmente investito, da restrizioni dei diritti e dal 'protagonismo' di un organo non rappresentativo dei cittadini. Non viene tuttavia meno il controllo di conformità. L'autorità dotata di competenze 'straordinarie' è soggetta a limitazioni e controlli, dovendo condividere con altri organi la sua decisione e, in qualche misura, anche la gestione relativa allo stato eccezionale. Restano invero le competenze in mano al Parlamento. Il principio di legalità come intervento del legislatore per vincolare l'attività amministrativa non viene completamente meno. Lo spostamento infine delle attribuzioni dal giudice agli organi amministrativi vede comunque i primi intervenire sia pure in un secondo momento.

Nel caso dello stato d'eccezione di tipo medio - nelle sottospecie semi-democratico e semi-dittatoriale - il sistema diventa invece decisamente meno di diritto giacché, con lo spostamento delle competenze in capo all'esecutivo, il sindacato di conformità diventa più complesso in particolare laddove l'attività amministrativa sembra svolgersi a prescindere da disposizioni legislative. In questa categoria il Parlamento non è tuttavia messo completamente fuori gioco, potendo intervenire nell'accertamento delle condizioni talora inizialmente, talaltra successivamente. Infine, quanto alle garanzie giudiziarie, quasi sempre è possibile proporre ricorso a tutela dei diritti individuali innanzi agli organi giudiziari.

Nell'ultimo caso – il tipo forte - il sistema, presentando tutte le restrizioni che si sviluppano negli stati d'eccezione precedenti (di tipo debole e medio), vede un irrigidimento esasperato: oltre alle trasformazioni presenti nel caso dello stato di eccezione intermedia di tipo debole e in quella di tipo medio, questa ipotesi si rivela anche scarsamente democratica, nel senso che i cittadini non partecipano più, attraverso i propri rappresentanti, al processo di produzione normativa pur restando il sistema democratico pregresso a cui la norma eccezionale appartiene.

Anche nello stato eccezionale con forte tendenza dittatoriale, il sistema giuridico non viene mai definitivamente meno.

In qualche rarissima ipotesi può trovare momentanea sospensione il regime generale, potendo risultare interrotto il regolare funzionamento dei poteri pubblici costituzionali – è questo il caso, tuttavia estremamente pericoloso quanto alla tenuta dell'ordine costituito, dell'art. 16 della

---

<sup>17</sup> Sia consentito in proposito, in termini più ampi, rinviare al mio, *L'eccezione nella regola*, cit., 71 e s.

Costituzione francese<sup>18</sup> - ma giammai il sistema costituzionale nella sua interezza. A quest'ultimo livello, immediatamente precedente allo stato dittatoriale assoluto, il sistema vede peraltro, oltre a un transitorio accentramento delle competenze, fortissime restrizioni dei diritti e scarsi meccanismi di tutela del sistema stesso che perciò rischia di non reggere il ritorno al regime normale preesistente.

Proprio per prevenire situazioni che possano, piuttosto che consentire il ripristino dello stato di diritto ordinario, agevolare il passaggio dalla sospensione del regime normale alla dissoluzione del legame con l'ordine costituito, alcune costituzioni europee di più recente elaborazione, figlie di sistemi autoritari, a tutela dello stesso sistema prevedono espressamente che il funzionamento degli organi costituzionali non possa essere interrotto.

A difesa dell'ordinamento costituzionale, rispetto a qualsiasi cambiamento che non sia conforme alle alterazioni di competenze previste dalla stessa carta costituzionale<sup>19</sup>, la costituzione portoghese ad esempio specifica espressamente che gli stati eccezionali, qualunque essi siano, "possono modificare la normalità costituzionale solo in conformità alle disposizioni della Costituzione e della legge, non potendo influire sull'applicazione delle norme costituzionali relative alla competenza e al funzionamento degli organi di sovranità e di autogoverno delle regioni autonome o ai diritti e alle immunità dei rispettivi titolari" (art. 19, comma 7, Cost. Portogallo). Mentre la Carta costituzionale della Spagna precisa che il funzionamento del Parlamento, "come quello degli altri Poteri costituzionali dello Stato, non potrà essere interrotto mentre sono in atto i suddetti stati" (116, comma 5, Cost. Spagna).

## Parte II

### LO STATO D'ECCEZIONE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

#### 1. *La problematica nominalistica/concettuale e il quadro costituzionale tra Weimar, Italia e Germania.*

In dottrina si suol in genere sostenere che la Costituzione italiana non contempla affatto lo stato di eccezione. Questa affermazione è tuttavia solo parzialmente corretta e soltanto in quanto si sostenga che nessuna disposizione costituzionale prevede uno stato specificamente denominato tale o stato di emergenza oppure, ancora, stato di allerta o altri termini simili. Dal punto di vista 'sostanziale', lo stato di eccezione è infatti ben disciplinato nella nostra Carta costituzionale. Qui, oltre allo stato di guerra - relativo ai conflitti extra-nazionale - e ai conseguenti "poteri necessari" attribuiti nella loro ampiezza - ben potendo comprendere, a seconda delle situazioni contingenti, anche il potere legislativo - dal Parlamento al Governo *ex art. 78 Cost.*<sup>20</sup>, si prevede anche un altro

---

<sup>18</sup> In maniera più ampia, per un quadro generale degli stati di "eccezione" nell'ordinamento francese e con analisi altresì dell'istituto di cui all'art. 16 Cost. nella sua elaborazione storica e ultime modiche costituzionali, si veda anche P. COSTANZO, *La "nuova" Costituzione della Francia*, Giappichelli, Torino 2009, 166. Sul modello organizzativo, alla luce della teoria dello stato di eccezione intermedio e relative criticità, si consenta ancora in rinvio al mio *L'eccezione nella regola*, cit., 217 e ss.

<sup>19</sup> Cfr. R. MATEU-ROS E CEREZO (1988). *Estados de alarma, excepción y sitio*, in AA Vv., *Gobierno y Administración en la Constitución*, I, Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 190.

<sup>20</sup> Sulla fattispecie limitata alla solo ipotesi di guerra e più, in generale, sui "poteri necessari" attribuiti dal Parlamento, nella loro ampiezza a seconda delle situazioni contingenti, al governo, v. Scudiero M., *Aspetti dei poteri necessari per lo stato di guerra*, Jovene, Napoli, 1969

stato eccezionale quale derivante nella sostanza dall'istituto della decretazione di "urgenza"<sup>21</sup> (art. 77, Cost.).

Si tratta allora di una mera problematica nominalistica/concettuale, ovvero, detto in altri termini, di un'assenza di coincidenza tra concetto teorico, denominazione impiegata nel testo normativo e concetto dispositivo.

Questo difetto di corrispondenza tra espressione formale e sostanza ha caratterizzato del resto anche la nota Costituzione di *Weimar*, pure richiamata spesso dalla dottrina a proposito dello stato di eccezione: nella famosa disposizione di cui all'art. 48 della Carta costituzionale del *Reich* tedesco del 1919, non si utilizza mai l'espressione "stato di eccezione" facendosi invece riferimento a nozioni quale, tra le altre, "misura" da intendere come concetto provvedimentale. Eppure, proprio questa Costituzione ha segnato decisamente il passo di diverse carte costituzionale.

In considerazione giustappunto delle drammatiche esperienze passate derivanti anche dalla costituzione weimariana i costituenti della fine della seconda guerra mostrarono, quanto alla disciplina di eventi eccezionali, quasi ovunque in Europa un atteggiamento particolarmente cauto e in particolare in Italia e Germania.

L'Assemblea costituente italiana optò, come meglio si vedrà, per un più o meno consapevole compromesso: volendosi evitare di introdurre in costituzione una disciplina specifica di stati espressamente denominati d'eccezione si finì per prevederne comunque il regime.

Una scelta non diversa sembra caratterizzare anche l'altra costituzione figlia del periodo post-bellico quale è la *Grundgesetz* tedesca.

Quest'ultima nel suo testo originario non disciplinava affatto uno stato d'eccezione formalmente tale laddove lo "stato di difesa"<sup>22</sup> come anche lo "stato di tensione"<sup>23</sup> furono introdotti solo in seguito negli anni '70 del secolo scorso. Nella sostanza, tuttavia, la legge fondamentale di Bonn

---

<sup>21</sup> In generale, si veda, A. CELOTTO, *Corte costituzionale ed eccesso di potere legislativo*, in *Giur. Cost.*, 1995; C. ESPOSITO, *Decreto legge*, in *Enc. dir.*, XI, 1962, Giuffrè, Milano, 1962, 831; L. PALADIN, *Art. 77*, in *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1979. Più di recente invece, *ex plurimis*: S. CECCANTI, *Decreti legge e decreti legislativi in Italia*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 2014; G. M. FLICK, *Decreto legge e legge di conversione nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 2014, n. 1; A. LO CALZO, *La Corte torna sulla materia dei decreti legge dopo la "svolta" della sentenza n. 22/2012: alcune considerazioni sulla sentenza n. 237/2013*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), Studi, 2014 (31.03.2014); F. MODUGNO, *Decretazione d'urgenza e giurisprudenza costituzionale. Una riflessione a ridosso della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 1/2014; A. SIMONCINI, *Dal decreto-legge alla legge di conversione: dal controllo potenziale al sindacato effettivo di costituzionalità*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 2014, n. 3.

<sup>22</sup> Introdotto con la 17ma legge di integrazione della Legge fondamentale del 24 giugno 1968, il *Verteidigungsfall* è puntualmente disciplinato all'art. 115 ad esso specificamente, come articolato in più disposizioni - ben undici, dall'art. 115a sino all'art. 115l - relativo a diversi aspetti sostanziali e procedurali posti pure a garanzia del permanere degli organi costituzionali e del loro normale esercizio delle funzioni. Qui ben si puntualizza infatti che finché dura lo stato di difesa "è escluso lo scioglimento del *Bundestag*" (115h, comma 3) mentre, ancora a garanzia della continuità degli organi legislativi, il *Bundestag* ma anche "le rappresentanze popolari dei *Länder*" - anche qualora terminino il proprio mandato durante lo stato di difesa - sono soggetti a proroga 'automatica', senza che debba intervenire alcuna procedura in tal senso, di "sei mesi dopo la cessazione dello stato di difesa"<sup>22</sup> (art. 115l, Cost.). Ruolo fondamentale è accordato peraltro al *Bundestag* che non solo deve intervenire in via preventiva per constatare, su richiesta del Governo federale, l'aggressione armata (o la sua imminenza) al territorio federale, ma può in ogni tempo, con una deliberazione approvata anche dal *Bundesrat* e poi promulgata dal Presidente federale, dichiarare la cessazione dello stato di difesa (art. 115l, comma 2).

<sup>23</sup> Peraltro con la legge di revisione costituzionale, 24 giugno 1968, venne introdotto oltre allo "stato di tensione" di cui all'art. 80a in materia di difesa, ivi compresa la protezione della popolazione civile, una disciplina di mutuo soccorso eccezionale all'art. 35, comma 2 (successivamente modificato dalla legge del 29 luglio 1972, l. 1305) relativo ai casi della catastrofe naturale o del disastro, che non sembra stabilire limitazioni dei diritti (sia anche al fine di "mantenere o ristabilire la pubblica sicurezza e l'ordine pubblico"), oltre ad ulteriori disposizioni tese a limitare specifiche situazioni giuridiche soggettive quali il diritto alla riservatezza della corrispondenza (in particolare al comma 2 dell'art. 10, come modificato).

sembrava comunque stabilire casi eccezionali - soggetti pertanto a riserva di legge di tipo relativa - in cui erano ben possibili interventi e restrizioni fuori dalle generali garanzie giudiziarie pure ivi disciplinate<sup>24</sup> sia anche limitatamente al caso specifico del diritto al domicilio: oltre che per ipotesi singole (in particolare per il "pericolo di vita per singoli individui"), al fine di "prevenire pericoli imminenti per la sicurezza e l'ordine pubblico e, in particolare, per ovviare alla necessità di spazio, per combattere il pericolo di epidemie o per proteggere la gioventù in pericolo"(art. 13, comma 3) si riconobbe il potere all'autorità<sup>25</sup> di porre limitazioni al diritto fondamentale di domicilio, peraltro consentendo anche successivamente, a seguito di revisione costituzionale, di installare, alla luce delle nuove tecnologie, invasivi strumenti di controllo quali quelli di sorveglianza acustica<sup>26</sup> (a tutela sempre della sicurezza, divenuta nel frattempo "pubblica"<sup>27</sup> cui si aggiunse il "pericolo collettivo o per la vita" in sostituzione dell'ordine pubblico<sup>28</sup>).

Anche qui l'atteggiamento prudente e compromissorio che portò i costituenti a non introdurre istituti specifici dello stato d'eccezione che potessero comportare la restrizione in via generale dei diritti fu condizionato soprattutto degli eventi storici legati al Terzo *Reich* (che pure videro lo stato tedesco perpetrare abusi rispetto a diverse libertà), spingendoli di contro ad affermare nella *Grundgesetz* una concezione si potrebbe dire di tipo giusnaturalistica dei diritti fondamentali, quali

---

<sup>24</sup> Se nel testo originario, come peraltro anche nella versione attuale invariata in questa parte anche a seguito della legge di revisione del 26 marzo 1998 che ha modificato il comma 3 e introdotto i comma 4 e 5, dell'art. 13 si stabiliva al comma 1 che il "domicilio è inviolabile", al secondo comma, ponendosi la cosiddetta riserva di giurisdizione si prescrive che le "perquisizioni possono essere ordinate soltanto dal giudice" successiva a quella ordinata da altri organi previsti dalle leggi "solo ove dal ritardo scaturisca pericolo (...)".

<sup>25</sup> Al comma 6 dell'art. 13 GG, introdotto successivamente con la succitata legge di modifica costituzionale del 1998, è il Governo federale, tuttavia responsabile del suo operato di fronte al *Bundestag* che esercita un controllo attraverso una propria commissione, ha adottare le misure restrittive ("Il Governo federale informa annualmente il Bundestag in merito sull'utilizzazione di meccanismi tecnici ai sensi del comma 3, nonché ai sensi del comma 4, nell'ambito di competenza della federazione, e del comma 5, quando sia necessario un controllo giudiziario. Sulla base di tale relazione, una commissione eletta dal Bundestag esercita il controllo parlamentare. I Länder assicurano un controllo parlamentare equivalente").

<sup>26</sup> Il disposto successivamente modificato con legge del 26 marzo 1998, divenendo peraltro quarto comma, stabilisce invero che: "Al fine di prevenire pericoli imminenti per la sicurezza pubblica e in particolare un pericolo collettivo o per la vita, i meccanismi tecnici di sorveglianza acustica delle abitazioni possono essere impiegati solo in base ad una ordinanza dell'autorità giudiziaria. Qualora dal ritardo scaturisca un pericolo, il provvedimento può essere emesso anche da un'altra autorità, stabilita dalla legge, nel qual caso va senza senza indugio convalidato da una decisione giudiziaria".

<sup>27</sup> La sicurezza viene ad acquistare, specificamente in questo caso, il valore di controllo sociale e di tutela preventiva tesa a un'ampia prevenzione dei pericoli. Invero i precedenti anni '70 e '80 furono caratterizzati dal fenomeno degli attentati terroristici, presenti peraltro anche in Italia, videro l'adozione di una serie di leggi antiterroristiche (denominate "*Lex RAF*" giacché emesse con particolare riferimento alla Frazione dell'Armata Rossa *RAF-Rote Armee Fraktion*) che imposero forti restrizioni di alcuni diritti fondamentali e che pure furono ritenute conformi alla legge fondamentale dal Tribunale costituzionale federale tedesco. Per una ricognizione e ampia analisi della legislazione terroristica in Germania a partire dagli anni 1970-1980 si rinvia a P. H. SCHULTE, *Terrorismus und Anti-Terrorismus-Gesetzgebung*, Waxmann, Münster, 2008.

<sup>28</sup> In realtà il riferimento a tale concetto e in parte alle 'condizioni' previste nel testo originario al comma 3 sono recuperate e trasferite nel comma 7, pure successivamente introdotto con la legge del 1998, laddove si sancisce che: "Altre intromissioni e restrizioni possono essere adottate solo al fine di allontanare un pericolo collettivo o un, pericolo per la vita di singole persone, nonché, sulla base di un atto legislativo, al fine di impedire pericoli imminenti per la sicurezza e l'ordine pubblico, in particolare per far fronte alla penuria di alloggi, contrastare la diffusione di epidemie o proteggere la gioventù in stato di pericolo".

valori “superpositivi”<sup>29</sup>, assoluti e “duraturi”<sup>30</sup>, a partire dal diritto all’inviolabilità della dignità umana<sup>31</sup> (art. 1 GG), da diritto al libero sviluppo della personalità (art. 2 GG) e dal principio di eguaglianza (art. 3 GG) per giungere alla maggior parte dei diritti riconducibili nell’elenco di cui agli artt. 4-19 GG. L’azione statale considerata soggetta a limitazione innanzitutto rispetto alle stesse situazioni giuridiche soggettive, ritenute anteriori allo Stato, non poteva essere intesa in modo da porsi al di sopra dei diritti fondamentali<sup>32</sup>, portando ad escludere perciò l’introduzione di una clausola eccezionale restrittiva dei diritti in generale<sup>33</sup> come pure fu proposta inizialmente, nel progetto della Convenzione costituzionale di *Herrenchiemsee* e poi esclusa.

Nel testo tedesco, come anche nella carta costituzionale italiana, elaborate sulle ceneri della Seconda guerra mondiale la forte preoccupazione appare prevalentemente quella di preservare l’assetto ordinamentale appena costituito quale poteva essere garantito solo dall’osservanza di procedure costituzionali rigidamente previste, con esclusione o quantomeno limitazione di qualsiasi strumento eccezionale generale che accordando un più ‘elastico’ spazio di manovra, potesse consentire la ‘sospensione’, con i diritti, del regime costituzionale stesso determinandosi per tale via una ‘rottura costituzionale’ e l’eventuale reinstaurazione di regimi autoritari.

### 1.1. *Gli stati di eccezione nel dibattito dell’Assemblea costituente. Il compromesso procedurale in luogo del limite sostanziale.*

Il ricordo ancora vivo dei tristi eventi di guerra e soprattutto delle vicende che li determinarono, comprese quelle legate alla Costituzione di *Weimar* e al suo art. 48, spinse i Costituenti italiani ad adottare soluzioni compromissorie.

In più occasioni, nei lunghi e talora animati dibattiti, emersero forti dubbi e preoccupazioni per l’inserimento di una norma specifica riguardante lo stato d’eccezione che avrebbe potuto aprire la porta a situazioni eccezionali non ben definite e così far degenerare il sistema in situazioni dittatoriali, in particolare laddove quelle situazioni avrebbe potuto comportare un’arbitraria

---

<sup>29</sup> Ancor più della dottrina è la giurisprudenza dell’immediato dopoguerra a considerare i diritti dell’uomo e i diritti fondamentali come “valori fondamentali”. In particolare, è la Corte costituzionale federale in una delle sue prime sentenze laddove si dichiarava al punto 27: “La Corte costituzionale federale riconosce l’esistenza di una legge sovrappositiva, che vincola anche la legislazione costituzionale, ed è competente a ricorrere a questo diritto come parametro della legge che è stata stabilita”. BVerfGE, 23 ottobre 1951 - 2 BvG 1/51 SRP-Verbot.

<sup>30</sup> Ancora, BVerfGE 1/51, cit. in part. al punto 37 dove si afferma che i diritti fondamentali “valori fondamentali, duraturi dello stato nella sua unità”. Sulla sentenza e in particolare sulla concezione della democrazia v. anche E. W. BÖCKENFÖRDE, *Stato, costituzione, democrazia: studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, in *Stato, Costituzione, democrazia*, a cura di M. Nicoletti e O. Brino, Giuffrè, Milano, 2006, 426 ss.

<sup>31</sup> Quasi tutte le interpretazioni dottrinali della dignità umana risentono di una forte ispirazione filosofica ricavata, in molti casi, dall’idealismo kantiano. V., in particolare, tra i primi, W. WERTENBRUCH *Grundgesetz und Menschenwürde. (Ein kritischer Beitrag zur Verfassungswirklichkeit)*, Heymann, Köln, 1958, 24 e ss., come richiamato da C. AMIRANTE C., *Diritti fondamentali e sistema costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca*, Lerici, Roma, 1980, 4 e ss.

<sup>32</sup> Secondo il primo comma dell’art. 1: “La dignità dell’uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla”. Si rinvia, in proposito e più in generale sulla libertà e diritti fondato su un “principio non delimitato” soprattutto quanto alla libertà religiosa, a E.W. BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, 285.

<sup>33</sup> In verità già nel 1956 fu aggiunto un nuovo articolo (il 17A, denominato specificamente “Limitazioni recate ad alcuni diritti fondamentali da leggi relative alla difesa ed al servizio sostitutivo”) che pure prevede restrizioni di diritti fondamentali in nome della difesa e della tutela della popolazione in particolare laddove si sancisce che “Le leggi che regolano la difesa, ivi compresa la protezione della popolazione civile, possono stabilire limitazioni ai diritti fondamentali della libertà di circolazione e di residenza (articolo 11) e dell’inviolabilità del domicilio (articolo 13)” (comma 2, art. 17A, GG).

“sospensione” dei diritti fondamentali<sup>34</sup>, peraltro pure inizialmente prevista, sull'esempio dichiaratamente francese, per il caso di ‘pericolo’<sup>35</sup> dello Stato.

Sebbene qualche autorevole voce fosse favorevole all'introduzione dello stato di eccezione almeno nella forma dello stato di assedio<sup>36</sup>, ritenendo la sua costituzionalizzazione necessaria al fine di evitare l'arbitrio e quindi le “conseguenze gravissime” che sarebbero derivate dalla sua assenza qualora non vi si sarebbe potuto ricorrere pur presentandosene una “assoluta necessità”<sup>37</sup>, in ultimo prevalse un atteggiamento ostile dettato dal timore che, attraverso l'introduzione di un “ordinamento di eccezione” in sostituzione del “normale ordinamento costituzionale”, si potesse arrivare “alla soppressione totale di tutte le libertà costituzionali, di tutte le garanzie”<sup>38</sup>.

Malgrado si ritenesse il Governo “il solo organo in grado di valutare l'eccezionale situazione del Paese”<sup>39</sup>, in ragione della preoccupazione dell'accentramento del potere in capo ad esso e delle limitazioni dell'esercizio dei diritti quale peraltro derivò dalla “unica Costituzione” che parlava di stato d'eccezione — quella di *Weimar* — che pure spianò “la via alla dittatura”<sup>40</sup>, si preferì alla fine non solo non introdurre lo stato di assedio<sup>41</sup> ma neanche altri stati d'eccezione sia esso denominato “stato di pericolo della Repubblica”, formula ritenuta troppo vaga, oppure “necessità di difesa”<sup>42</sup>.

---

<sup>34</sup> Sulle ragioni dell'esclusione dalla nostra Costituzione di situazioni eccezionali si rinvia alla lettura dei lavori preparatori dell'Assemblea costituente, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, Camera dei deputati (a cura di), Roma, 1970. In dottrina, v. anche P. Cappellini, A. Cardone, *Le sorti dell'eccezione nell'esperienza costituzionale italiana. Stato democratico pluralista e poteri extra ordinem*, in A. Ruggeri (a cura di), *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Giappichelli, Torino 2016, 399.

<sup>35</sup> La disposizione proposta in origine recitava: “L'esercizio dei diritti assicurati dalla presente Costituzione non può essere sospeso. Tuttavia, allorché la Repubblica è proclamata in pericolo tali diritti possono essere sospesi entro i limiti e con le forme stabilite per legge. Questo provvedimento non potrà essere preso per un periodo di tempo superiore a sei mesi; esso potrà essere rinnovato, nelle medesime forme. Chiunque ne avrà abusato per arrecare arbitrariamente pregiudizio ai diritti materiali o morali altrui, assumerà personale responsabilità. Al termine del periodo di emergenza chiunque si riterrà arbitrariamente leso nella persona, o nei beni potrà reclamare riparazione morale o materiale avanti ai tribunali”.

<sup>36</sup> Favorevole all'introduzione in Costituzione dello stato d'eccezione fu Costantino Mortati, ritenendo solo in tal modo possibile “mantenere anche nei casi di emergenza alcune garanzie formali proprie dello Stato di diritto (o, in altri termini, di attenuare al massimo il distacco fra costituzione formale e costituzione reale)”: C. MORTATI, *Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, in *Enc. dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, 194. Per un commento della posizione di Mortati, v. L. CARLASSARE, *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati*, in AA. VV., *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1990, 479 nonché G. DE VERGOTTINI, *Necessità, costituzione materiale e disciplina dell'emergenza: in margine al pensiero di Costantino Mortati*, in *Dir. e soc.*, 1994, n. 2, 217.

<sup>37</sup> C. Mortati, Prima Sezione della Seconda sottocommissione della Commissione per la Costituzione. Seduta dell'11 gennaio 1947. In merito, anche, *Le sorti dell'eccezione nell'esperienza costituzionale italiana*, cit.

<sup>38</sup> Così il deputato G. Dossetti, nel corso della discussione della prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione tenuta il 2 ottobre 1946, reperibile online all'indirizzo: [nascitacostituzione.it](https://www.nascitacostituzione.it).

<sup>39</sup> Cfr. A. Crispo, Assemblea Costituente. Seduta generale tenuta il 26 marzo 1947.

<sup>40</sup> In questi termini, V. La Rocca nella discussione della Prima sezione della seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione. Seduta dell'11 gennaio 1947, in *La nascita della Costituzione* (<https://www.nascitacostituzione.it/index.htm>), a cura di F. Calzaretti

<sup>41</sup> La norma originariamente proposta fu poi modificata e riformulata secondo quanto segue: «Il Presidente della Repubblica, su proposta del Primo Ministro e consultati i Presidenti delle due Camere, può, in caso eccezionale, decretare lo stato d'assedio. Il decreto relativo dovrà essere presentato per la ratifica alle Camere immediatamente convocate».

<sup>42</sup> L'articolo proposto da A. Crispo ma poi lasciato cadere recitava in particolare: “L'esercizio dei diritti di libertà può essere limitato o sospeso per necessità di difesa, determinate dal tempo o dallo stato di guerra, nonché per motivi di ordine pubblico, durante lo stato di assedio. Nei casi suddetti, le Camere, anche se sciolte, saranno immediatamente convocate per ratificare o respingere la proclamazione dello stato di assedio e i provvedimenti relativi”: Assemblea costituente. Seduta pomeridiana tenuta il 16 ottobre 1947.



Alla 'classificazione' formale degli stati d'eccezione, in più occasioni detti anche "stati di necessità", operata in virtù degli istituti sostanzialmente richiamati e disciplinati, si preferì allora l'introduzione di una "forma di legislazione di urgenza"<sup>43</sup> quale fu considerato il decreto legge pure nel progetto iniziale, dopo lunga e attenta discussione in Seconda Sottocommissione, addirittura espressamente vietato<sup>44</sup> in ragione dell'abuso fattone nella storia parlamentare passata e infine, nel testo presentato all'Assemblea generale, solamente escluso. Persino chi aveva ritenuto necessaria la costituzionalizzazione dello stato d'assedio mostrò invero un atteggiamento fortemente oppositivo rispetto all'introduzione in costituzione del decreto legge e alla sua capacità di produrre norme di rango primario, stante il timore che esso avrebbe potuto ingenerare "da una parte la tentazione da parte del Governo di abusarne per la più rapida realizzazione dei fini della sua politica; dall'altra parte (...) eccita la condiscendenza del Parlamento, il quale tende a scaricarsi dei compiti di sua spettanza"<sup>45</sup>.

Se alla fine si tornò perciò alla soluzione del decreto legge in luogo dello stato di eccezione fu proprio perché questo, pur rispondendo alle medesime esigenze degli stati di necessità, appariva uno strumento teso non tanto a introdurre regimi speciali quanto una distribuzione più rapida del lavoro legislativo tra governo e parlamento, sindacabile da un'autorità terza come era la Corte costituzionale.

Il problema della coincidenza tra concetto teorico, denominazione e disposto normativo restava ed era anche visibile agli occhi degli stessi costituenti che pure lucidamente sottolinearono di giungere alla sua introduzione seguendo un preciso "iter di ragionamento"<sup>46</sup> potremo dire *ad excludendum*, come via compromissoria: non potendosi ignorare l'esistenza dello stato di necessità, considerato, anche quando privo di "veste di istituto giuridico", un "principio generale di diritto" generalmente accolto ma non volendovi dedicare una specifica disposizione che espressamente lo nominasse, nè lasciarlo senza previsione – sottraendolo così al controllo giudiziario<sup>47</sup> - si optò per il decreto legge quale *extrema ratio* che seppure consentiva l'esercizio straordinario della funzione legislativa del governo in caso di necessità e urgenza<sup>48</sup>, si mostrava in grado di essere sottoposto a "limiti più rigorosi" e più efficaci<sup>49</sup>, soggetti a valutazione dello stesso Parlamento, in maniera

---

<sup>43</sup> Così P. Calamandrei, Assemblea costituente, seduta del 4 marzo 1947, laddove si inizia la discussione del progetto di Costituzione della Repubblica italiana.

<sup>44</sup> La formula proposta fu precisamente: "non è consentita la decretazione di urgenza da parte del Governo". Vedi, in particolare, Seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione. Seduta del 20 settembre 1946, allorché si discute per la prima volta la questione della decretazione d'urgenza, contestualmente alla formulazione dell'articolo riguardante l'elezione della Camera dei Deputati.

<sup>45</sup> C. Mortati, Assemblea costituente, seduta pomeridiana tenuta il 18 settembre 1947.

<sup>46</sup> Così M. Ruini, Assemblea costituente. Seduta generale tenuta il 17 ottobre 1947.

<sup>47</sup> Su questo punto e sulla necessità come "fonte autonoma di diritto", non disciplinata è lucido il ragionamento di C. Mortati: "(...) anche ammesso che la necessità si possa invocare come fonte, bisognerebbe dimostrare che l'organo abilitato ad accertare l'esistenza della necessità, nei singoli casi, possa essere il potere giudiziario. Evidentemente, non si può giungere a questa conclusione, perché quando parliamo di necessità come fonte non ci riferiamo ad una necessità astratta, ci riferiamo a quella che giustamente è stata chiamata istituzionale, cioè inerente ai fini dell'istituzione dello Stato, da valutare in un determinato momento, in una determinata contingenza politica. Evidentemente questa necessità relativa a certi fini politici non può essere accertata dall'autorità giudiziaria, la quale non può perciò invocarla né presumerla esistente. L'autorità giudiziaria deve quindi negare validità al provvedimento legislativo del Governo che la pongesse a suo fondamento". Cfr. C. Mortati, Assemblea costituente, seduta pomeridiana tenuta il 18 settembre 1947.

<sup>48</sup> In tal senso ancora P. Calamandrei, Assemblea costituente, seduta del 4 marzo 1947, cit. Osserva infatti il Costituente, prendendo atto dell'esclusione del decreto-legge, che "potrà avvenire che si verifichi la necessità e l'urgenza, di fronte alla quale il normale procedimento legislativo non sarà sufficiente: il terremoto, l'eruzione di un vulcano. Credete che si possa mettere nella Costituzione un articolo il quale dica che sono vietati i terremoti? Se non si può mettere un articolo di questa natura, bisognerà pure prevedere la possibilità di questi cataclismi e disporre una forma di legislazione di urgenza, che è più provvido disciplinare e limitare piuttosto che ignorarla".

<sup>49</sup> Cfr. M. Ruini, Assemblea costituente, seduta del 17 ottobre 1947

esplicita o implicita, nonché della Corte costituzionale. È d'altronde proprio questo aspetto dei limiti una della ragione che spinse a riportare l'attenzione sui decreti-legge.

Appariva peraltro un'ipotesi impossibile<sup>50</sup> una "limitazione, per così dire, di sostanza" per ridurre l'uso. Questa se avrebbe probabilmente evitato quanto poi è effettivamente accaduto nella successiva storia costituzionale italiana, ovvero il ricorso ai decreti-legge in ogni caso, "senza limiti", avrebbe in ogni caso riportato la discussione al problema di partenza, che pure si voleva aggirare, ovvero la individuazione degli stati eccezionali, o meglio, "classificare e individuare i casi nei quali poteva essere ammesso il decreto legge"<sup>51</sup>, come anche aveva tentato invano di fare Mortati partendo dallo stato d'assedio.

Si arrivò in tal modo infine, più o meno consapevolmente, a scollegare il concetto teorico dalla denominazione e dal dispositivo optandosi per il ricorso a "una limitazione di procedura, che sia molto rigorosa e tale da impedire e colpire gli abusi"<sup>52</sup> che ovviamente consentisse un controllo di conformità.

Il testo normativo doveva così innanzitutto determinare "che non si può ricorrere al decreto legge se non in casi straordinari di assoluta urgenza e necessità (la forma adottata non è positiva, di autorizzazione al Governo di emettere decreti-legge, ma è negativa: «non possono essere emessi»; anche le sfumature possono servire)".

Seppure si ammetteva l'eventualità di ricorrere ai decreti-legge, la formulazione in negativo intendeva richiamare in maniera immediata i limiti posti al potere dell'esecutivo di tipo sostanziale quanto alla condizione ma anche e soprattutto procedurale allo scopo di inibirne in qualche modo un accentramento 'definitivo' agevolato dal fatto di tenere fuori l'organo rappresentativo.

In quest'ultima ottica si stabilì poi che i provvedimenti presi dal Governo dovevano essere immediatamente — il giorno stesso della loro emanazione — presentati alle Camere per la loro conversione in legge. Se le Camere non fossero già riunite, dovevano esserlo, anche se sciolte, non più tardi dei cinque giorni successivi. L'immediato intervento e l'apposita convocazione delle Camere furono intesi come "un freno molto sensibile per i Governi, che sapranno, nell'emettere decreti-legge, di dover presentarsi subito al Parlamento per affrontare un giudizio di responsabilità, che è implicito nell'atto della conversione e nulla vieta diventi esplicito, ove il decreto legge risulti ingiustificato ed ispirato a criteri antiliberali ed antidemocratici"<sup>53</sup>. Un ulteriore freno derivante dal loro carattere di provvisorietà stava in ultimo nello stabilire che se non convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro presentazione alle Camere, perdevano ogni efficacia, ponendo al contempo un breve "limite" di tempo in cui potevano produrre effetti senza conversione in legge.

Solo in questo modo, con tutti i limiti procedurali che vedevano necessario 'in ogni caso' l'intervento del Parlamento, si ritenne che i diritti dei cittadini potessero essere garantiti contro "ogni arbitrio del potere esecutivo".

---

<sup>50</sup> In tal senso in diverse occasioni, i Costituenti e in particolare M. Ruini (laddove osservava che "Se fosse possibile indicare i casi, nei quali soltanto può ammettersi il decreto-legge, sarebbe certamente la via migliore; ed il Comitato ha invitato l'onorevole Mortati a trovare una formulazione adatta e completa; ma lo stesso onorevole C. Mortati ha finito col riconoscere che non è possibile") nonché Bozzi (allorchè sottineava la necessità di prevedere il decreto-legge e disciplinarlo "innanzi tutto limitando le ipotesi. Non è possibile fare una casistica: non si possono prevedere e catalogare i casi d'urgenza e di necessità che si manifestano nelle forme più svariate, secondo l'evolversi delle situazioni e l'imporsi dei fenomeni politici e sociali. Quindi abbiamo detto: «nei casi straordinari di assoluta ed urgente necessità», col che sottolineiamo che l'assoluta ed urgente necessità è il fondamento di questo potere, ed inoltre, che la straordinarietà dei casi è un limite politico rimesso alla correttezza — il problema è anche di costume — del Governo, che può comportare un controllo politico del Parlamento").

<sup>51</sup> Ancora M. Ruini., *Ibidem*

<sup>52</sup> Ancora M. Ruini., *Ibidem*.

<sup>53</sup> M. Ruini, Assemblea costituente, seduta del 17 ottobre 1947.

## 2. Il regime del decreto legge.

Nella descritta fattispecie della decretazione d'urgenza, la competenza normativa, ricorrendo i presupposti, si sposta dal Parlamento per concentrarsi eccezionalmente nelle mani del Governo, tenuto solo a presentare gli atti dotati di forza di legge nello stesso giorno della loro adozione alle Camere. Sia pure per un periodo temporale determinato e limitato - ovvero per sessanta giorni - la potestà legislativa e gli effetti provvisori conseguenti sono adducibili pertanto al solo Governo, intervenendo il parlamento solamente successivamente per ratificare o respingere l'atto del governo.

La Carta costituzionale pur disciplinando, come visto, i profili procedurali, nulla dispone peraltro dal punto di vista sostanziale, in merito al contenuto possibile, salvo stabilire le condizioni di attivazione dell'eccezionale passaggio all'esecutivo della funzione legislativa, ordinariamente riservata secondo l'art. 70 alle due Camere. Queste condizioni, al contempo anche limite quale *condicio sine qua non* non sanabile, in caso di assenza, con legge di conversione<sup>54</sup>, vedono tuttavia il ricorso a un'espressione connotata - più o meno volutamente dai Costituenti - da un 'largo margine di elasticità'<sup>55</sup> dal punto di visto non solo soggettivo ma anche oggettivo<sup>56</sup>: i "casi straordinari di necessità e di urgenza" di cui al comma 2 dell'art. 77 Cost., ovvero i casi imprevedibili,

---

<sup>54</sup> Vedi, in particolare, Corte cost., sent. 23 maggio 2007, n. 171, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale per carenza dei presupposti di necessità e urgenza dell'art. 7, comma 1, lettera a), del decreto-legge 29 marzo 2004, n. 80, ma ancor prima, Corte cost., sent. 27 gennaio 1995, n. 29, laddove di fronte alla tesi dell'Avvocatura di Stato che non spetterebbe alla Corte accertare la presenza dei presupposti di necessità ed urgenza di cui all'art. 77 Cost., valutazione rimessa, ad avviso della stessa Avvocatura, al Parlamento, la Corte ben osserva che "questa posizione, condivisa in passato, ignora che, a norma dell'appena citato art. 77, la pre-esistenza di una situazione di fatto comportante la necessità e l'urgenza di provvedere tramite l'utilizzazione di uno strumento eccezionale, quale il decreto-legge, costituisce un requisito di validità costituzionale dell'adozione del predetto atto, di modo che l'eventuale evidente mancanza di quel presupposto configura tanto un vizio di legittimità costituzionale del decreto-legge, in ipotesi adottato al di fuori dell'ambito delle possibilità applicative costituzionalmente previste, quanto un vizio in procedendo della stessa legge di conversione, avendo quest'ultima, nel caso ipotizzato, valutato erroneamente l'esistenza di presupposti di validità in realtà insussistenti e, quindi, convertito in legge un atto che non poteva essere legittimo oggetto di conversione. Pertanto, non esiste alcuna preclusione affinché la Corte costituzionale proceda all'esame del decreto-legge e/o della legge di conversione sotto il profilo del rispetto dei requisiti di validità costituzionale relativi alla pre-esistenza dei presupposti di necessità e urgenza, dal momento che il correlativo esame delle Camere in sede di conversione comporta una valutazione del tutto diversa e, precisamente, di tipo prettamente politico sia con riguardo al contenuto della decisione, sia con riguardo agli effetti della stessa". Per un commento, G. PITRUZZELLA, *La straordinaria necessità ed urgenza: una "svolta" nella giurisprudenza costituzionale o un modo per fronteggiare situazioni di "emergenza" costituzionale?* in *Le Regioni*, 1995, n. 6, 1100-1108.

<sup>55</sup> Così Corte cost., sent. 21 marzo 2011, n. 93. In particolare si osserva che "L'espressione utilizzata dalla Costituzione per indicare i presupposti alla cui ricorrenza è subordinato il potere del Governo di emanare norme primarie comporta, inoltre, «l'inevitabile conseguenza di dare alla disposizione un largo margine di elasticità», poiché la straordinarietà del caso che impone la necessità di dettare con urgenza una disciplina in proposito «può essere dovuta ad una pluralità di situazioni (eventi naturali, comportamenti umani e anche atti e provvedimenti di pubblici poteri) in relazione alle quali non sono configurabili rigidi parametri, valevoli per ogni ipotesi» (sentenza n. 171 del 2007),».

<sup>56</sup> La questione in dottrina è stata piuttosto dibattuta avendo attribuito a tali lemmi talora un significato fortemente restrittivo, esaltando il profilo oggettivo (così, tra i primi, G. VIESTI, *Il decreto-legge*, Jovene, Napoli, 1967, 118), mentre in altre ipotesi si tende a sottolineare l'aspetto altamente soggettivo della valutazione che governo e poi parlamento devono compiere (v., per tutti, C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., 835). Nella prassi tuttavia tali requisiti sono stati completamente disattesi determinando abusi del decreto legge. V., a quest'ultimo proposito, G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Uso e abuso del decreto-legge* in *Diritto e società*, 1978, n. 2, 241-260 e A. CELOTTO, *L'abuso del decreto-legge*, Cedam, Padova, 1997, 408.

possono riguardare invero più e diverse situazioni relative non solo ad eventi naturali ma anche a comportamenti umani<sup>57</sup> che mettono in pericolo la vita, l'incolumità o i beni della persona<sup>58</sup>.

Sia pure nel rispetto dei vincoli della provvisorietà e precarietà, il contenuto normativo può rivelarsi così pressoché illimitato<sup>59</sup>. Gli unici ambiti sostanziali esclusi dalla decretazione di urgenza sono individuati nel testo legislativo n. 400/88, privo tuttavia di rango costituzionale<sup>60</sup>, che proibisce, secondo un'interpretazione ricavabile dalla stessa costituzione, la disciplina delle materie indicate nell'articolo 72, comma 4, della Costituzione nonché la regolazione dei rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti<sup>61</sup>.

Da qui ne può venire un regime eccezionale che, a differenza ad esempio dei decreti-legge spagnoli a cui per espressa disposizione costituzionale è vietato<sup>62</sup>, ben potrebbe incidere sul

---

<sup>57</sup> In questo senso v., Corte cost., sent. n. 171/2007. Vedi, in dottrina, per un commento, *ex plurimis*, 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, 2677; A. CELOTTO, *C'è sempre una prima volta... (La Corte costituzionale annulla un decreto-legge per mancanza dei presupposti)*, in *Consulta OnLine (www.giurcost.org)*, Studi, 2007; R. DICKMANN, *Il decreto-legge come fonte del diritto e strumento di governo (nota a Corte cost., 23 maggio 2007, n. 171)*, in *Federalismi.it (www.federalismi.it)\_12/2007*; A. GUAZZAROTTI, *Il rigore della Consulta sulla decretazione d'urgenza: una camicia di forza per la politica?* in *Forum di Quaderni costituzionali (www.forumcostituzionale.it)*; 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.

<sup>58</sup> Sul concetto di "straordinarietà" si rinvia in particolare a L. CARLASSARE, *Conversazioni sulla Costituzione*, Cedam, Padova, 2002, 121 mentre in senso ampio, sul dibattito relativo all'interpretazione dell'espressione "casi straordinari di necessità e urgenza", v. C. PINELLI, *Il decreto-legge e la teoria costituzionale: profili introduttivi*, in A. Simoncini (a cura di), *L'emergenza infinita*, cit., 57.

<sup>59</sup> Cfr. F. MODUGNO, *Riflessioni interlocutorie sulle conseguenze della trasformazione del decreto-legge*, in *Scritti in memoria di A. Piras*, Giuffrè, 1996, 467.

<sup>60</sup> A parere della Corte costituzionale, "pur non avendo, in sé e per sé, rango costituzionale, e non potendo quindi assurgere a parametro di legittimità in un giudizio davanti a questa Corte, costituisce esplicitazione della *ratio* implicita nel secondo comma dell'art. 77 Cost., il quale impone il collegamento dell'intero decreto-legge al caso straordinario di necessità e urgenza, che ha indotto il Governo ad avvalersi dell'eccezionale potere di esercitare la funzione legislativa senza previa delegazione da parte del Parlamento" (punto 3.3). Corte cost., sent. 16 febbraio 2012, n. 22.

<sup>61</sup> All'art. 15, comma 2 si dispone invero che "il Governo non può, mediante decreto-legge: a) conferire deleghe legislative ai sensi dell'articolo 76 della Costituzione; b) provvedere nelle materie indicate nell'articolo 72, quarto comma, della Costituzione; c) rinnovare le disposizioni di decreti-legge dei quali sia stata negata la conversione in legge con il voto di una delle due Camere; d) regolare i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti; e) ripristinare l'efficacia di disposizioni dichiarate illegittime dalla Corte". In dottrina si parla ma su questo non ci si trova d'accordo, di legge ordinaria rinforzata in senso materiale atteso il collegamento con elementi sostanziali della Costituzione: cfr. A. CELOTTO, *Un rinvio rigoroso ma...laconico. Linee-guida per una riflessione*, in *Rass. Parl.*, 2002, 810.

<sup>62</sup> Secondo il primo comma dell'art. 86 della costituzione spagnola se il governo può dettare disposizioni legislative che prenderanno la forma dei decreti-leggi laddove ricorrano condizioni non dissimili da quelle italiane - *en caso de extraordinaria y urgente necesidad* - incontra tuttavia importanti limiti sostanziali non potendo essi "afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general". Sulla distinzione del modello spagnolo che ha "poco o nulla ha a che fare col suo equivalente italiano", individuando il primo, tra l'altro, materie escluse dalla disciplina del decreto legge, v. A. M. CARMONA CONTERAS, *Il decreto-legge in Spagna tra Costituzione e prassi* in A. Simoncini (a cura di), *L'emergenza infinita*, cit., specificamente, 269 e 282. Tuttavia, una pronuncia del Tribunale costituzionale spagnolo su un decreto-legge n. 16/2012 (recante "misure urgenti per garantire la sostenibilità del Sistema Nacional de Salud e migliorare la qualità e la sicurezza delle sue prestazioni"), nel rigettare il ricorso che contestava l'utilizzo di tale decretazione d'urgenza per l'introduzione di modifiche strutturali che andavano ad incidere sull'attuazione del diritto alla salute tutelato dalla Costituzione, sembra snaturare la disposizione costituzionale. Il Tribunale costituzionale ha invero finito con intendere i limiti sostanziali *ex art. 86 Cost.* in termini fortemente restrittivi escludendo da questo ambito materiale, ostativo all'adozione del decreto-legge, il diritto alla salute. Secondo il giudice delle leggi "la protección de la salud, concluyendo en que, como ya se ha hecho constar, no se encuentra, por razón de su ubicación sistemática, en el catálogo de aquellos derechos cuya regulación por decretoley deba someterse al ámbito aplicativo de los citados límites materiales instituido en aquel pasaje constitucional". Per un commento in dottrina

normale funzionamento delle istituzioni come anche sull'esercizio di qualunque diritto e libertà – compreso quello alla vita o all'identità personale - nulla disponendo la Carta costituzionale in merito<sup>63</sup>.

Più puntuale si mostra invece il limite procedurale collegato al “controllo” dell'atto eccezionale, decisamente incisivo, come pure voluto dai Costituenti, innanzitutto a partire da quello effettuato dal Parlamento che può anche non convertire l'atto, implicitamente affermando la “responsabilità del Governo” (come previsto all'art. 77 Cost., comma 2), responsabilità che addirittura, in caso di evidente abuso, si può far valere espressamente con la revoca della fiducia parlamentare. In sede di conversione poi è ben riconosciuto alle Camere, secondo la prassi, tacendo in proposito il dettato costituzionale<sup>64</sup>, il potere di emendare il testo senza tuttavia stravolgerne il contenuto.

Sul tipo di controllo invece giudiziario la relativa disciplina è ricavabile sulla base anche qui delle disposizioni costituzionali che mettono in gioco la responsabilità del Governo. La Corte costituzionale, come sostenuto in diverse pronunce, può così sindacare, circa la sussistenza dei requisiti di necessità e urgenza, tanto il decreto legge quanto la legge di conversione, eventualmente dichiarandone l'illegittimità per assenza dei presupposti costituzionali.

Alla luce di tutti gli aspetti fin qui considerati, volendosi allora in conclusione ‘classificare’ questo stato d'eccezione secondo la nostra concezione, il decreto legge ex art. 77 Cost. non potrebbe non essere considerato alla stregua di uno stato di eccezione intermedia di tipo medio ascrivibile in particolare al sottotipo semi-dittatoriale.

L'accentramento delle funzioni gestorie, unitamente allo spostamento della funzione normativa primaria ai fini della proclamazione dell'urgenza, in capo all'organo esecutivo in via esclusiva, non lascia invero alcun margine d'azione per un'effettiva partecipazione dell'organo rappresentativo, quest'ultimo ridotto a svolgere solo un ruolo di “sorveglianza” senza poter intervenire nella fase procedurale iniziale di adozione del decreto. L'intervento del Parlamento teso a temperare l'“assolutismo” del governo, pure tale per un certo lasso di tempo, s'inscrive infatti in una fase che è successiva a quella di avvio dello stato eccezionale. Discorso non diverso si deve fare per il controllo da parte del Giudice delle leggi, effettuato eventualmente solo a seguito dell'adozione del decreto legge, a effetti giuridici già prodotti, anche se in tal caso, potendo riguardare non solo la legge di conversione ma altresì il decreto legge stesso, potrebbe ben intervenire prima dei 60 giorni, come del resto “potrebbe” non attendere lo scadere del termine anche l'organo parlamentare col revocare la fiducia al Governo.

In quest'ottica se lo stato di diritto si rivela fortemente compresso stante una certa assenza di spazi democratici, mostra comunque di lasciare aperti quelli relativi al sindacato di conformità. Pur non potendosi dire allora uno stato d'eccezione pressoché dittatoriale proprio per questo sindacato e per la partecipazione *ex post* dell'organo democratico, l'assenza nella fase iniziale di una compartecipazione nelle scelte emergenziali o comunque di una interdipendenza tra più organi, determina un'evidente mancanza di qualunque meccanismo teso a controbilanciare le competenze

---

italiana, v. S. COCCHI, *Indietro tutta? Il diritto all'assistenza sanitaria in Spagna alla luce della STC 139/2016*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)).

<sup>63</sup> Diversamente si pone la Spagna. Anche la giurisprudenza costituzionale ha precisato che se sono ammesse discipline ‘singolari’ non si ammette una regolazione generale, mentre sono consentiti decreti-legge “sugli elementi accidentali o secondari dei diritti, dei doveri e delle libertà dei cittadini” ma non devono alterare i loro elementi strutturali o sostanziali. V., in proposito, tra le molte, Tribunal const., 2 dicembre 1983, n. 111/1983, Tribunal const. 20 maggio 1986, n. 60/1986, Tribunal const., 21 gennaio 1988, n. 3/1988, nonché Tribunal const., 28 ottobre 1997, n.182/1997.

<sup>64</sup> In merito, in dottrina si veda specificamente, C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., 849, che ha sostenuto la tesi dell'inammissibilità degli emendamenti al decreto legge tuttavia presto superata tanto dalla prassi che dalla giurisprudenza.

dell'organo esecutivo attraverso un organo che sia rappresentativo anche della minoranza così portando a considerare la fattispecie del decreto legge come un'eccezione di tipo medio.

### *3. L'enigma del potere di ordinanza.*

Il discorso sugli stati eccezionali nel nostro ordinamento merita ulteriore attenzione per più di una ragione ad incominciare dall'eccessivo impiego della legislazione di urgenza.

L'evento 'straordinario', come situazione che, come visto, consente l'attivazione di un regime eccezionale, in deroga transitoria a quello generalmente previsto, con passaggio di funzioni in capo al Governo, può facilmente tradursi, come pure temevano i costituenti memori dell'esperienza parlamentare passata<sup>65</sup>, nell'abuso da parte del potere esecutivo. Per tale via, di fronte a un Parlamento che talora mostra praticamente di abdicare alla sua funzione, si finisce così non solo per normalizzare l'emergenza stessa ma al contempo per trasformare il decreto legge in un ordinario strumento di normazione primaria<sup>66</sup>. L'uso generale<sup>67</sup> e non più speciale può far perdere di vista la natura straordinaria della forma di legislazione di urgenza e del relativo regime eccezionale inducendo addirittura la convinzione che manchi nel sistema costituzionale italiano uno stato d'eccezione.

Peraltro, l'eccessivo ricorso a strumenti emergenziali vede come protagonista nel nostro ordinamento non solo il decreto legge<sup>68</sup> ma anche l'ordinanza di necessità e urgenza riconducibile al tipo delle ordinanze contingibili e urgenti<sup>69</sup>.

Introdotta in particolare nell'epoca fascista e adottata ai fini della "tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica"<sup>70</sup>, si tratta di un atto in via di principio amministrativo ma che secondo la

---

<sup>65</sup> Sull'abuso alla luce anche di rilievi statistici v. E. Clerici, *Assemblea Costituente, seduta pomeridiana 11 settembre 1947*, laddove lamenta che il "Governo in pratica è stato sempre più incontrollato in quella che è la sua tipica responsabilità verso le Camere, cioè per quanto riguarda i bilanci consuntivi, il che vuol dire che il Parlamento ha praticamente rinunciato alla sua precipua funzione, al suo tipico dovere, abdicando al controllo finanziario", auspicando formule idonee a risolvere questo problema, "al fine di temperare, se non di vietare del tutto, l'uso dei decreti-legge. Anzi l'abuso, quell'abuso (si pensi, in sette anni dal 1907 al 1913 il Governo emanò 30 decreti-legge ed invece 2800 dal 1914 al 1921) per cui la Corte di cassazione del Regno, allora a sezioni unite, emanò una memorabile sentenza, — il 24 gennaio 1922, C. Mortara estensore-presidente — che dichiarava illegale un decreto-legge. E vi fu allora l'inizio coraggioso di una revisione che il fascismo poi ha stroncato".

<sup>66</sup> V., in merito, M. LUCIANI, *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale*, in AA. VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011, 1163.

<sup>67</sup> Divenendo fonte ordinaria, data anche la forza di legge a prescindere dal procedimento: cfr. A. SIMONCINI, *Dieci anni di decretazione d'urgenza*, in P. Caretti (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2006: le fonti statali*, Torino, Giappicchelli, 2007, spec. 140.

<sup>68</sup> Per tutti, v. A. CELOTTO, *L'abuso del decreto-legge*, Cedam, Padova, 1997.

<sup>69</sup> La letteratura sul tema è ampia. Si può rinviare, *ex plurimis*, per citare i primi scritti, a M. SCUDIERO, *In tema di ordinanze prefettizie ex art. 2 T.U. leggi di pubblica sicurezza e libertà costituzionali*, in *Foro penale*, 1962, II, 102; G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza (diritto cost. e ammin.)* in *Noviss. Dig. It.*, vol. XII, UTET, 1965; L. CARLASSARE, *Ordinanze prefettizie e diritto di sciopero*, in *Giur. cost.*, 1977, I, 258; F. BARTOLOMEI, *Ordinanza (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Giuffrè, Milano, 1980, 970; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Giuffrè, Milano, 1990; F. MIGLIARESE, *Ordinanze di necessità*, in *Enc. Giur.*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani, XXII, 1990, 31. Più di recente, invece, v. G. RAZZANO, *Le ordinanze di necessità e di urgenza nell'attuale ordinamento costituzionale*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, IV, Jovene, Napoli, 2008, 1966; A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità e urgenza tra storia e diritto*, in A. Vignudelli (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Giuffrè, Milano, 2009, 172.

<sup>70</sup> Disciplinato dall'art. 2 del T.U. adottato con r.d. 18 giugno 1931, n. 773 (*Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza*). Qui si attribuisce al prefetto, "nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, (...) facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica".

giurisprudenza sarebbe dotato di carattere normativo in generale<sup>71</sup> sia pure privo di forza di legge<sup>72</sup>. Vale a dire: sostanzialmente si configurerebbe addirittura come un atto normativo primario ma formalmente come un atto amministrativo. Questo compromesso se porta a sottrarlo al controllo di costituzionalità<sup>73</sup>, nello stesso tempo induce ad escludere che si possa trattare di un atto predeterminato nella sua sostanza<sup>74</sup>.

Seppure si ammette infatti che a differenza delle ipotesi di cui agli artt. 77 e 78 Cost. nel nostro ordinamento costituzionale non sono individuabili “clausole che autorizzino in via generale modifiche, o anche soltanto deroghe, alla normativa primaria con disposizioni relative tanto a casi singoli quanto ad una generalità di soggetti o a una serie di casi (possibili) per motivi di necessità e/o urgenza”, si ritiene comunque possibile l’adozione di atti amministrativi “con effetto di deroga - ma non anche di abrogazione o di modifica - della normativa primaria” purché per l’esercizio da parte di autorità amministrative di poteri simili, sia pure in campo di difesa civile, vi sia una “specifica autorizzazione legislativa che, anche senza disciplinare il contenuto dell’atto (questo in tal senso può considerarsi libero), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell’intervento e l’autorità legittimata”<sup>75</sup>. Malgrado non risulti disciplinato il contenuto resterebbe così salvo il principio di legalità, posto alla base dello stato di diritto, quantomeno sostanziale<sup>76</sup>.

L’assenza di una definizione preventiva della competenza conferita all’autorità amministrativa pone però in rilievo alcuni aspetti problematici in particolare quanto alla delimitazione della discrezionalità amministrativa come poi verificabile con il giudizio di conformità.

Non definendosi in astratto, con atto legislativo, il contenuto della competenza amministrativa e quindi i ‘limiti’ all’esercizio di tale competenza diventa più complesso per il soggetto chiamato a verificare la conformità - il giudice - sindacare l’attività dell’amministrazione nel suo concreto

---

<sup>71</sup> In dottrina, da ultimo, E. RAFFIOTTA, *Norme d’ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, BUP, 2019. Sulla capacità di produrre norme, v. G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, cit., 93. In giurisprudenza, sul carattere normativo, anche se non configurabili come atti ricompresi “tra le fonti del nostro ordinamento giuridico”, v. in modo specifico Corte cost., sent. 4 gennaio 1977, n. 4. Le ordinanze ad avviso del giudice delle leggi “non innovano al diritto oggettivo; né, tanto meno, sono equiparabili ad atti con forza di legge, per il sol fatto di essere eccezionalmente autorizzate a provvedere in deroga alla legge (...), sia che si rivolgano (come nella specie é avvenuto) a destinatari determinati, prescrivendo loro un comportamento puntuale, sia che dispongano per una generalità di soggetti e per una serie di casi possibili, ma sempre entro i limiti, anche temporali, della concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare”.

<sup>72</sup> La Corte costituzionale ha sempre negato l’equiparabilità agli atti con forza di legge. V., Corte cost., sent. 4/1977, cit. e ancor prima Corte cost., sent. 20 giugno 1956, n. 8, in *Giur. cost.*, 1956, con commento ivi di G. TREVES, *La costituzionalità dei provvedimenti amministrativi di necessità e di urgenza*, 994. Peraltro quest’ultimo sindacato di legittimità avente ad oggetto le ordinanze prefettizie – previste in particolare all’art. 2 del T.U. delle leggi di pubblica sicurezza, relativo allo “strillonaggio dei giornali nelle pubbliche vie e la vendita degli stessi a domicilio” – rispetto agli artt. 76 e 77, oltre all’art. 21, rientra tra le prime pronunce adottate dalla Consulta.

<sup>73</sup> V., in senso contrario C. MORTATI, *Atti con forza di legge*, Giuffrè, Milano, 1964, 68, ma anche F. MODUGNO, *Appunti delle lezioni sulle fonti del diritto*, Giappichelli, Torino 2005, 82 per il quale se è “possibile rinvenire in esse i caratteri dell’atto normativo, come atto che pone prescrizioni ripetibili o che incide su prescrizioni già di per sé dogmaticamente considerate normative, allora a nulla vale ridurle ad atti amministrativi per negarne valore normativo”.

<sup>74</sup> Cfr. G.U. RESCIGNO, *op. ult. cit.*, 91, per il quale il contenuto è “di volta in volta determinato con lo stesso atto di ordinanza, restando il relativo potere di ordinanza virtualmente libero di scegliere qualunque oggetto entro quella materia e per quei certi fini”.

<sup>75</sup> Corte cost., sent. 28 maggio 1987, n. 201. La Corte è chiamata qui a risolvere conflitti di attribuzione e questioni di costituzionalità sollevate da alcune regioni rispetto ad alcune ordinanze del Ministro per il coordinamento della difesa civile relative allo smaltimento di rifiuti tossici e nocivi. Il giudice costituzionale osservando l’assenza di clausole generali derogatorie a favore del Governo dichiarò la sua incompetenza a intervenire con mezzi e poteri straordinari, essendo sufficiente “l’intervento coordinato di più enti o amministrazioni competenti in via ordinaria”. Per un commento con osservazioni anche sul potere derogatorio e sul richiamo alla urgente necessità piuttosto che all’emergenza, V. ANGIOLINI, *Urgente necessità ed emergenza: la Corte costituzionale ci ripensa?* in *Le Regioni*, 1987, 1572.

<sup>76</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza*, in questi stessi scritti, 5.

esercizio<sup>77</sup>, anche laddove questa si riduca a porre, in via di urgenza<sup>78</sup>, mere deroghe transitorie alla legge ordinaria. A sua volta più complesso si rivela il sindacato di conformità dell'autorizzazione legislativa, priva di contenuto, rispetto alla Costituzione da parte del giudice delle leggi.

Ma non solo. A fronte di queste incertezze, si deve anche dire che da qualche parte della dottrina altri dubbi sono stati espressi riguardanti ancor prima la stessa legittimità. Se per diversi autori l'ordinanza trarrebbe legittimazione addirittura da un principio generale non scritto<sup>79</sup> – dunque non costituzionale – oppure dalla necessità, non essendo sufficiente gli strumenti previsti dal diritto<sup>80</sup>, ovvero dalla contingenza e necessità in sé stessa – e risuona qui il monito del costituente Mortati sulla necessità come fonte autonoma di diritto non sindacabile dai giudici<sup>81</sup> – all'opposto, altra parte di condivisibile dottrina sembra esprimere forti dubbi di costituzionalità: nel senso che si sarebbe andato costruendo nel tempo, anche a seguito della legge del 1992<sup>82</sup>, un sistema parallelo costituzionalmente dubbio, perché fuori dal quadro costituzionale, rispetto a quello “legalmente precostituito”<sup>83</sup>. Si finirebbe invero per ritenere legittima, per motivi di urgenza, una deroga al principio di legalità non consentita in via ordinaria: se fuori dall'urgenza non può essere accettata “l'assoluta indeterminatezza del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una «totale libertà» al soggetto od organo investito della funzione”, questa ‘indeterminatezza’ potrebbe essere tollerata in casi straordinari venendo meno la necessità che l'esercizio della funzione “sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa”<sup>84</sup>. Che quest'atto amministrativo dal “contenuto libero”, soggetto a giudizio di conformità a una legge dal punto di vista sostanziale a dir poco non facile, possa produrre effetti derogatori per la normativa

---

<sup>77</sup> Viene così meno “l'essenziale della legalità in senso sostanziale, e cioè la possibilità di commisurare l'atto concreto al tipo astratto previsto dalla legge”: G.U. RESCIGNO, *Recenti e problematici sviluppi del potere di ordinanza del Sindaco*, in R. Borrello, M. Manetti (a cura di), *Sicurezza urbana: poteri e garanzie*, Maggioli, 2011, 25.

<sup>78</sup> Cfr. F. SATTÀ, *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Enc. Giur.*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani, XXII, 1990, spec. 3 e 5. Secondo l'A. essendo l'ordinamento “istituzionalmente, necessariamente lacunoso, perché è impossibile raccogliere, prevedere, disciplinare ogni possibile fattispecie”, le ordinanze sono necessarie ben disciplinando “situazioni che sfuggono alla disciplina ordinaria, per i caratteri speciali che tali situazioni presentano: non abrogano e non sospendono (...) ma accertano il verificarsi di una situazione di fatto - di emergenza - non prevista dalla legge, che la rende in concreto inapplicabile”.

<sup>79</sup> M. S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, XXVII, 1948, 949, ora in *Scritti*, IV, Giuffrè, Milano, 2004, 953.

<sup>80</sup> Così, sostanzialmente, M. GNES, *I limiti del potere di urgenza*, cit., 673. A un fenomeno per *extra ordinem*, senza alcun rapporto con ciò che è ordinario, fa riferimento A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità e urgenza tra storia e diritto*, cit., 156.

<sup>81</sup> Vedi in particolare il discorso in Assemblea costituente riportato alla nota n. 47

<sup>82</sup> Legge 225 del 24 febbraio 1992, “Istituzione del servizio nazionale di protezione civile”.

<sup>83</sup> Cfr. C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Dir. Pubbl.*, 2009, 2, 317. L'A osserva, in modo particolare, quanto alla decretazione d'urgenza e alle ordinanze contingibili e urgenti, che si è non “soltanto di fronte a sporadiche violazioni della legalità costituzionale, ma ad una serie di violazioni tali da supporre un salto di qualità nella direzione di un sistema parallelo a quello legalmente precostituito”. Rispetto all'eccessivo impiego delle ordinanze, soprattutto a seguito della legge n. 225/92 sulla protezione civile, qualche autore ha invece fatto riferimento a “un vero e proprio sistema di diritto amministrativo parallelo a quello ordinario, che si estende alle categorie più diverse di fatti di amministrazione”: V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità*, cit. 377.

<sup>84</sup> Vedi specificamente Corte cost., sent. 115/2011, cit., con note di D. MORANA, *La rivincita dell'art. 23 Cost. sulle ordinanze di sicurezza urbana (senza bisogno di invocare un principio supremo dello Stato di diritto)*, 1606 ss. e V. CERULLI IRELLI, *Sindaco legislatore?* 1600. La pronuncia fa seguito alla riforma dell'art. 54 d.lg. 18 agosto 2000, n. 267 (“testo unico degli enti locali”), modificato con l'art. 6 d.l. 23 maggio 2008, n. 92122 che aveva provato ad attribuire al Sindaco ordinanze “anche” non contingibili e urgenti al fine di “prevenire ed eliminare gravi pericoli che minaccino” interessi come la “incolumità pubblica” e la “sicurezza urbana”. La Corte costituzionale dichiarò la incostituzionalità nella parte in cui comprende la locuzione “anche” prima delle parole “contingibili e urgenti”.



primaria al pari di un atto primario in ragione dell'urgenza non sembra tuttavia stabilito nella fonte sulla produzione per eccellenza.

Malgrado la riconosciuta legittimità da parte della Corte costituzionale<sup>85</sup>, questa fonte-atto originatasi *ante Constitutionem*, non è prevista nella Carta fondamentale che, a sua volta, non considera aperto l'elenco delle forme normative neanche nei casi straordinari di necessità e urgenza al contrario individuando invece per tali eventi unicamente nel decreto legge l'atto idoneo a farvi fronte e a risolverli<sup>86</sup>: da quest'ultimo dovrebbe essere perciò almeno mediato<sup>87</sup> così da determinare non solo la sua possibile adozione ma anche un suo sufficiente contenuto affinché possa trovare attuazione il controllo di conformità. Allora anche la "deroga" nel caso di urgenza e necessità presente nelle ordinanze, seppure transitoria, dovrebbe da questa fonte intermediaia essere prevista con la distinzione, quanto alla disposizione di diritti costituzionali, tra le ipotesi in cui la Costituzione stabilisca che la legge provveda direttamente a disciplinare una determinata materia, quale è per esempio, art. 13, comma 3, in cui non si potrebbe ammettere, attraverso il decreto legge, l'adozione di atti amministrativi che dispongano in difformità alla legge prevista dalla Costituzione e ipotesi in cui con la legge possono concorrere atti normativi dell'autorità amministrativa, purché il "potere di emettere ordinanze di necessità e urgenza (...) incontri "adequati limiti all'esercizio di tale potere" nella fonte intermediaia<sup>88</sup>.

In questo quadro con diverse ombre, più chiari appaiono invece i presupposti fattuali costituenti al contempo condizione e limite dell'ordinanza.

---

<sup>85</sup> Corte cost., sent. 8/1956. Il giudice costituzionale qui nel ritenere che si dovesse aver riguardo al significato rivestito dalla norma "non nel sistema in cui essa storicamente ebbe nascita, bensì nell'attuale sistema", come interpretato dalla giurisprudenza, ritenne infondata la questione di legittimità costituzionale, "in considerazione che i provvedimenti del genere hanno il carattere di atti amministrativi adottati dal Prefetto nell'esercizio dei compiti del suo ufficio, strettamente limitati nel tempo, in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza, e vincolati ai principi dell'ordinamento giuridico". Torna poi sul tema in un'altra pronuncia e in particolare Corte cost., sent. 27 maggio 1961, n. 26. Quest'ultima pronuncia nel dichiarare la illegittimità dell'art. 2 "nei limiti in cui esso attribuisce ai Prefetti il potere di emettere ordinanze senza il rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico", implicitamente ritenne legittima questa fonte. In considerazione anche di una pregressa sentenza emessa dalle Sez. Unite Corte di cassazione, 16 giugno 1958, n. 2068, che inquadrava l'ordinanza prefettizia nella categoria delle c.d. "ordinanze libere" (capaci addirittura di affievolire i diritti soggettivi dei cittadini, garantiti dalla Costituzione, ad interessi legittimi), giunse così ad escludere che "le ordinanze prefettizie potessero menomare l'esercizio dei diritti garantiti dalla Costituzione: dichiarazione che sarebbe stata in netto contrasto con l'affermazione che quelle ordinanze debbono essere vincolate ai principi dell'ordinamento giuridico". In particolare, su questa pronuncia, per un commento in dottrina, cfr. V. CRISAFULLI, *Il "ritorno" dell'art. 2 delle leggi di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1961, 886, in modo specifico laddove l'A., con riferimento all'espressione utilizzata nella pronuncia della Corte n. 8/56 ritiene che il "significato concretamente assunto dalla "norma vivente" sembra configurarsi come sintomo di una insuperabile resistenza offerta dal testo ad una interpretazione riduttiva e "costituzionale".

<sup>86</sup> Molti studiosi ritengono tale atto non conciliabile con l'ordinamento costituzionale. V., in tono critico, per la sua incapacità di "adattarsi al mutato ambiente costituzionale", in modo particolare G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Giuffrè, Milano, 2003, 448. Di "rilevanti problemi con riferimento alla compatibilità di queste fattispecie con le norme e i principi dell'ordinamento costituzionale" parla anche V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 355, pur sembrando meno critico, ritenendolo atto necessario.

<sup>87</sup> V. in tal senso M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, 5, laddove osserva che "escluso che i provvedimenti emergenziali possano vedersi riconoscere la forza (e dunque anche il valore, con conseguente sindacabilità da parte della Corte costituzionale) di legge, la fonte primaria "intermediaia" non potrà comunque limitarsi alla generica previsione della loro adottabilità".

<sup>88</sup> Così inizialmente Corte cost., sent. n. 26/1961.

Presupposti inscindibili al potere di ordinanza<sup>89</sup> sembrano invero la contingibilità e l'urgenza, intesa come situazione attuale straordinaria<sup>90</sup> e quindi la temporaneità degli effetti: questi ultimi possono dispiegarsi nei limiti della «concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare»<sup>91</sup> cosicché non possono essere ammesse ordinanze “ordinarie” – nel caso specifico, sindacali – seppure tese a far fronte a «gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana». Oltre ai limiti affermati inizialmente, quali l'efficacia temporanea, la adeguata motivazione, la pubblicazione e la conformità dell'ordinanza ai principi dell'ordinamento giuridico si vanno aggiungendo in tal modo altri criteri<sup>92</sup>.

### *3. La dichiarazione di emergenza nel Codice della protezione civile*

Dall'affermazione che per l'esercizio da parte di autorità amministrative di poteri di ordinanza derogatorie, sia pure in campo di difesa civile, è necessaria una “specificazione autorizzazione legislativa”, si arriva così alla legge n. 225 del 1992<sup>93</sup> - confluita poi nel Codice della protezione civile - relativa, stante il titolo, alla “Istituzione del servizio nazionale di protezione civile” ma in realtà riguardante anche altri profili decisamente rilevanti come quelli connessi alle fonti del diritto.

Attraverso questa via ordinaria si disciplina invero lo “stato di emergenza”, non previsto in Costituzione, consentendosi tuttavia un regime certamente derogatorio rispetto al regime generale e ordinario: con esso non solo si può incidere sulla sfera di libertà fondamentali direttamente garantite da precetti costituzionali (coperte in alcune ipotesi da riserve di legge assoluta come è il caso dell'art. 13 Cost.), ma si determina altresì uno spostamento delle competenze di produzione normativa in capo all'esecutivo, anche attraverso ordinanze che hanno, come visto, la forza di derogare, al pari di una fonte primaria, “ogni disposizione vigente, e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea”.

Subordinando alla dichiarazione di emergenza l'adozione delle stesse ordinanze e al contempo “autorizzandole” a derogare la legislazione vigente, questa legge sembra così porsi come una fonte sulla produzione non già di livello costituzionale, pur se ritenuta, malgrado le non poche perplessità costituzionali<sup>94</sup>, legittima dalla Corte costituzionale<sup>95</sup>.

---

<sup>89</sup> Corte cost., sent. 115/2011, cit.

<sup>90</sup> V., in merito, anche P. CARETTI, *La “crisi” della legge parlamentare*, in *Osservatoriosullefonti.it* ([www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it)), 2010, n. 1 nonché A. CARAPPELLUCCI, *Il potere di ordinanza oltre l'emergenza: i problemi dell'impiego ordinario di uno strumento extra ordinem*, in *Foro amm.*, TAR, 2010, 321. Si può citare come esempio in tal senso anche l'estensione dei poteri di protezione civile ai c.d. “grandi eventi”, quale era stata disposta dall'art. 5-bis, comma 5, del decreto legge n. 343/2001, come convertito in legge n. 401/2001 e poi successivamente abrogata con legge 24 marzo 2012, n. 27.

<sup>91</sup> Ancora, Corte cost. sent. n. 115/2011.

<sup>92</sup> Vedi, in modo specifico, anche C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Giuffrè, Milano, 2006, 12.

<sup>93</sup> Legge 24 febbraio 1992, n. 225 come modificato nel tempo, in ultimo, con il decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93 e la legge di conversione 15 ottobre 2013, n. 119, oggi infine, con d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, divenuto Codice della protezione civile.

<sup>94</sup> Perplessità costituzionali sono espresse anche da G. MARAZZITA, *Le ordinanze di necessità dopo la l.n. 127 del 1995 (Riflessioni a margine di Corte cost. n. 127 del 1995)*, in *Giur.cost.*, 1996. A possibili profili di incostituzionalità fa riferimento altresì G. RAZZANO, *Le ordinanze di necessità e di urgenza*, Giuffrè, Milano, 2008.

<sup>95</sup> Essendo indispensabile, “nelle improvvise e gravi emergenze (...) una direzione unitaria, che possa agire immediatamente, in un quadro di chiarezza e di certezza per quanto attiene alle competenze”. Corte cost., sent. 22 ottobre 1992, n. 418.

Al verificarsi di eventi straordinari individuati nel testo medesimo, all'art. 2, comma 1, lettera c)<sup>96</sup>, consistenti non soltanto in "calamità naturali" ma anche nelle "connesse attività dell'uomo"<sup>97</sup> di cui non si specifica tuttavia la natura - trattandosi di meri eventi "che per intensità ed estensione debbono, con immediatezza dell'intervento, essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari" - prende così avvio il procedimento<sup>98</sup> di attivazione e gestione dell'emergenza, quest'ultima - sembrerebbe - attuata attraverso l'adozione delle ordinanze motivate<sup>99</sup>.

Pur potendosi, come dianzi accennato, per questa via derogare transitoriamente a disposizioni normative anche di primo grado, questa normativa non prevede alcun controllo democratico.

La fase procedimentale di apertura vede infatti un unico soggetto chiamato a deliberare lo stato di emergenza - ovvero il Consiglio dei ministri, salvo la preventiva intesa con il Presidente della Regione interessata - senza alcuna condivisione con altri organi, né si mostra bilanciata da un contrappeso democratico derivante dal controllo della rappresentanza parlamentare, sia esso preventivo oppure successivo. Il Parlamento sembra completamente emarginato da qualunque valutazione anche circa l'attuazione del regime emergenziale, non intervenendo neanche nella fase successiva della gestione.

Inizialmente, peraltro, non erano previste neanche garanzie di tipo temporali e giurisdizionali. Solo in seguito sono state introdotte disposizioni legislative disciplinanti la durata massima della dichiarazione dello stato di emergenza - non superiore ai 180 giorni prorogabile per non più di ulteriori 180 giorni, ex art. 5 comma 1-bis - e ammettendosi il ricorso innanzi alla autorità giurisdizionale amministrativa contro le ordinanze e i consequenziali provvedimenti commissariali<sup>100</sup>. Dal punto di vista dei presupposti e quindi dei "limiti" sostanziali, la normativa stabilisce così attualmente che la deliberazione deve individuare la "durata ed estensione territoriale" in considerazione dell'evento emergenziale, ovvero con "specifico riferimento alla qualità ed alla natura degli eventi"<sup>101</sup>, pur nella prassi talora rivelando il venir meno del requisito della straordinarietà dell'evento<sup>102</sup>.

Altro profilo aspetto rilevante è quello del controllo di conformità.

Seppure l'atto dichiarativo, assumendo le vesti di un provvedimento amministrativo non consente, a differenza del decreto legge, un controllo di costituzionalità<sup>103</sup>, non resta certamente sottratto a una verifica della sussistenza dei "presupposti legislativamente richiesti" per la proclamazione emergenziale innanzitutto innanzi al giudice amministrativo ma anche ordinario, "nell'ambito delle rispettive competenze"<sup>104</sup>.

---

<sup>96</sup> Attualmente art. 7, comma 1 lett. c) del già menzionato Codice di protezione civile.

<sup>97</sup> Come modificato dalla lettera b) del comma 1 dell'art. 1, Decreto legge 15 maggio 2012, n. 59, ricorrendosi prima all'espressione "altri eventi".

<sup>98</sup> "Quasi perfetto", secondo qualche voce in dottrina, perchè rispondente ai requisiti previsti dalla Corte costituzionale: così G. RAZZANO, *Le ordinanze di necessità e di urgenza*, cit. 1981.

<sup>99</sup> Art. 25, comma 1, del Codice della protezione civile. Sulle ordinanze, natura e limiti, secondo la legge n. 225/92; F. SEVERI, *Le ordinanze della legge n.225/92 sulla protezione civile*, Giuffrè, Milano, 1996.

<sup>100</sup> Il limite temporale e la garanzia giurisdizionale sono stati introdotti in un secondo momento, rispettivamente, il primo, dal decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93, convertito con legge 15 ottobre 2013, n. 119, il secondo, dal d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104, modificato dal d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160.

<sup>101</sup> Così art. 5, comma 1 dedicato specificamente a "stato di emergenza e potere di ordinanza", della legge 225/92 oggi divenuto art. 24 disciplinante solo lo stato di emergenza.

<sup>102</sup> In termini critici, F. GANDINI - A. MONTAGNI, *La protezione civile*. Milano: Giuffrè, Milano, 2007, 56.

<sup>103</sup> Cfr. G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1996, 2189. Oltre a questo punto, dubbi di costituzionalità vengono anche, secondo l'A., dal rinviare, a seguito della dichiarazione emergenziale, ad altre autorità il compito di decidere con ordinanze, dall'esclusione del Parlamento e del Presidente della Repubblica dalla vicenda.

<sup>104</sup> Corte cost., sent. 24 febbraio 2010, n. 83.

In definitiva, alla luce di tutti questi aspetti, questo stato d'eccezione, mostrando un accentramento delle competenze in un unico organo – il Governo e il suo apparato amministrativo – in assenza di limiti procedurali che tutelino il permanere di uno stato di diritto democratico, se non per il controllo di conformità, si rivela di tipo forte.

#### *4.1. Il rispetto del principio di sovraordinazione tra fonti e il sindacato di conformità*

Pur apprezzando lo sforzo che con il Codice della protezione civile si è compiuto per tutelare l'integrità ordinamentale in caso di emergenze, restano alcune problematiche<sup>105</sup> non solo riguardanti la capacità di porre uno stato di eccezione che ben può limitare diritti costituzionali e tuttavia non previsto in Costituzione ma anche quanto al rispetto del principio di sovraordinazione tra fonte sulla produzione legislativa e fonte di produzione.

Malgrado infatti sia intervenuta, tra le altre, una pronuncia della Corte costituzionale tesa a puntualizzare il 'limite' del potere eccezionale di deroga temporanea della normativa primaria da parte delle ordinanze, dato dal rispetto, tra l'altro, del principio di proporzionalità (rispetto alla situazione concreta emergenziale)<sup>106</sup>, il nostro sistema costituzionale non sembra prevedere un'autorizzazione che abiliti, sia pure in via transitoria, a derogare alle leggi fuori dalla procedura legislativa. Anzi, la "forma democratica nella sua specificazione parlamentare"<sup>107</sup> postula che la funzione legislativa straordinaria derivante dagli artt. 77 e 78 Cost., "spettando in prima battuta al Governo, abbisogna di un intervento preventivo (art. 78) o successivo (art. 77) delle Camere"<sup>108</sup>.

La procedura legislativa, organizzata in Costituzione, prevede, secondo un novero tassativo, diversi atti (legge ordinaria, decreto legge convertito, decreto legislativo) idonei perciò, conformemente alla Costituzione, a derogare le fonti legislative e chiamati eventualmente a comprimere anche diritti e libertà fondamentali laddove la disciplina sarebbe riservata in via esclusiva alle assemblee legislative. Adempiendo alla riserva legislativa prevista dalla Costituzione, questa norma primaria è così soggetta a scrutinio di legittimità costituzionale.

In questo quadro poggiante su forme legislative costituzionalmente determinate non sembrerebbero trovare spazio le ordinanze in parola: questi atti amministrativi, come dichiarato da sempre dalla stessa Corte costituzionali, sono tuttavia posti sullo stesso piano della legge, configurandosi come fonte "sostanzialmente" legislativa<sup>109</sup> giacché idonee a derogare, sia pure in via transitoria, atti aventi forza e valore di legge<sup>110</sup> e sottratte a qualunque controllo da parte della Corte costituzionale, se pur assoggettabili a sindacato del giudice amministrativo peraltro rispetto a un non chiaro parametro<sup>111</sup>.

La mediazione per le ordinanze "in deroga ad ogni disposizione vigente" sembrerebbe essere data qui infatti non già da un decreto legge ma dal provvedimento amministrativo dichiarativo dell'emergenza al quale si dovrebbe conformare.

In definitiva il Codice della protezione civile, malgrado il quadro costituzionale e le "forme" legislative da questo predefinite, sembra porsi come una fonte sulla produzione legittimando – al

---

<sup>105</sup> Perplexità sono manifestate anche da E. ALBANESI – R. ZACCARIA, *Le ordinanze di protezione civile "per l'attuazione" di decreti-legge (ed altri scostamenti dalla l. n. 225 del 1992)*, in *Giur.cost.*, (2009). 2231 ss.

<sup>106</sup> Corte cost., sent. 14 aprile 1995, n. 127. V. per un commento, G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza*, in *Giur. cost.*, 1995, 2185 s.

<sup>107</sup> Cfr. MARAZZITA, *Le ordinanze di necessità*, cit., 525.

<sup>108</sup> Così G. MARAZZITA, *Ibidem*.

<sup>109</sup> Cfr. F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Torino: Giappichelli, Torino 2005, 81.

<sup>110</sup> In senso contrario v. M. CERASE, *Ordinanze di urgenza e necessità. Diz. dir. pubb. Cassese*, IV, 2006.

<sup>111</sup> All'art. 25, comma 1, si stabilisce che le ordinanze di protezione civile sono adottate "per il coordinamento dell'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza di rilievo nazionale".

pari di una fonte costituzionale – l'adozione di ordinanze derogatorie di necessità ed urgenza "per ovviare a situazioni di emergenza", senza l'intermediazione neanche di una fonte normativa di grado primario, stando un principio fondamentale della materia della protezione civile che assumerebbe una "valenza particolarmente pregnante quando sussistano ragioni di urgenza che giustifichino un intervento unitario da parte dello Stato"<sup>112</sup>: questo sarebbe possibile giacché nel caso specifico della protezione civile si sarebbe rinunciato a "un modello centralizzato per una organizzazione diffusa a carattere policentrico"<sup>113</sup> sia pure mettendo fuori gioco il sindacato di conformità.

##### 5. Alcune brevi conclusioni: il ritorno delle prerogative regie?

Con lo stato d'eccezione, pur non sospendendosi l'intero regime costituzionale, è ben possibile in definitiva arrivare alla sospensione del regime parlamentare, persino nella sua totalità. Con la sua affermazione sembra invero venire meno quasi sempre il rispetto del metodo democratico di produzione normativa, attribuendosi le competenze legislative all'organo esecutivo. Diversi possono essere così i 'modelli' eccezionali che consentono – secondo gradi diversi di decentramento parlamentare – di derogare ai principi dello stato democratico di diritto presenti nell'ambito della Costituzione vigente. L'esecutivo in questo modo, ribaltando il sistema che lo vuole controllato grazie in particolare alla "struttura" costituzionale, si trova nelle condizioni di limitare, dall'interno, secondo un diverso spazio di azione, le strutture democratiche e soprattutto di ridurre l'ambito di estensione dei meccanismi di controllo di conformità, meccanismo pure presupposto dalla stessa idea di stato di diritto che vuole, in principio, che ogni norma giuridica possa essere sottoposta a un sindacato di "conformità" rispetto ad una norma considerata come superiore.

Lo stato di diritto oggi di tipo forte quale è quello riconducibile allo stato di diritto costituzionale-democratico, che inevitabilmente implica una "limitazione" tanto per il legislatore democraticamente eletto quanto per gli organi responsabili davanti alla rappresentanza parlamentare, si ritrova a sua volta ad essere limitato a fronte dell'affermazione di uno stato di eccezione e, con questo, del passaggio della funzione normativa in capo all'esecutivo e della modifica temporanea del sistema di produzione normativa.

Pur riducendosi al minimo essenziale, lo stato di diritto deve tuttavia vedere comunque il permanere della determinazione, a un grado che sia costituzionale o altro più o meno elevato, delle norme giuridiche che lo compongono, tesa ad individuare soggetti, competenze e procedure, anche solo per le ipotesi eccezionali che attribuiscono l'abilitazione specifica e condizionata, affinché siano posti limiti giuridici, verificabili, agli atti dell'esecutivo e più, in generale, alla discrezionalità del governo. Senza questo spazio minimo di un diritto determinato nonché controllabile 'salterebbe' il sistema stesso laddove lo stato di eccezione, quale produzione di norme non più collegata a determinate regole sino ad allora vigenti, si tradurrebbe in uno stato non già di riduzione degli assetti democratici ma dittatoriale a tutti gli effetti.

---

<sup>112</sup> Corte cost., sent. 9 luglio 2008, n. 277.

<sup>113</sup> Corte cost., sent. 16 ottobre 2003, n. 327. A dire della Corte "Con l'istituzione del Servizio nazionale della protezione civile ad opera della legge di riforma n. 225 del 1992 il legislatore statale ha rinunciato ad un modello centralizzato per una organizzazione diffusa a carattere policentrico. In tale logica sono state previste tre diverse tipologie di "eventi", in relazione ai quali definire competenze e responsabilità per gli interventi: eventi fronteggiabili mediante interventi degli enti e delle amministrazioni competenti in via ordinaria [art. 2, comma 1, lettera a)]; eventi che comportano l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni competenti in via ordinaria [art. 2, comma 1, lettera b)]; calamità naturali, catastrofi o altri eventi che, per intensità ed estensione, richiedono mezzi e poteri straordinari [art. 2, comma 1, lettera c)]". A questo modello diffuso configurante "un sistema composito di competenze" si richiama la Corte anche in una successiva pronuncia, Corte cost., sent. 23 marzo 2006, n. 129.

Il giudizio di 'conformità' della norma, da parte di un soggetto separato da quello che l'ha prodotta, rispetto alla norma superiore, in quanto determinato e controllabile, costituisce allora, come sostenuto in precedenza, una delle "garanzie fondamentali dello Stato di diritto", esercitandosi con esso "un giudizio sulla conformità o meno dell'atto del Governo alla legge"<sup>114</sup>.

In questo quadro i regimi eccezionali sembrano invece vedere il conferimento all'autorità amministrativa di competenze che assumendo un carattere più o meno esteso di indeterminatezza, risultano difficilmente controllabili. Anche quando previste da una legge, questa, al pari di una sorta di delega "in bianco", si limita infatti spesso a individuare finalità generiche lasciando il contenuto sostanzialmente libero, come pure ammesso dallo stesso giudice delle leggi. Insieme alla conseguente attribuzione al soggetto titolare della funzione di un ampio margine di discrezionalità, si rende in definitiva decisamente arduo il sindacato giurisdizionale sugli atti della pubblica amministrazione di conformità rispetto ad una legge a dir poco generica.

L'arbitrio e il possibile abuso del potere, difficilmente dimostrabile a fronte di un parametro legislativo laconico, retaggio di regimi anteriori in particolare delle prerogative regie, per questa via degli stati di eccezione ben possono riemergere sottraendo a qualsiasi controllo l'Esecutivo. Per questa via, ancora, quest'ultimo finisce con il ritornare a non avere di sopra di sé un diritto determinato. Per questa via, in ultimo, a fronte di una evidente tendenza a 'normalizzare' l'emergenza e dell'emersione di democrazie cosiddette illiberali, l'indeterminato e l'incontrollabile, quanto al diritto, ben possono diventare situazioni stabili arrivando a travolgere e infrangere l'intero sistema, con buona pace dello stato di diritto.

---

<sup>114</sup> In questi termini a proposito del controllo da parte della Corte dei conti allorché la formulazione della disposizione di cui all'art. 100, comma 2, approvata in Seconda Sottocommissione il 27 gennaio 1947 faceva riferimento a un controllo di legalità e non legittimità: "La Corte dei conti esercita il controllo preventivo di legalità sugli atti del Governo nonché, anche in via successiva, su quelli di gestione del bilancio dello Stato e degli enti alla cui gestione lo Stato concorre in via ordinaria, nei limiti stabiliti dalla legge".



ELEONORA RINALDI

## La partecipazione 'da remoto' all'adozione delle deliberazioni parlamentari: paradossi di un'ipotesi recentemente formulata per rilanciare la centralità del Parlamento

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il ruolo del Parlamento nel sistema costituzionale in una situazione di emergenza in tempo di pace e i problemi scaturenti dall'impossibilità di riunire i parlamentari. – 3. *Segue*. I rimedi concretamente impiegati dalle Camere e la trasfigurazione impressa alle finalità del voto a distanza. – 4. *Segue*. Compresenza fisica e compromesso parlamentare.

### 1. Introduzione.

In un saggio del 1980 divenuto un 'classico' per gli studiosi del controllo politico parlamentare, il prof. Pasquale Costanzo ricordava il ruolo fondamentale «della pubblicità parlamentare che veniva a consacrare al massimo livello costituzionale una decisiva presa di posizione a favore del ruolo della pubblica opinione nell'ordinamento statale»<sup>1</sup>.

Comprensibilmente sottolineava non solo il clima di favore intorno all'approvazione dell'art. 28 dello Statuto albertino, ma il rapporto tra questo e il carattere liberal-rappresentativo della forma di governo perché «quando prevale il governo aristocratico od assoluto, la pubblicità scompare», mentre grazie alla «notizia continua di tutti gli atti dei vari poteri» la pubblica opinione può assolvere al compito di controllare l'azione di governo e di «eccitarla» affinché governanti e governati possano «rintracciare insieme la ragione e la giustizia»<sup>2</sup>.

Grazie alle grandi rivoluzioni liberali di fine XVIII secolo<sup>3</sup>, la connessione tra governo rappresentativo e pubblicità parlamentare diventa infatti la contropartita dell'assenza di istruzioni imperative e, in quanto consente di controllare le scelte «di quei che esercitano i poteri», innesta nel governo rappresentativo il principio democratico<sup>4</sup>.

Si sottolinea inoltre che la regola pubblicitaria, accolta come strumento di controllo della pubblica opinione sull'azione degli eletti diventa, con l'affermarsi del potere di controllo delle Camere sul Governo «... strumento di controllo dell'Esecutivo».

Il Parlamento si rende in questo caso interprete della pubblica opinione e «chiamando il Governo a spiegare e giustificare l'opera sua»<sup>5</sup> assoggetta gli atti da quello adottati al «crivello dell'opinione pubblica espressa per mezzo dei rappresentanti del Paese»<sup>6</sup>.

Il rapido richiamo di alcune affermazioni contenute nello scritto in discorso è solo uno spunto per ribadire che il legame tra pubblicità dell'azione di governo e «insopprimibili esigenze di controllo e critica da parte del Corpo Sovrano» caratterizza una parte fondamentale della produzione scientifica del Maestro genovese che, costantemente protesa ad evidenziarne la co-essenzialità all'attuazione

---

<sup>1</sup> Cfr. P. COSTANZO, *La pubblicità dei lavori parlamentari. (Profili storico-comparatistici ed aspetti attuali)*, parte II, in *Rassegna parlamentare*, n. 4/1980, 289 ss., 290.

<sup>2</sup> Così L. CASANOVA, *Del diritto costituzionale*, Firenze, 1875, 8 ss. (citato in P. COSTANZO, *La pubblicità dei lavori parlamentari*, 290-291: «il governo rappresentativo eccita l'intera società, quei che esercitano i poteri, e quei che hanno diritti, a rintracciare insieme la ragione e la giustizia; eccita l'intera moltitudine a ridursi alla unità, e fa sortire l'unità dal seno della moltitudine»).

<sup>3</sup> Nell'ordinamento inglese, cui rimonta la prima convocazione del *great and model Parliament*, i lavori parlamentari sono infatti inizialmente segreti a tutela della libertà di parola del deputato rispetto ad eventuali persecuzioni del Sovrano, così ancora P. COSTANZO, *La pubblicità dei lavori parlamentari*, cit., 205.

<sup>4</sup> Ancora L. CASANOVA, *Del diritto costituzionale*, Firenze, 1875, 8 ss.

<sup>5</sup> Così L. TAMBARO, *Saggio di diritto e politica costituzionale*, Torino, 1910, 65.

<sup>6</sup> Cfr. L. TAMBARO, *op. et loc. ult. cit.*



della democrazia, dimostra una sensibilità peculiare e criticamente fiduciosa nell'analisi degli effetti che l'evoluzione tecnologica dei mezzi di comunicazione dispiega sul funzionamento della rappresentanza<sup>7</sup>.

Le robuste potenzialità della rete Internet sono in questo senso colte sin da subito e - pur evidenziandosene i rischi -, valorizzate come garanzia di più ampia partecipazione dei cittadini alla vita delle istituzioni politiche<sup>8</sup>.

Nella Rete si individua uno strumento essenziale per riportare le Camere elettive «al centro della scena», non solo perché in grado di potenziare trasparenza e pubblicità dell'azione dei pubblici poteri in misura superiore ai tradizionali mezzi di diffusione dell'informazione politico-parlamentare, ma in quanto idonea a mettere in opera forme di partecipazione integrative della rappresentanza<sup>9</sup> che, senza sostituire «tutte le istanze mediatrici e rappresentative», possono concorrere alla costruzione di un «circuito virtuoso» tra sedi 'vecchie' e forme 'nuove' del confronto politico<sup>10</sup>.

Quest'attenzione costante ad un'implementazione adeguata delle nuove tecnologie sulle forme rappresentative tradizionali sollecita alcune riflessioni sulle ipotesi formulate per consentire il funzionamento del Parlamento 'da remoto' – evitando cioè la compresenza fisica dei parlamentari nelle sedi istituzionali - in occasione dell'emergenza sanitaria dovuta alla diffusione del virus Sars-COV-2<sup>11</sup>, in quanto ritenute fungibili rispetto a «forme e i modi delle democrazie costituzionali»<sup>12</sup>.

Tali proposte, benché finalizzate ad evitare una lunga sospensione dei lavori in un'istituzione troppo numerosa per riunirsi nei luoghi consueti senza mettere in pericolo la sicurezza delle persone coinvolte e già concretamente attuata da alcune Assemblee elettive (aventi invero un diverso ruolo nel sistema costituzionale di riferimento)<sup>13</sup>, sottendono infatti alcune criticità<sup>14</sup>.

Ora che il peggio sembra alle spalle, credo che valga la pena ritornare sul punto; il Covid-19 non è il primo né sarà l'ultimo dei problemi sanitari «che un mondo globalizzato e interconnesso ci restituirà con puntualità sempre più ravvicinata»<sup>15</sup>; se sapremo trarre insegnamento da quest'esperienza, un'emergenza che ha messo a dura prova la tenuta della nostra democrazia da

---

<sup>7</sup> Attenzione sempre protesa a distinguere tra incidenza dei nuovi mezzi di comunicazione sulle modalità di svolgimento del controllo diffuso della pubblica opinione e dimensione istituzionale, alla luce della profonda diversità esistente tra la dimensione de «l'interesse continuativo e multiforme per la cosa pubblica» e quella «di chi riveste una carica elettiva o di governo», trattandosi, in quest'ultimo caso, di una situazione non più semplicemente partecipativa, ma «istituzionalmente protagonista», cfr. P. COSTANZO, *Quale partecipazione politica attraverso le nuove tecnologie comunicative in Italia*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 3/2011, 19 ss., 21-22.

<sup>8</sup> Ancora P. COSTANZO, *La democrazia elettronica (note minime sulla c.d. e-democracy)*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2003, 465 ss.

<sup>9</sup> Per esempio, attraverso consultazioni pubbliche e/o la sottoscrizione digitale di iniziative popolari e petizioni, su cui da ultimo v. C. BERGONZINI, *Il Parlamento e la Information Communication Technology*, in D. Chinni (a cura di), *Potere e opinione pubblica. Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web*, Napoli, 2019, 19 ss.

<sup>10</sup> Cfr. P. COSTANZO, *Quale partecipazione politica attraverso le nuove tecnologie comunicative in Italia*, cit., 45 (anche per i virgolettati nel testo).

<sup>11</sup> Sull'incidenza delle malattie sulla politica e «sulle metafore della politica», cfr. M. CARDUCCI, *Il corpo "malato" del Sovrano*, in *laCostituzione.info* (<http://www.lacostituzione.info/>), 19 marzo 2020.

<sup>12</sup> Ancora P. COSTANZO, *La democrazia digitale (precauzioni per l'uso)*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2019, 84.

<sup>13</sup> Per una panoramica delle risposte date da altri Parlamenti, rinvio ad A. MALASCHINI, *Sulle concrete misure adottate dal Parlamento in occasione dell'emergenza covid-19*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 2, 2020, 268 ss., specie 280 ss. cui *adde* la modifica delle regole inerenti alle modalità di voto della Camera dei Rappresentanti U.S.A. di recente approvata.

<sup>14</sup> La sostanziale incompatibilità di spazi e tempi delle procedure democratiche (in quanto improntate ad una 'competizione cooperativa') con le logiche delle reti è evidenziata dallo stesso P. COSTANZO, *La democrazia elettronica*, cit., 472.

<sup>15</sup> Cfr. A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del Coronavirus*, in *Instant Forum della Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>), 2/2020, 8.

più punti di vista (stress del sistema delle fonti, alterazione dei rapporti tra Legislativo ed Esecutivo, restrizioni al godimento generalizzato di alcuni diritti fondamentali), ci avrà lasciato effettivamente migliori.

*2. Il ruolo del Parlamento nel sistema costituzionale in una situazione di emergenza e i problemi scaturenti dall'impossibilità di riunire i parlamentari.*

Il dibattito relativo alle modalità di esercizio del mandato parlamentare in occasione dell'emergenza dovuta al c.d. Covid-19 (*recte*: il virus è stato poi ribattezzato SARS-Cov-2) e le proposte formulate per consentire l'esercizio delle funzioni legislative e di indirizzo nascono nel corso della seduta dall'Assemblea della Camera dei Deputati del 26 febbraio 2020 e muovono dalla considerazione degli effetti prodotti sull'esercizio del mandato parlamentare dalle restrizioni alla libertà di circolazione disposte ai sensi del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 (in tema di contenimento e gestione dell'emergenza Covid-19, conv. con modif., nella l. 5 marzo 2020, n. 13)<sup>16</sup>.

Sollezata in concreto con riguardo a pochi casi, la questione è quasi subito prospettata in termini generali, in ragione degli effetti che un'estensione nazionale delle restrizioni è suscettibile di determinare sul regolare funzionamento delle Camere<sup>17</sup>.

L'insufficienza del rimedio temporaneamente individuato nell'applicazione estensiva dell'istituto della missione<sup>18</sup> o delle regole sulla sostituzione dei deputati in Commissione è evidente almeno quanto l'urgenza di una risposta conforme all'assetto ordinamentale.

Ancora non sono in gioco l'integrità del *plenum* della Camera né la validità di sedute e deliberazioni<sup>19</sup>; rimane anzi la speranza che le misure limitative della libertà di circolazione decise con riguardo ai territori di alcuni Comuni (con divieto di ingresso e allontanamento) dal d.p.c.m. del 1° marzo 2020 cessino presto di avere efficacia; ciononostante, si avvertono come imminenti l'estensione dell'ambito spazio-temporale di applicazione di quelle restrizioni e l'eventualità che un impedimento temporaneo allo svolgimento del mandato riguardi un numero di persone via via più elevato<sup>20</sup>, ciò che impone una riflessione adeguata su «come» garantire anche in quest'ipotesi il funzionamento delle Camere.

---

<sup>16</sup> I primi parlamentari a cui si decide di applicare la disciplina dei parlamentari in missione (artt. 46.2 R.C. e 108.2 R.S.) per poterli considerare presenti ai fini del raggiungimento del numero legale sono quelli che non possono raggiungere le sedi di Montecitorio e Palazzo Madama perché vivono in uno dei Comuni per i quali il d.p.c.m. 1° marzo 2020 (art. 1.1. a)) dispone il divieto di allontanamento. I casi sono discussi alla Camera dei Deputati in Aula (il 26 febbraio 2020), in sede di Conferenza dei Presidenti di Gruppo (25 e 27 febbraio) e nella riunione della Giunta per il Regolamento (cfr. il *Resoconto* del 4 marzo 2020); al Senato dalla Conferenza dei Presidenti di Gruppo il 25 e 27 febbraio 2020. Per una ricostruzione puntuale dei primi effetti prodotti dalla pandemia sull'attività parlamentare, v. S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, in *Osservatorio costituzionale* ([www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it)), n. 3/2020, 214 ss.

<sup>17</sup> Non approfondirò in questa sede la problematica incidenza esplicata dalle misure restrittive della libertà di circolazione sull'applicazione dell'art. 68 Cost., su cui da ultimo v. S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, cit., 220.

<sup>18</sup> L'orientamento sull'inclusione dei deputati in missione ai fini del computo del numero legale risale già al *parere* espresso dalla *Giunta per il Regolamento* della Camera dei Deputati nella seduta del 4 ottobre 2001.

<sup>19</sup> Dal *Resoconto* della seduta della Giunta del 4 marzo 2020 emerge peraltro che il Regolamento della Camera non prevede istituti idonei ad effettuare un bilanciamento tra gli artt. 67 e 32 Cost. e che non sussiste a questo riguardo una specifica competenza dell'Ufficio di Presidenza che, «ai sensi dell'art. 48-bis ha solo il compito di prevedere le modalità di rilevazione delle presenze e le cause di giustificazione delle assenze ai fini dell'applicazione della diaria» (p.10).

<sup>20</sup>Le conseguenze scaturenti dall'impedimento fisico e sulle modalità di sostituzione dei titolari di cariche pubbliche sono esaminate da G. SANTINI, *Funzionalità delle istituzioni e impedimento dei titolari. Note sulla supplenza in tempo di epidemia*, in *Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>), *Special Issue, Un diritto per la pandemia*, n. 1/2020, 51 ss.

Il peggio del resto si verifica; non solo il d.p.c.m. dell'8 marzo 2020 dispone misure più drastiche con riguardo alle Regioni colpite (art. 1), ma alcune di esse sono estese all'intero territorio nazionale (art. 2), fermo restando il potere delle Regioni di adottare ordinanze più restrittive<sup>21</sup>.

La riflessione sull'introduzione della possibilità di riunire il Parlamento 'da remoto' muove pertanto dall'esigenza di salvaguardare la centralità dell'istituzione come sede esclusiva della rappresentanza nazionale; è in gioco il concreto svolgersi del controllo politico su un profluvio di atti dell'Esecutivo che, forzando il modello di gestione dell'emergenza disegnato dal Codice di Protezione Civile (d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1), sanciscono una posizione di primazia della Presidenza del Consiglio finora non sperimentata<sup>22</sup>.

La rivalutazione parlamentare della vasta congerie di atti approvati, decreti-legge anzitutto ma – subito dopo - atti amministrativi in deroga alla legislazione previgente (d.p.c.m., decreti ministeriali, ordinanze del Capo del Dipartimento della Protezione civile, circolari interpretative e perfino Linee-Guida e FAQ)<sup>23</sup> è insomma irrinunciabile: un'intricata sovrapposizione di atti normativi del Governo di livello primario e secondario non è fenomeno ignoto al nostro ordinamento, né può dirsi tale l'impiego massivo della decretazione d'urgenza<sup>24</sup> associato all'adozione di ordinanze di protezione civile in deroga alla legislazione vigente; l'emergenza da Sars-Cov-2 caratterizza tuttavia in modo peculiare la catena normativa ed attuativa utilizzata perché i protagonisti della gestione della crisi sanitaria sono legittimati ad adottare - in nome del contenimento della diffusione del virus - importanti restrizioni al godimento generalizzato di alcuni diritti costituzionalmente garantiti<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> Le restrizioni alla libertà di circolazione disposte con efficacia sull'intero territorio nazionale sono spesso unite all'obbligo di quarantena da osservare in caso di arrivo 'giustificato' nel territorio di alcune Regioni. Sul susseguirsi dei d.p.c.m. adottati nelle settimane comprese tra il 23 febbraio e il 10 aprile 2020 a fini restrittivi della libertà di circolazione, cfr. F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus*, in *Costituzionalismo.it* ([www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it)), n. 1/2020, 131 ss., specie 133-134.

<sup>22</sup> In alcuni Stati dell'Unione Europea (Ungheria e Slovenia) gli organi di vertice dell'Esecutivo utilizzando oltre tutto l'emergenza sanitaria per adottare provvedimenti di dubbia compatibilità con i principi democratici, cfr. P. MARSOCCI, *Lo spazio digitale dei lavori parlamentari e l'emergenza sanitaria Covid-19*, in *MediaLaws* ([www.medialaws.eu](http://www.medialaws.eu)), 4. In Italia esprimono preoccupazione per il ridimensionamento del ruolo del Parlamento, tra gli altri, G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *UniCost* (<https://www.unicost.eu/>), 2 ss.; G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it* ([www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it)), n. 1/2020, I ss.; F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus*, *ibid.*, 131 ss.

<sup>23</sup> In termini generali, sulla catena normativa costituita da decreti-legge e ordinanze di protezione civile in deroga alla legge v. almeno l'ampio studio di C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2009, 317 ss., che si sofferma su tale catena con specifico riferimento al terremoto in Abruzzo del 2009 (318), riassumendo le quattro principali posizioni rilevabili nella dottrina costituzionalistica con riguardo all'ammissibilità delle ordinanze in deroga alla legge (325 ss.).

<sup>24</sup> Sull'abuso del decreto-legge e sull'accorpamento dei diversi decreti-legge in un'unica, eterogenea legge di conversione, già M. LUCIANI, *Atti normativi e rapporti tra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale. Tendenze recenti*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale, Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 1151 ss., 1153 (con riguardo ad episodi recenti è emblematica la vicenda della conversione in legge del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 - c.d. *Cura Italia* – (in cui sono confluiti i dd.ll. nn. 9, 11 e 14 del 2020), conv., con modif., nella l. 24 aprile 2020, n. 27). Sull'impiego ordinario del decreto-legge e sull'opportunità di distinguere tra questo e il decreto-legge straordinario insiste invece F. MODUGNO, in F. Modugno (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino 2019, 197-198, con specifico riguardo al valore vincolante o non dei limiti dettati dall'art. 15, L. n. 400/1988.

<sup>25</sup> L'adozione di decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri per specificare il contenuto di decreti-legge approvati al fine di disciplinare (tra gli altri oggetti) anche restrizioni di diritti fondamentali della persona (artt. 16 e 17 Cost.) o di libertà economiche (art. 41 Cost.) appare conseguenza necessaria della pandemia. Su questi aspetti, in termini generali, già G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Diritto amministrativo*, n. 1/2016, 33 ss., specie 65 ss. Con riguardo alle vicende più recenti parlano di norme legislative «a fattispecie aperta», E. C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus*, in *Online First*, in *Instant Forum della Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>), 2/2020, 2 ss. e M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 18 marzo 2020.

La sostanziale concordia intorno all'idea che - a Costituzione vigente - la tutela delle condizioni di esistenza della comunità politica sia implicitamente demandata al decreto-legge e che questo possa autorizzare l'Esecutivo all'adozione di provvedimenti temporaneamente derogatori della legislazione previgente<sup>26</sup> non impedisce infatti di ribadire l'esigenza di legittimazione democratica delle direttive adottate dal Presidente del Consiglio in seguito all'evolvere della situazione epidemiologica<sup>27</sup>, che si giustappone alla necessaria osservanza del principio di legalità sostanziale.

Va ricordato inoltre che la gestione politica della pandemia è segnata dal coinvolgimento di alcuni organismi tecnici di nuova istituzione (i.e. il Comitato tecnico-scientifico istituito presso la Protezione civile, la *Task-force* per la gestione della c.d. fase 2, la struttura di sostegno all'azione del Commissario straordinario nominato per la gestione dell'emergenza)<sup>28</sup> che, sotto il controllo diretto o indiretto della Presidenza del Consiglio, rendono quest'ultima responsabile di numerose decisioni operative<sup>29</sup>.

È ragionevole che nella situazione ingenerata dalla diffusione del virus sull'intero territorio nazionale la direzione politica e le scelte concrete si concentrino in capo al Governo in quanto titolare del potere di disporre con immediatezza – tramite l'amministrazione dello Stato – dei dati necessari a provvedere con continuità e tempestività ad una situazione imprevista e imprevedibile<sup>30</sup>, ma la tenuta della forma di governo si misura guardando alla proporzionalità delle misure approvate per il contenimento della pandemia ed all'operatività di forme di controllo che non possono risolversi nel solo sindacato giurisdizionale di legittimità sui singoli provvedimenti<sup>31</sup>.

---

<sup>26</sup> Per questa chiave di lettura, anche se integrata da rilievi critici in ordine alle norme inizialmente delimitative del potere di ordinanza (perché in parte generiche), v. da ultimo, almeno M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in questi stessi scritti, 1 ss. e C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti tra Stato e Regioni*, in *Amministrazione In Cammino* (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it>), 1 ss. Gli interventi correttivi del d.l. n. 6/2020 contenuti nel d.l. n. 19/2020 non hanno risolto peraltro ogni problema relativamente all'osservanza del principio di legalità sostanziale, in particolare la previsione di fattispecie di reato non tipizzate che possono dirsi integrate correttamente solo dal d.p.c.m. del 17 maggio 2020 (quest'ultimo ha precisato, rispetto ai decreti precedenti che prevedevano il divieto puntualmente sanzionato, di circolare non "in prossimità" dell'abitazione, le distanze da osservare, che sono di 1 metro oppure 2 nello svolgimento di determinate attività).

<sup>27</sup> Sui poteri di direzione del Presidente del Consiglio dei Ministri in materia di protezione civile, cfr. l'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 1/2018.

<sup>28</sup> La nomina del «Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica COVID -19» (di cui alla delibera del Consiglio dei ministri 31 gennaio 2020), benché già prevista dalla legge sulla protezione civile, è stata ribadita dall'art. 122 del d.l. n. 18/2020 (conv., con modif., nella l. n. 27/2020) e concretamente disposta con d.p.c.m. del 18 marzo 2020.

<sup>29</sup> Quest'aspetto è di particolare rilievo anche perché il Presidente del Consiglio e i soggetti da lui nominati per la gestione dell'emergenza possono a propria volta nominare altri soggetti attuatori legittimati ad agire in deroga alla legge. Di particolare rilievo sono divenuti il neo-istituito Comitato tecnico-scientifico, la struttura a sostegno del commissario straordinario Domenico Arcuri e la *Task force* per la gestione della fase 2, cfr. *Coronavirus. L'elenco completo degli atti*, in *openpolis* ([www.openpolis.it](http://www.openpolis.it)), 1° aprile 2020, e ivi il *Report* aggiornato al 7 maggio 2020 (che evidenzia l'adozione di ben 15 d.p.c.m nel periodo di riferimento).

<sup>30</sup> Questa considerazione non inficia la validità dei rilievi critici formulati da C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria gli squilibrati rapporti tra Stato e Regioni*, cit., 6 ss., con riguardo alle incongruenze dell'attività di raccolta dei dati relativi alla diffusione dell'epidemia scaturenti dalla diversa organizzazione del servizio sanitario a livello regionale.

<sup>31</sup> Sulla subordinazione al principio di legalità sostanziale delle ordinanze in deroga alla legge, cfr. almeno Corte cost., sent. 115/2011. Sulla sottoposizione delle ordinanze in deroga alla legge al principio di *legalità sostanziale*, in termini generali, cfr. almeno F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, III ed., Padova 2019, 195-198 (che riconoscono l'ammissibilità costituzionale delle ordinanze in deroga alla legge, ritenendo che le violazioni del principio di legalità scaturiscano dalla prassi attuativa) e, da ultimo, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 13 ss. che si sofferma in particolare sull'art. 2 del d.l. n. 6/2020 (in quanto le norme primarie attribuiscono poteri eccessivamente ampi alle autorità competenti). Non credo peraltro che i dubbi prospettati relativamente a questo aspetto fossero superabili semplicemente grazie alla procedimentalizzazione del potere prevista per avviare – almeno

Preservare la funzionalità delle Camere è insomma necessario; non solo per convertire i decreti-legge via via adottati, ma per vagliare la coerenza complessiva di un'attività attuativa ampiamente derogatoria della legislazione preesistente agli obiettivi indicati dalla decretazione d'urgenza<sup>32</sup>.

3. Segue. *I rimedi concretamente impiegati dalle Camere e la trasfigurazione impressa alle finalità del voto a distanza.*

All'inizio della crisi sanitaria, le Camere ridefiniscono il calendario dei lavori rinviando una serie di attività 'ordinarie' e decidendo di convenire deputati e senatori solo per l'esame degli atti indifferibili e urgenti preordinati ad affrontare l'emergenza sanitaria e gli effetti economici che ne derivano<sup>33</sup>.

A tali attività è comprensibilmente giustapposto l'esercizio dell'attività ispettiva sulle scelte del Governo relative alla gestione dell'emergenza<sup>34</sup>, che avviene inizialmente con ordinanze del Ministro della Salute<sup>35</sup>, è successivamente attratta nell'alveo del sistema organizzativo della Protezione civile, infine se ne discosta grazie alle disposizioni specificamente dettate dai decreti-legge via via emanati<sup>36</sup>.

Si dispone al tempo stesso l'auto-riduzione dei parlamentari presenti; al voto sull'autorizzazione allo scostamento dagli obiettivi programmatici e strutturali (richiesto dagli artt. 81, comma 2, Cost., e 6, comma 3, della l. n. 243/2012)<sup>37</sup> prende parte una frazione dei componenti del Parlamento in

---

in parte – ad una norma primaria necessariamente imprecisa; una soluzione di questo tipo si associa infatti al rischio di esaltare eccessivamente il ruolo degli organismi tecnici le cui valutazioni recitano la 'parte del leone' quando si tratta di individuare misure funzionali al contenimento della diffusione del Covid-19 non previste a livello politico. L'esigenza di legalità sostanziale è più correttamente soddisfatta dal lungo elenco di interventi ammessi contenuto nel successivo d.l. n. 19/2020.

<sup>32</sup> Così anche M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 12.

<sup>33</sup> In particolare, alla Camera dei Deputati, la Conferenza dei Presidenti di gruppo decide in tal senso nella riunione del 5 marzo 2020; al Senato nella riunione analoga del 9 marzo 2020 si decide all'unanimità non solo che le Commissioni parlamentari si riuniranno unicamente per la trattazione di provvedimenti connessi all'emergenza sanitaria ed economica ma che le attività di tutte le altre Commissioni saranno sospese.

<sup>34</sup> Nel *Resoconto della Giunta per il Regolamento* della Camera dei Deputati del 31 marzo 2020 si sottolinea ancora, malgrado la possibilità per i parlamentari di beneficiare delle deroghe previste con riguardo all'ambito applicativo delle restrizioni alla libertà di circolazione (cfr. d.l. n. 19/2020, conv., con modif., nella l. n. 35/2020, art. 1, comma 2, lett. a)), la necessità di ridefinire il calendario dei lavori che, oltre ad includere l'esame degli atti indifferibili e urgenti connessi all'emergenza Covid-19 (limitando al tempo stesso la presenza dei deputati in seduta per periodi prolungati) include lo svolgimento di interrogazioni a risposta immediata e di interpellanze urgenti ai fini del mantenimento di una costante interlocuzione con il Governo».

<sup>35</sup> Le ordinanze del Ministro della Salute adottate nel periodo iniziale della crisi sanitaria e applicabili all'intero territorio nazionale sono nel Dossier *L'emergenza sanitaria da Covid-19. Normativa, atti amministrativi, giurisprudenza*, costantemente aggiornato in *Diritti Regionali* ([www.dirittiregionali.it](http://www.dirittiregionali.it)).

<sup>36</sup> I decreti-legge disciplinanti le misure restrittive per prevenire la diffusione del contagio da *Coronavirus* hanno assunto carattere di specialità rispetto al Codice della Protezione civile (d.lgs. n. 1/2018), derogando al tempo stesso all'art. 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, disciplinante il potere del Ministro della Salute di adottare ordinanze di carattere contingibile e urgente in materia di igiene, sanità pubblica e polizia veterinaria. La deliberazione relativa allo stato di emergenza di carattere nazionale del 31 gennaio 2020 che avrebbe dovuto costituire la premessa dei poteri esercitati dagli organi della protezione civile è stata invece solo richiamata dai decreti in discorso.

<sup>37</sup> La comunicazione è resa dalla Presidente del Senato il 9 marzo 2020, specificando che il voto avverrà «per scaglioni e attraverso appello nominale e vedrà la presenza nel dibattito di sei senatori per gruppo onde osservare la distanza di sicurezza raccomandata per tutti i cittadini» (sulla scelta, in senso critico, v. almeno F. LANCHESTER, *Emergenza coronavirus: il dibattito sul voto a distanza. Intervista a L. Palazzolo*, 12 marzo 2020, in *Radio Radicale: www.radioradicale.it*). Alla Camera dei Deputati, in cui l'istituto dell'auto-riduzione dei parlamentari è inizialmente

applicazione di un accordo politico tra i gruppi parlamentari (il c.d. *pairing*, rimedio tipico del diritto anglosassone)<sup>38</sup> che, sebbene temporalmente collocato nella fase acuta dell'emergenza, è destinato a suscitare non poche discussioni tra i sostenitori del parlamentarismo<sup>39</sup>.

I limiti di un accordo meramente politico emergono presto; non tanto perché il concreto funzionamento dello stesso sottende l'osservanza della disciplina di gruppo ma perché, com'è del tutto legittimo, quest'ultima può essere violata; ciò che puntualmente si verifica quando, malgrado la pessima evoluzione della curva epidemiologica, si verifica la confluenza in Aula di un numero di parlamentari superiore a quello compatibile con il necessario distanziamento inter-personale<sup>40</sup>.

Le fisiologiche disfunzionalità del *pairing* accelerano l'elaborazione di proposte volte a prefigurare procedimenti speciali di approvazione delle leggi e l'introduzione, se necessaria, della partecipazione 'da remoto' alle riunioni anche quando seguite dalla messa in votazione di una deliberazione.

Tra le ipotesi formulate in questa direzione, due in particolare hanno una portata ampia e prospettano l'introduzione in via di revisione costituzionale di meccanismi derogatori dell'ordinario svolgersi dei rapporti tra Parlamento e Governo; nei casi più gravi, dopo l'adozione di una delibera a maggioranza qualificata (tre quinti dei componenti) finalizzata a riconoscere lo stato di emergenza per alcuni mesi, si prevede infatti l'operatività – in sostituzione del Parlamento nella sua composizione ordinaria – di una Commissione bicamerale unica con poteri legislativi che, composta in modo proporzionale alla consistenza di tutti i gruppi ma senza componenti del Governo, non dovrebbe essere eccessivamente numerosa - da 30 a 50 persone - per poter operare in videoconferenza<sup>41</sup>.

La seconda variante - da introdurre sempre in forma di revisione costituzionale - attiene ad un'emergenza interna meno grave, nell'ambito della quale si pensa di demandare ad una Commissione composta in modo analogo l'esercizio di compiti redigenti, riservando il voto sugli articoli e il voto finale all'Aula, anche a distanza.

---

applicato con riguardo a casi singoli, si decide di ridurre il numero dei presenti per votare lo 'scostamento di bilancio' a 350, cfr. S. CURRERI, *Il Parlamento in emergenza*, cit., 228-229.

<sup>38</sup> La definizione dell'istituto nel diritto parlamentare inglese è in T. ERSKINE MAY, *Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, XXV ed., 2019, par. 20.

<sup>39</sup> Le ombre della proposta di revisione costituzionale riguardante la riduzione del numero dei parlamentari (artt. 56, 57 e 59 Cost.) sono evidenti quanto l'incidenza della stessa sulla qualità della rappresentanza e sulla tenuta dei rapporti tra Stato ed enti territoriali, cfr. P. CARROZZA, *È solo una questione di numeri? Le proposte di riforma degli artt. 56 e 57 Cost. per la riduzione del numero dei parlamentari*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. speciale, maggio 2019, 81 ss., C. TRIPODINA, *Riduzione del numero dei parlamentari, tra riforma costituzionale ed emergenza nazionale*, in *Osservatorio costituzionale (www.osservatorioaic.it)*, n. 3/2020, 14 aprile 2020, 1 ss., e P. COSTANZO, *Quando i numeri manifestano principi ovvero della probabile incostituzionalità della riduzione dei parlamentari*, in *Consulta OnLine (www.giurcost.org)*, 2020/1, 75 ss.

<sup>40</sup> Cfr. R. DICKMANN, *Alcune questioni di costituzionalità in tema di voto parlamentare a distanza*, in *Federalismi.it (www.federalismi.it)*, Paper, 1° aprile 2020, 7, e A. MALASCHINI, *op. cit.*, 275, che riferisce del mancato rispetto dell'intesa sul contingentamento delle presenze nella seduta del 22 aprile 2020 in cui doveva votarsi sulla fiducia apposta dal Governo in seconda lettura sul decreto-legge "curaltalia".

<sup>41</sup> L'idea è demandare ad una Commissione *ad hoc* la conversione dei decreti-legge approvati per fronteggiare l'emergenza, ferma restando l'esclusione di alcune materie (per esempio le leggi elettorali e le leggi approvate a maggioranza qualificata) e la garanzia che le altre leggi approvate siano ratificate dal Parlamento entro sei mesi dall'emergenza, cfr. S. CECCANTI, *Verso una regolamentazione degli stati di emergenza per il Parlamento: proposte a regime e possibili anticipazioni immediate*, in *Instant Forum della Rivista di BioDiritto (http://rivista.biodiritto.org/)*, n. 2/2020, 2.

In entrambe le proposte, il voto deliberativo a distanza è prospettato come rimedio funzionale a preservare la capacità decisionale delle Camere in situazioni emergenziali distinte dallo stato di guerra internazionale<sup>42</sup>.

L'eccezionalità della fattispecie contemplata dall'art. 78 Cost. impone infatti di riaprire la mai sopita discussione sull'assenza di regole costituzionali specifiche relative alla legislazione di emergenza «in tempo di pace»<sup>43</sup>, che diviene particolarmente vivace a causa delle limitazioni temporaneamente disposte con riguardo all'esercizio di numerosi diritti costituzionali<sup>44</sup>.

I rischi scaturenti dall'accoglimento di modalità di risoluzione dei conflitti ispirate alla teoria dello stato di necessità o da un'idea di ragione di Stato legittimante deviazioni illimitate dalle procedure democratiche previste a garanzia dei diritti fondamentali sono infatti evidenti quanto l'importanza di prevedere di meccanismi idonei a contro-bilanciare la primazia assunta dal potere Esecutivo in situazioni di crisi<sup>45</sup>.

La riflessione sulla possibilità di introdurre modalità alternative di riunione del Parlamento si inserisce nell'orbita di questo dibattito e attiene alla possibilità di sospendere le garanzie personali e istituzionali previste dalla Costituzione<sup>46</sup>; è un profilo da non perdere di vista perché consente di comprendere i limiti delle virtù salvifiche della rappresentanza talora genericamente imputate all'esercizio a distanza delle prerogative parlamentari.

Va precisato peraltro che, malgrado le sollecitazioni, le Camere sfruttano prassi già sperimentate; prima la ridefinizione del calendario dei lavori e l'auto-riduzione dei parlamentari presenti, poi – man mano che la situazione perdura – i procedimenti legislativi decentrati nelle Commissioni, meno numerose e più agevolmente radunabili<sup>47</sup>.

La risposta delle istituzioni rappresentative si inserisce cioè nella logica dell'ordinamento parlamentare<sup>48</sup>, di cui sfrutta la secolare separatezza dall'ordinamento generale in ragione della facoltà delle Camere di modificare o derogare *nemine contradicente* a quanto in precedenza stabilito<sup>49</sup>.

---

<sup>42</sup> Per questa ragione, il modello dell'art. 78 Cost. è da alcuni Autori esplicitamente evocato, in quanto le Camere – in modo analogo a quanto consentito in caso di crisi militare – potrebbero disporre deroghe alle previsioni costituzionali che le obbligano a svolgere sedute deliberative nelle sedi istituzionali, cfr. A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del Coronavirus*, in *Instant Forum della Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>), n. 2/2020, specie 5-6 e F. TORRE, *La Costituzione sotto stress ai tempi del Coronavirus*, *ibid.*, ora in *Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>), *Special Issue*, n. 1/2020, 61 ss., 66-67.

<sup>43</sup> Così F. SORRENTINO, *Riflessioni minime*, cit., 138.

<sup>44</sup> A sostegno della scelta costituente di non normare l'emergenza interna, di recente, con ampiezza di argomenti (e indicazioni bibliografiche) v. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., specie 1-6.

<sup>45</sup> Per una riflessione ampia sui dilemmi di fronte ai quali sono posti forme e procedure del costituzionalismo democratico nelle situazioni di emergenza, rinvio a G. DE MINICO, *Costituzione emergenza terrorismo (e-book)*, Napoli, 2016.

<sup>46</sup> Sulla distinzione tra sospensione dell'esercizio dei diritti e restrizione degli stessi (in osservanza dei limiti costituzionalmente fissati), v. per tutti, A. PACE, *Problematica delle libertà fondamentali. Parte generale*, Padova, 1990, 157 ss., che individua nel decreto-legge lo strumento che la Costituzione 'mette a disposizione' per sospendere in via generale (ma per un periodo limitato di tempo) l'efficacia delle norme costituzionali attributive di diritti.

<sup>47</sup> Per un'analisi puntuale dei rimedi applicati, cfr. S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, cit., 217 ss.

<sup>48</sup> Questo accade in particolare alla Camera dei Deputati ai fini dell'impiego del procedimento in sede redigente; al Senato tale procedimento può essere già ampiamente utilizzato grazie alla riforma organica del Regolamento approvata il 17 dicembre 2017.

<sup>49</sup> Sulla base di un accordo tra i gruppi si decide infatti di non esaminare gli emendamenti presentati in Aula e di procedere direttamente al voto degli articoli proposti dalla Commissione e alla votazione finale (cfr. il resoconto della seduta della Giunta per il regolamento della Camera dei Deputati tenutasi il 31 marzo 2020.). Sull'autonomia normativa delle Camere in materia di organizzazione ed esercizio delle proprie funzioni, cfr. le mai smentite sentenze della Corte costituzionale nn. 78/1984 e 379/1996.

La torsione delle finalità cui dovrebbero essere preordinate le riunioni del Parlamento 'da remoto' si deve paradossalmente all'adozione di queste soluzioni<sup>50</sup>; muovendo dal contenuto dell'art. 64 Cost. e dall'autonomia normativa che questo riconosce alle Assemblee elettive<sup>51</sup> alcuni Autori prospettano infatti l'ammissibilità di un'interpretazione evolutiva del concetto di presenza che, funzionale a legittimare la partecipazione a distanza alle riunioni destinate a concludersi con un voto deliberativo, imprimono all'eterogenea locuzione di *e-parliament*<sup>52</sup> un'inaspettata estensione, fino ad includere anche le soluzioni utilizzabili per tutelare direttamente l'esercizio delle prerogative parlamentari<sup>53</sup>.

L'approccio di metodo al problema non è invero unitario; mentre da alcuni si ritiene che un'interpretazione evolutiva del concetto di presenza (menzionato dall'art. 64 Cost.) non possa avvenire con decisione delle Giunte per il regolamento di Camera e Senato, né attraverso deroghe puntuali ai regolamenti parlamentari eventualmente decise all'unanimità dall'Ufficio di Presidenza e dalla Conferenza dei Presidenti di Gruppo<sup>54</sup>; da altri si oppone il rischio inerente alla codificazione di tale interpretazione, in quanto veicolo di applicazione potenzialmente troppo ampia<sup>55</sup>.

L'auspicata rilettura del concetto di presenza non trova accoglimento in alcuna delle forme immaginate; le Camere continuano ad avvalersi di soluzioni sperimentate e il ricorso alle tecnologie digitali avviene solo in funzione ausiliaria delle attività parlamentari non destinate a concludersi con una deliberazione<sup>56</sup>, consentendosi al più la presentazione in formato digitale di atti di iniziativa

---

<sup>50</sup> Sulla fragilità del diritto parlamentare dell'emergenza insiste molto A. MALASCHINI, *op. cit.*, 276, auspicando una revisione dei regolamenti parlamentari.

<sup>51</sup> Così infatti l'art. 64, commi 3 e 4 Cost.: «Le deliberazioni di ciascuna Camera e del Parlamento non sono valide se non è presente la maggioranza dei loro componenti, e se non sono adottate a maggioranza dei presenti, salvo che la Costituzione prescriva una maggioranza speciale//I membri del Governo, anche se non fanno parte delle Camere, hanno diritto, e se richiesti obbligo, di assistere alle sedute. Devono essere sentiti ogni volta che lo richiedono».

<sup>52</sup> Tale locuzione è in genere impiegata per designare l'introduzione in Parlamento di meccanismi funzionali a garantire la trasparenza/accessibilità dei dati o per evocare qualche forma interazione tra cittadini e istituzioni pubbliche, cfr. già R. DE ROSA, *Il Parlamento italiano alla prova tecnologica*, in *Politica del diritto*, n. 3/2010, 545 ss. e, più di recente, R. BRACCIALE, *Il Parlamento italiano alla prova del web: alla ricerca delle affinità elettive*, in S. Bentivegna (a cura di), *Parlamento 2.0*, Milano, 2012, 186 ss.

<sup>53</sup> Sia le prerogative immediatamente connesse all'art. 67 Cost. che quelle previste dall'art. 69 Cost. ("by-passando" la spinosa questione dei limiti imposti alla libertà di circolazione dei parlamentari direttamente con decreto-legge malgrado le immunità previste dall'art. 68 Cost.).

<sup>54</sup> Per le emergenze meno gravi si prospetta così l'approvazione di riforme regolamentari che, a Costituzione invariata, consentano - previo voto unanime della Conferenza dei Capigruppo -, l'affidamento dei lavori alle commissioni in sede redigente con voto finale in Aula, oppure l'abolizione delle previsioni regolamentari che attualmente escludono dall'ambito applicativo del procedimento legislativo decentrato le leggi di conversione dei decreti-legge (cfr. ancora S. CECCANTI, *Verso una nuova regolamentazione degli stati di emergenza per il Parlamento: proposte a regime e possibili anticipazioni immediate*, cit., 2). Sul dibattito relativo alle modalità procedurali attraverso cui introdurre 'nuove' modalità di espressione del voto, ampiamente, anche P. MARSOCCI, *Lo spazio digitale dei lavori parlamentari e l'emergenza sanitaria Covid-19*, cit., 16 ss. (che si esprime peraltro in favore di modifiche regolamentari puntuali).

<sup>55</sup> Meglio fare uso dell'ampio strumentario messo a disposizione dall'ordinamento parlamentare e della possibilità di derogare alle norme regolamentari sulla base di un accordo caso per caso tra le forze politiche, magari per consentire la partecipazione da remoto solo ai parlamentari in quarantena; si prospetta così (per. es. da G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit., 8) una deroga agli artt. 96-bis R.C., 35 e 78 R.S. che attualmente escludono l'approvazione in Commissione dei disegni di legge di conversione dei decreti-legge; queste ultime non rientrano nelle leggi oggetto di riserva di Assemblea e appare possibile una deroga basata sull'accordo tra forze politiche per superare la difficoltà del Parlamento di riunirsi.

<sup>56</sup> Con circolare dell'Ufficio di Presidenza della Camera dei Deputati si consente lo svolgimento in videoconferenza delle sole audizioni informali nelle singole Commissioni, nonché «delle riunioni degli Uffici di Presidenza, sia in sede di programmazione dei lavori, sia in sede di svolgimento di audizioni» (peraltro consentito già in passato), nonché, alla medesima condizione della presenza in sede della Presidenza e della segreteria dell'organo, delle sedute dedicate alle audizioni svolte in sede plenaria». Per tutte le sedi formali di riunione è confermata la necessità della partecipazione diretta ai lavori da parte dei deputati presenti presso le sedi della Camera.



parlamentare tramite un'apposita applicazione (GeoCamera)<sup>57</sup>. Ciononostante, la possibilità di sfruttare l'autonomia parlamentare per ridiscutere il significato di presenza accolto dall'art. 64, comma 3, Cost., rimane oggetto di riflessione scientifica e, anche in ragione del ruolo assunto da Internet in un momento estremamente delicato per la tenuta della comunità politica (anzitutto in termini di coesione sociale e territoriale)<sup>58</sup>, alimenta il confronto su potenzialità e limiti ascrivibili a soluzioni direttamente incidenti sulle prerogative dei rappresentanti della Nazione. Al di là delle soluzioni concretamente ipotizzate per consentire la partecipazione a distanza e del relativo ambito di applicazione<sup>59</sup>, la disputa sul voto a distanza sottende infatti questioni più ampie che, immediatamente situate sul crinale della ridefinizione della forma di governo involgono il modo di intendere la rappresentanza<sup>60</sup>; resta da verificare fino a che punto l'impiego dei mezzi offerti dalla tecnologia digitale possa contaminare la soluzione organizzativa accolta dalla Costituzione repubblicana per realizzare il principio democratico e quale sia il limite da non superare per evitarne una completa trasfigurazione.

#### 4. Segue. *Compresenza fisica e compromesso parlamentare.*

È emblematico che la riflessione sulle nuove forme di esercizio delle prerogative parlamentari si concentri sul significato del concetto di presenza accolto dal comma 3 dell'art. 64 Cost., la disposizione che disciplina la validità delle riunioni e deliberazioni parlamentari.

Queste ultime esprimono infatti l'essenza della rappresentanza che si svolge nella storia come risposta al problema della sintesi politica dei bisogni promananti da una società divisa e frammentata, via via arricchendosi della premessa costituita dall'accettazione di valori comuni ai portatori dei diversi interessi<sup>61</sup>.

In nome dell'unità politica e a tutela dell'autonomia della decisione collettiva, i regolamenti parlamentari disciplinano il confronto tra le diverse opzioni; per addivenire ad una deliberazione condivisa si svolge, in Aula e fuori, la mediazione tra partiti e gruppi.

---

<sup>57</sup> Quest'applicazione è introdotta nel 2018 e può essere impiegata per seguire (da *smartphone* o *tablet*) i lavori parlamentari, avendo a disposizione i documenti necessari e potendo perfino presentare in formato digitale atti di iniziativa parlamentare (proposte di legge, emendamenti, mozioni, interrogazioni). Per facilitare l'inoltro di tali atti, è stato peraltro consentito a ciascun Gruppo politico d'individuare uno o più soggetti abilitati a presentare, tramite tale applicazione, gli atti firmati da uno o più deputati del Gruppo. In alternativa, è possibile l'invio dei testi, con le relative firme, per posta elettronica e in formato *pdf* unitamente ad un file *Word*, così S. CERRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, cit., 222.

<sup>58</sup> In prospettiva storica sulla c.d. rivoluzione digitale in Parlamento cfr. ancora R. DE ROSA, *Il Parlamento italiano*, cit., 568 che sottolinea peraltro che le innovazioni introdotte non modificano aspetti importanti del comportamento degli attori politici (in particolare il c.d. *overloading* di emendamenti e le pratiche ostruzionistiche), che condizionano tuttora l'efficienza del processo decisionale. Non può tacersi inoltre il perdurante ridimensionamento del *Premier Question Time* in commissione e in diretta televisiva che pure garantisce (*recte*: garantirebbe) massima visibilità del controllo parlamentare sulle scelte di governo.

<sup>59</sup> Per una ricognizione puntuale delle diverse opzioni (che possono riservare la partecipazione da remoto ad un numero predefinito di votanti tra i parlamentari, a un numero proporzionale per ciascun gruppo, o addirittura potenzialmente a tutti i parlamentari), v. da ultimo, A. MALASCHINI, *Sulle concrete misure adottate dal Parlamento in occasione dell'emergenza covid-19*, cit., 278.

<sup>60</sup> Anche dai sostenitori dell'introduzione della partecipazione a distanza a Costituzione invariata si ammette infatti che «le innovazioni digitali devono conseguire ad «un profondo ripensamento e un ridisegno dei procedimenti parlamentari», così N. LUPO, *Perché non è l'art. 64 a impedire il voto "a distanza" dei parlamentari. E perché tale voto richiede una "re-ingegnerizzazione" dei procedimenti parlamentari*, in *Osservatorio costituzionale* ([www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it)), n. 3/2020, 1-2.

<sup>61</sup> L'unità in nome dei valori costituzionali non è infatti un dato bell'è e pronto ma un'unità in parte esistenziale, in parte da raggiungere grazie al processo politico-parlamentare in cui i soggetti del pluralismo devono poter esprimere il proprio punto di vista, cfr. per tutti P. RIDOLA, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, 2011.

Non ripercorrerò in modo puntuale la disciplina dettata a questo fine dal diritto parlamentare, né le prassi che ne garantiscono la vitalità; va tuttavia ricordato che le norme regolamentari si ispirano all'esigenza di democraticità delle funzioni svolte dalla rappresentanza, permettendo l'attivazione e partecipazione ai procedimenti parlamentari di ogni rappresentante della Nazione e garantendo la pubblicità del dibattito, grazie alla quale il corpo elettorale può conoscere, giudicare ed eventualmente influire sul risultato finale del procedimento<sup>62</sup>.

La cautela da più parti auspicata con riguardo all'introduzione di soluzioni procedurali volte a formalizzare la partecipazione a distanza anche per riunioni destinate a concludersi con la messa in votazione di una deliberazione è dunque comprensibile<sup>63</sup>, non solo perché eventuali malfunzionamenti tecnici potrebbero in parte pregiudicare la funzione di legittimazione democratica concordemente ascritta al processo politico-parlamentare, ma in quanto tutt'altro che agevole è lo svolgersi 'a distanza' della dialettica parlamentare, che vive dell'accordo tra i gruppi ma anche del contributo dei singoli<sup>64</sup>.

Non è casuale che le soluzioni concretamente prospettate non prefigurino l'innesto dei nuovi mezzi digitali nelle fasi intermedie del procedimento parlamentare, limitandosi a consentire la tempestiva conversione in legge dei decreti adottati dal Governo<sup>65</sup>.

Ancora oggi è difficile individuare soluzioni tecnicamente soddisfacenti con riguardo a collegi ampi e l'applicazione delle nuove tecnologie alle fasi precedenti la votazione allunga i tempi del confronto politico, di cui irrigidisce e segmenta lo svolgimento.

Questo effetto paradossale (in tempi di emergenza, ma anche alla luce delle più recenti riforme regolamentari) illumina l'attenzione dedicata essenzialmente al momento del voto, consentendo di comprendere l'insistito riferimento alla soluzione prescelta dal Parlamento europeo durante la riunione del 26 marzo 2020; i componenti del Parlamento UE hanno votato infatti un testo elaborato dalla Commissione per affrontare la crisi sanitaria, impiegando modalità rudimentali, la cui farraginosità è stata sottolineata dallo stesso Presidente<sup>66</sup>.

Né risultano meno rilevanti le criticità correlate alle modalità di tutela della personalità e segretezza del voto a distanza, in particolare in caso di voto non espresso da postazioni controllate ma dalle abitazioni dei parlamentari che, non coincidenti necessariamente con il luogo di residenza, dovrebbero beneficiare delle garanzie tradizionalmente correlate all'immunità della sede (art. 69

---

<sup>62</sup> La democraticità della funzione esercitata discende immediatamente dalla possibilità di controllo dei rappresentati che possono eventualmente influenzare i comportamenti dei parlamentari, così, da ultimo, C.F. FERRAJOLI, *Rappresentanza politica e responsabilità. La crisi della forma di governo parlamentare in Italia*, Napoli, 2018, 310 ss. Successivamente alla discussione generale sul testo avvengono infatti l'esame e votazione di tutti gli emendamenti al singolo articolo; poi la votazione dell'articolo risultante dagli emendamenti approvato (con ripetizione dello schema per tutti gli articoli), infine l'approvazione dell'intero testo risultanti dall'esame di tutti gli articoli approvati, ciò che consente ai parlamentari una valutazione specifica dell'articolo e una valutazione d'insieme del testo (ancora C. F. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, 319).

<sup>63</sup> Mette in guardia dal rischio che soluzioni eccezionalmente adottate diano vita a soluzioni stabili, anche G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, cit., IV.

<sup>64</sup> Su questo legame insiste anche R. CALVANO, *Intervento* al dibattito Facebook intitolato: *Parlamento aperto: a distanza o in presenza?*, ora disponibile sul sito di *Radio Radicale* ([www.radioradicale.it](http://www.radioradicale.it)).

<sup>65</sup> Si ritiene sufficiente la preventiva conoscenza della bozza di deliberazione da parte dei parlamentari, cfr. S. CECCANTI, *Verso una nuova regolamentazione degli stati di emergenza per il Parlamento*, loc. ult. cit.

<sup>66</sup> Riferisce in modo puntuale degli esiti dell'"esperimento" svoltosi il 26 marzo 2020 nel Parlamento europeo (soffermandosi peraltro sulla particolare macchinosità delle procedure impiegate a garanzia della personalità del voto), il Presidente David Sassoli, nel corso dell'*Intervento* al già citato dibattito Facebook *Parlamento aperto: a distanza o in presenza?*, anch'esso disponibile sul sito di *Radio Radicale* ([www.radioradicale.it](http://www.radioradicale.it)). Con decisione del 15 maggio 2020 anche la Camera dei rappresentanti del Congresso USA ha deciso - per la prima volta nella storia - di utilizzare il voto 'da remoto' ritenuto una soluzione 'di buon senso' durante l'emergenza da Covid-19.

Cost.), in quanto questa protegge la deliberazione dall'interferenza di qualunque soggetto estraneo al Parlamento<sup>67</sup>.

Resta infine irrisolto il problema della segretezza in caso di votazione per schede<sup>68</sup>.

Si può senz'altro convenire con quanti sostengono che certi problemi tecnici sono superabili ed è difficile dissociarsi dalla fiducia riposta in risorse tecnologiche che attualmente consentono il funzionamento di interi pezzi del sistema<sup>69</sup>.

Quando si parla di soluzioni a regime, tuttavia, vale la pena ricordare i limiti di alcuni procedimenti che, maldestramente accostando lo status del parlamentare a quello di uno *smartworker*<sup>70</sup>, appaiono destinati a travolgere il lessico elementare del costituzionalismo moderno in cui la partecipazione fisica alle riunioni è presidio della libertà del mandato e della decisione collegiale autonoma<sup>71</sup>.

Un approccio acritico all'equiparazione tra deliberazione adottata da soggetti fisicamente compresenti e deliberazione a distanza potrebbe essere fatale<sup>72</sup>; al di là dell'inevitabile rallentamento che lo svolgimento delle riunioni da remoto comporta per la discussione e messa in votazione di testi eterogenei e complessi e della severità della disciplina costituzionale in materia di segretezza e personalità del voto<sup>73</sup> - invero relativizzate già in Aula in tempi recenti per dimostrare che il parlamentare assolve al proprio compito di portavoce degli elettori o che è sempre fedele alle direttive di partito<sup>74</sup> - la partecipazione a distanza priva infatti la rappresentanza della precondizione fondamentale in cui matura il convincimento personale del rappresentante della Nazione, la consultazione ampia e reciproca tra i parlamentari<sup>75</sup>.

---

<sup>67</sup> In questa prospettiva A. MALASCHINI, *Sulle concrete misure adottate dal Parlamento*, cit., 277, prospetta come possibile soluzione, la previsione di un luogo determinato dal qual esprimere il voto (per es. la residenza, ma anche la dimora) in cui i servizi amministrativi del Parlamento potrebbero offrire assistenza nell'approntamento e nella manutenzione delle infrastrutture informatiche, o in alternativa una sede pubblica quale potrebbe essere una Prefettura.

<sup>68</sup> Sui limiti del voto elettronico ampiamente, già L. TRUCCO, *Il voto elettronico nella prospettiva italiana e comparata*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2011, 47 ss. e, da ultimo, ancora A. MALASCHINI, *op. ult. cit.*, 278 ss.

<sup>69</sup> Così A. VALASTRO, *Internet e social media prima e dopo il coronavirus: fraintendimenti e deviazioni che tradiscono la democrazia sociale*, in questi stessi scritti, 16.

<sup>70</sup> Il modello del 'lavoro agile' introdotto in Italia da qualche anno (cfr. le ll. 7 agosto 2015, n. 124, e 22 maggio 2017, n. 81) temporaneamente imposto dal d.p.c.m. 8 marzo 2020 alle istituzioni amministrative (e non solo) è un esempio troppo ingombrante per essere ignorato, cfr. ancora A. VALASTRO, *op. ult. cit.*, 2.

<sup>71</sup> Vale insomma la pena di ribadire che altro è applicare all'esercizio di diritti in modalità digitale alcuni istituti, altra cosa equiparare le riunioni da remoto del Parlamento a quelle tradizionali se si guarda all'assolvimento della funzione cui le prime sono preordinate. Anche i moniti da anni formulati dal Consiglio per i diritti umani delle Nazioni unite (risoluzione del 5 luglio 2012) e dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (CM/Rec(2014)6) in direzione dell'estensione alle libertà esercitate sul *Web* delle garanzie riferite alle modalità tradizionali di esercizio dei diritti non equiparano del resto luoghi territoriali e luoghi digitali, né la compresenza fisica a quella da remoto, cfr. P. MARSOCCI, *Lo spazio digitale dei lavori parlamentari e l'emergenza sanitaria Covid-19*, cit., 18-19.

<sup>72</sup> In questa direzione, tuttavia, N. LUPO, *Perché non è l'art. 64 Cost. a impedire il voto "a distanza" dei parlamentari*, cit., 2 ss., secondo cui il concetto di presenza può essere inteso come presenza digitale grazie alla tutela dell'autonomia che alle Camere si riconosce in fase di interpretazione e applicazione del regolamento (da cui consegue l'insindacabilità di decisioni camerale volte a stabilire il voto telematico).

<sup>73</sup> Nell'applicazione di questa forma di democrazia digitale la questione «ambientale» rimane infatti irrisolta, così L. TRUCCO, *Il voto elettronico nella prospettiva italiana e comparata*, cit., 48 (specie nota 3) e 55.

<sup>74</sup> Per un'analisi di episodi recenti di violazione della segretezza del voto (con divulgazione su *Facebook* della fotografia di una scheda che avrebbe dovuto rimanere segreta), v. F. BIONDI DAL MONTE, *Svelare il voto. La percezione del voto parlamentare tra comunicazione politica e rappresentanza*, cit., specie 12.

<sup>75</sup> Ritiene pertanto che il concetto di presenza previsto dall'art. 64, comma 3, Cost. sia da declinare come presenza fisica dai regolamenti parlamentari, M. LUCIANI, *Intervento al già citato dibattito Facebook del 27 marzo 2020 intitolato: Parlamento aperto: a distanza o in presenza?*, disponibile sul sito di *Radio Radicale* (<https://www.radioradicale.it/>).

La decisione di non consentire la partecipazione alle sedute plenarie delle Commissioni o dell'intera Assemblea 'da remoto' ha pertanto correttamente sancito la primazia della compresenza fisica e l'irrinunciabilità della stessa ad evitare che i parlamentari siano chiamati unicamente a votare decisioni maturate fuori dal Parlamento<sup>76</sup>.

So bene che quest'affermazione può sembrare un'ingenua levata di scudi in favore di un parlamentarismo d'altri tempi; l'immagine di un Parlamento ratificante emerge da molto prima dell'emergenza da Covid-19<sup>77</sup> e conferma che la pandemia ha alimentato problemi risalenti.

Non solo la riduzione di competenze della rappresentanza nazionale si inserisce in un contesto (quello europeo) la cui razionalità complessiva rimane discutibile<sup>78</sup>, ma la discrezionalità residua degli Stati è concentrata nell'Esecutivo, cui il Parlamento sembra poter votare solo la fiducia iniziale<sup>79</sup>.

Né può seriamente confutarsi che l'abuso di alcune previsioni regolamentari per legiferare in maniera emergenziale costituisce un'abitudine consolidata e con esso le prassi tese a portare fuori dall'Aula il momento della mediazione politica, relativizzando al tempo stesso la valutazione parlamentare della responsabilità governativa<sup>80</sup>.

Se il testo di una legge di conversione predisposto in sede governativa e vagliato dalla sola Commissione Bilancio (di uno dei due rami del Parlamento) è messo in votazione - previa posizione della questione di fiducia - in modo indipendente dal tempo a disposizione, la volontà di precludere il dibattito è infatti evidente quanto il declassamento del principio pubblicitario, assorbito senza clamore dalla dialettica non sempre trasparente tra il Governo e la Commissione parlamentare via via coinvolta<sup>81</sup>.

---

<sup>76</sup> Sui limiti correlati ad un'utilizzazione rovesciata della logica delle reti (usate per far votare decisioni elaborate da gruppi sempre più ristretti di persone), v. già S. RODOTÁ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Bari, 1997, 164 ss., 166.

<sup>77</sup> La massima parte degli atti di iniziativa legislativa non completa il proprio *iter* (in particolare se provenienti da singoli parlamentari), le poche leggi approvate sono quasi sempre di autorizzazione e ratifica di trattati internazionali o di conversione di decreti - legge (oltre ovviamente alla legge annuale di bilancio), gli atti di controllo politico promossi dai singoli parlamentari non trovano risposta da parte dei componenti dell'Esecutivo. Riferimenti statistici puntuali a sostegno di quest'affermazione sono nel *Report* pubblicato da *openpolis* ([www.openpolis.it](http://www.openpolis.it)) il 23 marzo 2020, intitolato *Il Parlamento sospeso. Dati, analisi e confronti sui primi due anni della XVIII Legislatura*, specie 15 ss.

<sup>78</sup> In particolare perché costruito su una moneta unica che consente di conservare debiti plurimi, cfr. M. LUCIANI, *La massima concentrazione del minimo potere. Governo e attività di governo nelle democrazie contemporanee*, in *Teoria politica. Annali IV*, 2015, 113 ss., specie 127 ss.

<sup>79</sup> Sul Parlamento come «riserva di sostegno politico» del Governo, cfr. anche R. DE ROSA, *op. ult. cit.*, 372.

<sup>80</sup> Mi riferisco anzitutto ai decreti-legge *omnibus* (tra cui spicca da ultimo il d.l. n. 18/2020, conv., con modif., nella l. n. 27/2020) cui ha fatto seguito l'adozione del d.l. n. 34/2020 (in corso di conversione) - c.d. decreto *Rilancio* - composto da 266 articoli e 6 allegati che pure interviene «in materia sanitaria, di sostegno alle imprese, al lavoro ed all'economia, in materia di politiche sociali nonché misure finanziarie, fiscali e di sostegno ai diversi settori *in connessione* all'emergenza epidemiologica da Covid-19» (v. il *Preambolo*). Le pronunce della Corte costituzionale sull'omogeneità dei decreti-legge (cfr. *ex plurimis*, Corte costituzionale sentt. nn. 22/2012 e 32/2014 e, di recente, ordd. nn. 274 e 275/2019, nonché sent. n. 247/2019) non fanno riferimento alla necessaria incidenza dell'atto su un ambito materiale, ma ad una necessaria omogeneità di scopo grazie alla quale il giudice costituzionale tende a preservare «spazi di manovra, tanto più utili e necessari allorché, volta per volta, il tenore dei rapporti giuridici sottostanti la questione di legittimità richieda un'attenta modulazione di principi e dei canoni giurisprudenziali», così M. FRANCAVIGLIA, *L'apparente univocità della giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di omogeneità del decreto-legge e della legge di conversione*, in *Giur. cost.*, n. 5/2019, 2673 ss., 2682.

<sup>81</sup> Il d.l. n.18/2020, (*Cura Italia*) fa registrare la confluenza di ben tre altri decreti (nn. 9, 11 e 14 del 2020) e risulta approvato dalla Camera dei Deputati in seconda lettura in soli dieci giorni, grazie alla posizione del voto di fiducia su un testo esaminato dalla sola Commissione Bilancio, pur essendo ampiamente aperti i tempi per la discussione della legge di conversione. La legge di conversione n. 27/2002 è approvata in soli trentanove giorni. Sulle anomalie del d.l. n. 18/2020 (*Cura Italia*), rinvio a A. VERNATA, *L'ircocervo normativo. Il decreto "Cura Italia" quale prototipo di una nuova legislazione emergenziale*, in *Osservatorio costituzionale* ([www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it)), n. 3/2020, 536 ss., specie 538 ss., che

Ciononostante, altro è riconoscere le origini risalenti del Parlamento ‘sospeso’<sup>82</sup>, altra cosa è abdicare alle ragioni del compromesso politico, affidando l’esercizio delle prerogative parlamentari a mezzi che, se discrezionalmente impiegati in via ordinaria, incidono sul modo di essere della rappresentanza in quanto incentrato sulla correttezza della fase della discussione.

Dissociata dall’introduzione di regole costituzionali specificamente attinenti a situazioni emergenziali, la re-interpretazione del significato di presenza contemplato dall’art. 64, comma 3, Cost. consegue infatti all’idea che la legittimazione democratica dell’Esecutivo vada ricercata non nel dibattito parlamentare sulle scelte operate, ma nel consenso espresso dagli elettori di cui i parlamentari sono meri portavoce; la scelta del Presidente del Consiglio di far conoscere attraverso alcuni canali social (*Facebook* e *Twitter*) le decisioni adottate durante la fase acuta dell’emergenza è in tal senso emblematica e conferma la ricerca di sostegno in questa forma, anche a costo di pregiudicare l’efficacia dei provvedimenti adottati<sup>83</sup>.

Quanto un consenso fluttuante e disorganizzato possa effettivamente sostituire la legittimazione istituzionale dell’azione di governo rimane ovviamente da dimostrare<sup>84</sup>, visto che le scelte dell’Esecutivo, anche in tempi di crisi, sono continuamente messe in discussione dalle pretese dei Presidenti delle Regioni e dalle ordinanze dei Sindaci<sup>85</sup>, che adottano in più occasioni misure contrastanti con quanto previsto in atti normativi primari e secondari del livello di governo superiore<sup>86</sup>.

---

rileva inoltre come l’art. 1, comma 2, della l. n. 27/2020 abbia disposto l’abrogazione di misure contenute negli altri tre decreti citati nel testo, pur facendo salvi gli effetti e i rapporti sorti *medio tempore*.

<sup>82</sup> Dati inequivocabili emergono in tal senso dal *Report* pubblicato in *openpolis* ([www.openpolis.it](http://www.openpolis.it)), non a caso intitolato *Il Parlamento sospeso. La XVIII Legislatura*, 23 marzo 2020.

<sup>83</sup> Cfr. A. D’ALOIA, *Costituzione ed emergenza*, cit., che ricorda - con riguardo all’anticipazione, con una conferenza stampa su *Facebook* del Presidente del Consiglio, dei contenuti del d.p.c.m. 8 marzo 2020 (il c.d. decreto *lockdown*), prima che lo stesso venisse pubblicato in *Gazzetta ufficiale* -, «le scene di sabato 7 marzo alla stazione di Milano ... la fuga di migliaia di persone verso i propri comuni di origine ... (che) hanno dato l’impressione di un diritto e di una politica ... che hanno creato paura e disorientamento, con un misto di improvvisazione e pressapochismo, sul quale, quando tutto sarà finito, bisognerà riflettere» (3). Sui canoni della “comunicazione d’emergenza” rinvio inoltre al volume di F. Comunello (a cura di), *Social media e comunicazione d’emergenza*, Milano, 2014.

<sup>84</sup> Sull’incidenza ascrivibile in questa direzione alla «*forma mentis* dell’avatar (di un *nuncius* che debba essere la propria pure e semplice replica)», cfr. S. SICARDI, *La rappresentanza politica ai tempi dell’avatar. Scenari tormentati e future incognite*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. speciale, maggio 2019, 721 ss., 742 e A. GREPPI, *Il partito che non è un partito. Partecipazione e rappresentanza nel discorso pubblico di Podemos*, in *Teoria politica. Nuova Serie, Annali VIII*, 2018, 275 ss., che sottolinea come tale meccanismo comporti che «il soggetto si trasforma in popolo solo nel momento in cui arriva ad identificarsi con chi la pensa come lui, provando sensazioni simili» (289).

<sup>85</sup> Ai sensi dell’art. 3 del Codice della Protezione civile anche le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano sono infatti articolazioni del Servizio sanitario di protezione civile. Secondo i d.p.c.m. adottati per affrontare la crisi sanitaria, tuttavia, ai Presidenti delle Regioni è consentito solo l’esercizio del potere di adottare misure di contenimento del contagio *più restrittive* di quelle previste a livello nazionale, tanto che il TAR Calabria, sez. Catanzaro, 9 maggio 2020, n. 841, annulla l’ordinanza del Presidente della Regione (n. 37 del 29 aprile 2020) che, in violazione degli artt. 2 e 3 del d.l. n. 19/2020, disponeva la riapertura di bar e ristoranti nel territorio regionale. Sempre sul versante del contrasto tra ordinanze locali e d.p.c.m. ad efficacia nazionale, va ricordata la vicenda dell’annullamento straordinario deciso dal Governo con riguardo all’ordinanza del Sindaco del Comune di Messina (n. 105 del 5 aprile 2020), su cui v. N. PIGNATELLI, *Il potere di annullamento straordinario ex art. 138 TUEL di un’ordinanza comunale: il COVID-19 non “chiude” lo stretto di Messina*, in *Diritti Regionali* ([www.dirittiregionali.it](http://www.dirittiregionali.it)), 12 aprile 2020, 567 ss.; specie 574 ss.; e A. RUGGERI, *Non persuasivo il parere reso, dietro sollecitazione del Governo, dal Consiglio di Stato su un’ordinanza del Sindaco De Luca relativa all’attraversamento dello Stretto di Messina* in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 2020/I, 224 ss.; dopo questo episodio le ordinanze sindacali sono ‘bloccate’ dall’art. 35 del d.l. n. 9/2020 e poi dall’art. 3, comma 2, del d.l. n. 19/2020.

<sup>86</sup> Il d.l. n. 19/2020, conv., con modif., nella l. n. 35/2020 (v. l’art. 2 del d.l. n. 19/2020 e la seconda parte dell’art. 3, comma 3) interviene, non a caso, su questi aspetti correggendo i limiti del decreto precedente (n. 6/2020), ma prevedendo il coinvolgimento del solo Presidente della Conferenza delle Regioni e dei Presidenti delle Regioni e Province autonome nel procedimento di approvazione dei decreti del Presidente del Consiglio (sin dall’inizio si prevedeva invece

La conflittualità tra ordinanze di protezione civile efficaci sull'intero territorio nazionale e ordinanze adottate dagli organi di vertice degli enti territoriali costituisce infatti l'indesiderato prodotto di una gestione dei rapporti centro-periferia lasciata al protagonismo dei soggetti coinvolti e conferma l'irrinunciabilità del dibattito parlamentare, non solo per formalizzare il fondamento legislativo di una funzione statale di indirizzo e coordinamento dell'azione delle Regioni in materia di tutela della salute<sup>87</sup>, ma per rafforzare la legittimazione istituzionale del Governo che sola può garantire una gestione nazionale di problemi così gravi.

C'è infine da chiedersi che tipo di contributo possa offrire alla deliberazione un rappresentante della Nazione confinato nella propria solitudine dalla ritenuta fungibilità tra partecipazione da remoto e compresenza fisica nel luogo esclusivo ed originario in cui si forma la volontà generale.

Certamente Carl Schmitt, nel ricordare su un distinto versante la differenza tra sommatoria di volontà individuali e volontà della Nazione, non poteva immaginare di quale potere di conformazione degli ecosistemi informativi avrebbero beneficiato i principali Internet content provider, né le distorsioni scaturenti dalla sovrapposizione tra spazio pubblico e spazio privato quando occorre rendersi interpreti della pubblica opinione per concorrere alla formazione della volontà della Nazione.

Alcune affermazioni rimangono tuttavia attuali nella parte in cui consentono di riflettere sui limiti della sovrapposizione al confronto politico reale di «certe ingegnose invenzioni»<sup>88</sup>, oggi come allora suscettibili di incidere sulla rappresentazione della pubblica opinione scaturente dalla deliberazione parlamentare<sup>89</sup>.

Le interferenze imputabili ad alcune società private, proprietarie di piattaforme digitali, sullo svolgersi delle consultazioni elettorali in Paesi di sicura tradizione democratica sono state del resto svelate<sup>90</sup> e rendono ineludibile la definizione dei limiti opponibili agli operatori privati che mettono a disposizione gli spazi delle riunioni digitali<sup>91</sup>.

---

il coinvolgimento del Comitato tecnico-scientifico istituito con ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile al fine di valutare la proporzionalità/adequazione delle misure previste). Non è introdotta pertanto una soluzione adeguata a garantire una mediazione istituzionalizzata tra Stato, Regioni e Comuni.

<sup>87</sup>Su cui insiste C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti tra Stato e Regioni*, cit., 6.

<sup>88</sup>Cfr. C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione (1928)*, tr. it., Milano 1984, 322: «ciò non sarebbe affatto una democrazia particolarmente intensa, ma una prova del fatto che Stato e pubblicità sarebbero totalmente privatizzati. Non vi sarebbe nessuna pubblica opinione, giacché l'opinione così concorde di milioni di privati non dà nessuna pubblica opinione, il risultato è solo una somma di opinioni private». Sul concetto di opinione pubblica usato in diverse discipline ma non univoco v. almeno il classico J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica (1962)*, tr. it., Bari, 1977, nonché, per una ricostruzione più sintetica delle diverse declinazioni del concetto, N. MATTEUCCI, *Opinione pubblica*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Milano, 1980.

<sup>89</sup>La distinzione tra unità *a priori* del soggetto rappresentato (sia esso il popolo, la nazione o anche la singola *constituency*) e unità come «punto d'arrivo di un processo politico» è inoltre evidenziata – con specifico riguardo al rapporto tra riforme elettorali e rappresentanza politica – da M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia. La questione delle riforme elettorali in Italia*, Roma, 1991, specie 111 ss. (112).

<sup>90</sup>Lo scandalo che nel 2017 ha coinvolto uno dei *social network* più diffusi (*Facebook*) culminando nell'audizione di Mark Zuckerberg (inventore e proprietario della piattaforma) dinanzi al Congresso statunitense, ne costituisce esempio significativo e, in quanto immediatamente correlato allo svolgersi della campagna elettorale presidenziale negli U.S.A. (svoltasi nel 2016 e conclusasi con l'elezione di Donald Trump), ripropone all'attenzione la fondamentale questione della realizzabilità della «democrazia elettronica in senso pregnante», cfr. P. COSTANZO, *La democrazia elettronica (note minime sulla e-democracy)*, cit., 473. Sulla condizione di vulnerabilità cognitiva scaturente dall'esposizione degli individui ad un flusso continuo di informazioni, v. inoltre le interessanti riflessioni proposte da G. ORIGGI, *La democrazia può sopravvivere a Facebook? Eguaglianza epistemica, vulnerabilità cognitiva e nuove tecnologie*, in *Ragion pratica*, n. 2/2018, 445 ss.

<sup>91</sup>Così anche P. MARSOCCI, *op. ult. cit.*, 21.

Meno noto è che gli algoritmi di cui quelle società si avvalgono per veicolare flussi informativi personalizzati possono essere impiegati per plasmare i convincimenti delle persone manipolandone i processi psico-semantiche grazie all'utilizzazione dei dati immessi dagli utenti in Rete<sup>92</sup>.

Attraverso codici tecnologici e algoritmi informatici che creano «bolle culturali/ideologiche di filtraggio»<sup>93</sup>, gli intermediari del *web* decidono infatti quali contenuti mostrare e a quali utenti e – grazie al *microtargeting* – permettono di diffondere pseudo-notizie personalizzate a conferma di convincimenti superficiali<sup>94</sup>, innescando un processo di giustapposizione di opinioni individuali funzionale alla creazione 'dall'alto' di pretese rappresentative<sup>95</sup>.

Credo che la scelta di avvalersi in alcuni casi degli strumenti idonei a consentire l'esercizio delle funzioni della rappresentanza 'da remoto' non possa non tenere conto di questi aspetti che concorrono a ridefinire, unitamente all'articolarsi del rapporto pubblico/privato, un intero sistema di relazioni sociali, dentro e fuori il Parlamento.

La sfida è senz'altro inedita ma vale la pena affrontarla in nome di un ripensamento costruttivo e critico dei compiti che possiamo demandare alla Rete<sup>96</sup>; da questa consapevolezza, più che dal cieco affidarsi al mezzo Internet, dovrebbe muovere una riflessione protesa a restituire centralità alla rappresentanza; per non rimpiangere un'epoca in cui un virus non aveva ancora definitivamente contaminato la nostra vita politica e sociale.

---

<sup>92</sup> In questa prospettiva, la riproposizione recente di teorie elitiste della rappresentanza politica è l'emblema degli effetti scaturenti da un certo impiego dei nuovi mezzi di comunicazione, utilizzati per creare 'dall'alto' pretese rappresentative decise dagli stessi rappresentanti, cfr. A. MASTROPAOLO, *Le acrobazie della rappresentanza*, in *Comunicazione politica*, n. 3/2018, 317 ss., che ricorda l'elaborazione proposta da Pierre Bordieu all'inizio di questo secolo, secondo cui «la rivendicazione di rappresentanza fa tutt'uno con un'attività d'imposizione: in quanto sono gli aspiranti alla rappresentanza che costituiscono i loro rappresentati» (319-320).

<sup>93</sup> Cfr. L. G. MOLITERNO, *Demagoghi democratici. Un eterno ritorno?* in *Teoria politica. Nuova Serie, Annali IX*, 2019, 193 ss., 196.

<sup>94</sup> La portata devastante di alcune nuove tecnologie risiede nella soppressione dello spazio pubblico di espressione dell'opinione; le persone si illudono di esprimere la propria opinione ma sono "controllate" dall'alto da soggetti in grado di profilarsi per ri-orientare le loro scelte. Su quest'evoluzione v. G. GOMETZ, *Populismo digitale e democrazia eterodiretta: il pericolo sta nel mezzo*, in *Ragion pratica*, fasc. 1/2019, 233 ss., che sottolinea peraltro come questo tipo di evoluzione della sfera pubblica, benché associata al successo elettorale di forze politiche populiste, non indichi un rapporto di correlazione necessario tra quelle stesse e le attività di *micro-targeting* finalizzate a condizionare l'espressione delle preferenze degli individui (sia attraverso offerte commerciali che tramite la somministrazione di informazioni *ad hoc*).

<sup>95</sup> Su queste trasformazioni del processo rappresentativo, da ultimo, v. almeno A. SAWARD, *The Representative Claim*, New York, 2018. L'impiego eterodiretto dei nuovi mezzi di comunicazione politica a fini di formazione di una *constituency*, (con specifico riguardo all'azione del Movimento 5 Stelle), è evidenziato inoltre nell'interessante saggio di R. DE ROSA, *La constituency communication del M5S. Fra (s)personalizzazione e leadership bipolare*, in *Comunicazione politica*, n. 3/2019, 345 ss.

<sup>96</sup> Come di recente ribadito (sebbene con riguardo all'alternativa classica democrazia partecipativa/democrazia deliberativa) da P. COSTANZO, *La democrazia digitale (precauzioni per l'uso)*, cit., 87, secondo cui la prospettiva più realistica sembra tuttora «non quella della democrazia elettronica ma quella dell'elettronica nella democrazia».

**PAOLA MARSOCCI**  
**Lo spazio digitale dei lavori parlamentari**  
**e l'emergenza sanitaria Covid**

SOMMARIO: 1. Le circostanze di fatto e la loro (al momento) incessante evoluzione. Gli obiettivi del contributo. – 2. La riduzione del numero dei votanti e le altre decisioni assunte da Camera e Senato. – 3. Quali sono le questioni sul tappeto. Primo: mantenere le Camere aperte e funzionanti. Secondo: capire come, senza contrastare la Costituzione. – 4. (*segue*) Terzo: decidere (come?) con quali modalità procedurali e strumenti. Quarto: valutare se ciò valga solo nella contingenza presente o anche per il futuro. – 5. La riunione e le altre libertà praticate tramite le tecnologie digitali. – 6. Perché è (ormai) indispensabile che si scelga, distinguendo, quali sono le tecnologie digitali idonee all'esercizio della funzione parlamentare. – 7. Come non cadere nel dilemma dello "Stato soluzionista", alcune considerazioni conclusive.

*1. Le circostanze di fatto e la loro (al momento) incessante evoluzione. Gli obiettivi del contributo*

L'indagine ha ad oggetto la funzionalità del Parlamento italiano in periodi di emergenza sanitaria, un tema che si è imposto all'attenzione dell'opinione pubblica a partire dalla circostanza di fatto del contrasto alla pandemia scatenata dal virus COVID 19<sup>1</sup>. Uno dei tanti, in verità, solo che questo nuovo ceppo di Corona virus a molti appare peggiore quanto agli effetti che ha provocato e provocherà, in termini di minaccia ad alcuni beni collettivi, quali salute, sicurezza, pacifica convivenza. Porre l'attenzione anche su quest'ultimo punto<sup>2</sup> ha a mio avviso il pregio di rendere

---

<sup>1</sup> L'Organizzazione mondiale della sanità ci informa che i Coronavirus sono stati identificati a metà degli anni '60, sono noti per infettare l'uomo ed alcuni animali (inclusi uccelli e mammiferi) e che le cellule bersaglio primarie sono quelle epiteliali del tratto respiratorio e gastrointestinale. Sulle cause delle epidemie, sul nesso probabile o per alcuni accertato con l'attuale modello di urbanizzazione e produzione negli allevamenti di carne, cfr. la ricostruzione di A. L. LARA, *Causalidad de la pandemia, cualidad de la catástrofe*, in *Eldiario.es* (<https://www.eldiario.es/>), 29/03/2020; Sul tema cfr. le riflessioni di M. CARDUCCI, *Il corpo "malato" del Sovrano*, in *laCostituzione.info* (<http://www.lacostituzione.info/>) (19 marzo 2020).

<sup>2</sup> Come ha fatto G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, intervento pubblicato sul sito di *Unicost.* (<https://www.unicost.eu/>), 10 aprile 2020. L'A. richiama anche, ma per allontanare dalle suggestioni di impropri accostamenti, le previsioni dell'art. 78 Cost.

Non è infatti a mio avviso l'uso della similitudine con la Guerra (ricorrente nel linguaggio sia mediatico sia, in alcuni casi, politico) che ci può aiutare in questo frangente. Quando incautamente si utilizzano espressioni come "siamo in guerra" o simili, occorre almeno, nell'usare il paragone, separare il fatto dai suoi effetti. La guerra coinvolge le nazioni per via di un conflitto dichiarato o subito da chi ha il potere in quei territori e su quei popoli; a norma dell'art. 11 della Costituzione italiana essa è uno «strumento di offesa alla libertà degli altri popoli», che l'Italia ripudia; i conflitti bellici hanno a che fare con la volontà umana, spesso sono determinati da quella di pochi individui, che imprimono la direzione ai destini altrui, e sono da scongiurare con la stessa forza della volontà umana. Rimane preferibile parlare di 'emergenza sanitaria', per contribuire a sottolineare invece che il portatore dall'aggressione è un virus, pur sempre esterno o estraneo e pur sempre introdottosi a forza nelle nostre vite, non potendo qui entrare nel merito della delicata questione del ruolo attivo dell'umanità nell'alterazione degli equilibri ambientali, sopra accennato. Anche se torna comoda la metafora del nemico, il rischio è far scivolare questa qualifica addosso a chi è vittima, perché in prima persona colpito dalla malattia e potenzialmente infettivo, quando non a interi popoli che per primi hanno vissuto l'epidemia. Così pure, non di soldati e eroi in prima linea si deve parlare, perché la retorica offusca la questione della necessità e urgenza della piena e immediata tutela della salute psico-fisica di chi svolge determinate funzioni o attività. Non siamo testimoni di nessun "super potere", ma solo di una aumentata fragilità individuale e collettiva. Sottovalutare gli effetti delle parole di chi invoca lo Stato di guerra comporta l'ulteriore rischio di mal interpretare la conseguente riallocazione dei poteri pubblici, in particolare di quelli normativi. Tutt'altro valore ha invece la similitudine quando trattiamo del tema degli effetti dell'emergenza; dovremo da subito osservare, valutare, discutere e contrastare conseguenze e danni



necessarie le riflessioni sulle ripercussioni future della fase attuale, sollecitando alle azioni volte a prevenire e calmierare il loro impatto sulla tenuta della coesione sociale.

Questo è “il” dato da cui partire, che – oltre a non consentire previsioni sulla durata dello stato di emergenza – ci pone di fronte ad una apparentemente incessante mutevolezza, di eventi, di opinioni, di sperimentazioni. Così anche, direi persino, la catena normativa che è entrata in vigore a partire dal 31 gennaio 2020<sup>3</sup> si iscrive ‘a buon diritto’ tra i fatti esemplificativi di questo scenario e la sua interpretazione permette di puntare i riflettori sullo stato di salute (anche) della forma di governo italiana, tra indirizzo politico nazionale e rapporto tra i diversi livelli territoriali coinvolti.

Tra le circostanze di fatto che è utile porre a premessa delle considerazioni che seguono, occorre poi includere la fisicità dell’attività dei parlamentari (intesa propriamente come presenza e uso del corpo), negli spazi materiali messi a disposizione dai Palazzi della rappresentanza nazionale. La notevole e repentina diffusione della malattia non ha risparmiato infatti i membri delle Camere – come anche del Governo, Presidenti di Regione, Sindaci e consiglieri degli enti locali e regionali<sup>4</sup>, alcuni dei quali direttamente preposti alla gestione della salute pubblica –; in molti altri casi, le misure via via più restrittive rispetto al controllo sulla libertà di circolazione nel territorio nazionale hanno concretamente reso più complessi e *delicati* i loro spostamenti, in particolare per i parlamentari provenienti delle “zone rosse”.

Infine, tra le evidenze va ricordato l’uso massivo e pervasivo delle tecnologie digitali, al servizio di *ogni* libertà costituzionalmente riconosciuta e garantita (su questo specifico punto tornerò più avanti)<sup>5</sup>.

---

paragonabile a quelli di un post conflitto bellico, nelle prospettive economico-sociale, psicologico-comportamentale, etica e, non da ultimo, normativa e giuridica.

Sul punto, cfr. P. ARMAROLI, *Intervista a Sabino Cassese: “La pandemia non è una guerra. I pieni poteri al governo non sono legittimi”*, in *Il Dubbio* (<https://www.ildubbio.news/>), 13 aprile 2020; per un punto di vista non solo giuridico, cfr. le riflessioni di A. TESTA, *Smettiamo di dire che è una guerra*, in *Internazionale* (<https://www.internazionale.it/>), 30 marzo 2020 e di S. MILESI, *La viralità del linguaggio bellico*, intervista a Massimo Vedovelli, in *Vita* (<http://www.vita.it/>), 26 marzo 2020.

<sup>3</sup> Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, *Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all’insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili* (G.U. n.26 del 1-2-2020). Per una prima disamina della catena normativa, a partire da questa iniziale delibera, cfr. I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione Giustizia* (<http://www.questionegiustizia.it/>), 18 marzo 2020; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza*, in questi stessi scritti.

<sup>4</sup> Sulla malattia, come impedimento temporaneo o permanente, allo svolgimento in presenza fisica delle funzioni pubbliche, qualche riflessione ultimamente, G. SANTINI, *Funzionalità delle istituzioni e impedimento dei titolari. Note sulla supplenza in tempo di epidemia*, in *BioDiritto* (<https://www.biodiritto.org/>), 2/2020, che giunge alla fine della sua disanima condivisibilmente a ritenere che «il sistema istituzionale italiano, per le numerose norme in materia di supplenza, non vada soggetto a particolari disfunzioni nel caso di improvvisa vacanza del titolare di un organo; piuttosto, si porrebbero dei problemi qualora più soggetti risultassero impediti nello stesso momento: talora, non si riesce a rinvenire un supplente “di secondo livello”, se non a prezzo di qualche forzatura. Dovrebbero pertanto essere attentamente valutati, per il presente e per il futuro, strumenti telematici che permettano ai titolari di cariche pubbliche, confinati a domicilio o in un luogo di cura, di esercitare a distanza il maggior numero possibile di attribuzioni, fatte salve le esigenze di riserbo tipiche delle posizioni di maggiore responsabilità», 6; cfr. anche, S. CURRERI, *L’attività parlamentare ai tempi del Covid-19: fiat iustitia et pereat mundus?*, in *laCostituzione.info* (<http://www.lacostituzione.info/>), 11 marzo 2020.

<sup>5</sup> P. COSTANZO, *Miti e realtà dell’accesso a Internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org/)), Studi, 2012 (17.10.12), 4. Impiegata in modo diffuso nei contesti sociali, commerciali ed economici di tutto il mondo, la tecnologia dell’informazione, in acronimo TI (in inglese *information technology*, in acronimo IT), è l’insieme dei metodi e delle tecnologie che vengono utilizzate in ambito pubblico, privato o aziendale per l’archiviazione, la trasmissione e l’elaborazione di dati e informazioni attraverso l’uso di reti (reti aziendali, internet ecc.), elaboratori (PC, server, mainframe ecc.) e attrezzature di telecomunicazione (*datacenter, router, smartphone, tablet, GPS* ecc.). Il termine si usa comunemente come sinonimo di computer e reti di computer, ma ricomprende anche altre tecnologie di distribuzione dell’informazione come la televisione, i telefoni e internet.

Non nuove, al contrario, risultano alcune considerazioni di fondo che possono guidare il ragionamento giuridico e l'azione politico-istituzionale di questi mesi.

In gran parte delle riflessioni sino ad oggi pubblicate sono poste almeno due questioni.

La prima riguarda la possibilità che le Camere continuino a svolgere compiutamente ciascuna delle proprie attribuzioni, o almeno quella parte di attività improcrastinabili e/o essenziali per la piena tenuta del sistema democratico; tale dibattito – con al centro il rifiuto di qualsiasi forzatura al principio di non sospensione delle funzioni parlamentari in democrazia – si è fatto più acceso appena arrivata la notizia delle decisioni assunte in Ungheria e della conseguente reazione dell'Ue<sup>6</sup> ed ha aggiunto importanti spunti sul nodo del ruolo della comunicazione (istituzionale e mediatica) nella formazione dell'opinione pubblica, per il mantenimento della coesione sociale.

La seconda questione è, conseguentemente, incentrata su quali siano eventualmente i mezzi, normativi e tecnologici, sui quali si possa e occorra fare affidamento. Ci si chiede in sostanza come, riducendosi o addirittura venendo meno la possibilità per i parlamentari di essere fisicamente nei luoghi della rappresentanza nazionale, il Parlamento possa "lavorare"<sup>7</sup>, avvalendosi di strumenti e conseguentemente procedimenti che permettano di assolvere alle proprie funzioni da luoghi *altri* rispetto a quelli messi a disposizione dai palazzi di Montecitorio e Madama.

E' noto che le restrizioni all'esercizio dei diritti (giustificate, in via generale, da situazioni attuali e concrete – come nel caso dell'epidemia – di pregiudizio per la sanità, sicurezza o incolumità pubblica) introdotte dalle norme vigenti alle libertà di circolazione e di riunione valgano per tutti i cittadini e i residenti sul territorio italiano; così come è valida per tutti la deroga in caso di "comprovate esigenze lavorative"<sup>8</sup>. Tra le quattro citate nei modelli di autocertificazione messi a

---

<sup>6</sup> Cfr., la nota redazionale, *Stato di pericolo e poteri straordinari al governo ungherese*, in *Questione Giustizia* (<http://www.questionegiustizia.it/>), 1° aprile 2020. Più recentemente anche in Slovenia si paventano rischi alti per la democrazia, considerato che anche lì il Presidente ha accentrato nel governo i pieni poteri, cfr. S. BENAZZO, *Janez Janša ha ottenuto pieni poteri come Orbán. La Slovenia si scopre sovranista*, in *Linkiesta* (<https://www.linkiesta.it/>), 17 aprile 2020.

<sup>7</sup> L'uso della parola lavoro in questo scenario è scelto anche per evocare il dibattito (connotato anche da toni polemici) sulla opportunità di equiparare chi svolge funzioni pubbliche di gestione e rappresentanza con i dipendenti dei comparti chiamati ad assicurare le prestazioni e i servizi essenziali, sia pubblici sia privati, rispetto alla necessaria presenza sul luogo di lavoro. Pone opportunamente l'accento sulla distinzione tra lavoro "comune" e svolgimento delle funzioni di rappresentanza di deputati e senatori, M. ZAMPINI, *Camere riunite, trattiamo bene le nostre vituperate Camere*, in *Alto Adige*, 30 marzo 2020, 1, «a far considerare che quello dei parlamentari sia un lavoro come quello delle professioni comuni ha contribuito in modo decisivo la recisione del legame tra i parlamentari e gli eletti». Le attività dei parlamentari che non si esauriscono (non dovrebbero) nelle attività all'interno delle sedi parlamentari, ma si prolungano sui territori dal collegio elettorale, passando per i partiti, e ritorno; ciò almeno è quanto avveniva prima della serie di riforme elettorali che hanno prodotto un allontanamento dal circuito appena descritto e un accentramento dell'influenza in capo ai soli vertici delle formazioni politiche; quegli stessi vertici che hanno usato e abusato delle tecnologie digitali anche per l'assolvimento di funzioni pubbliche, oggi, in tempi di emergenza, reclamano con forza la presenza fisica nelle aule della rappresentanza. Altro è, ovviamente, sostenere come fa G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it* ([www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it)), fasc. 1/2020, 4, che sia «difficile da accettare l'idea che rimangano aperti i servizi pubblici essenziali (ospedali, farmacie, alimentari, imprese produttive necessarie, persino le tabaccherie) e non si riesca a garantire un modo per assicurare, nel rispetto delle norme di sicurezza e di quelle politiche, la continuità dell'organo vitale della democrazia rappresentativa».

<sup>8</sup> Rimane essenziale ricordare il significato specifico di *sospensione* dell'esercizio dei diritti e la necessaria distinzione da fare rispetto al concetto della loro restrizione, in osservanza dei limiti prescritti costituzionalmente e considerate le garanzie della riserva di legge e della riserva di giurisdizione; cfr., specialmente A. PACE, *Problematica delle libertà fondamentali, Lezioni. Parte generale*, II ed., Cedam, Padova, 1990, 157 ss., «la locuzione 'sospensione dei diritti costituzionali' è una formula ellittica con la quale comunemente si allude alla privazione (temporanea) dell'efficacia di una o più norme costituzionali ricognitive dei diritti, da parte di un atto-fonte diverso dalla Costituzione»; si ricorderà che l'A. individua nella legge ordinaria del Parlamento lo strumento idoneo, aggiungendo che «sembra privo di senso storico, e perciò giuridicamente scorretto, dedurre [...] la conseguenza [...] che nel nostro ordinamento, tranne l'ipotesi di 'poteri necessari' al Governo in conseguenza della delibera parlamentare dello Stato di guerra (art. 78 Cost), non

disposizione dal Ministero dell'interno (in attuazione del d.l. n. 19 del 25 marzo scorso, che all'articolo 1, comma 2, lettera a), consente espressamente «spostamenti individuali limitati nel tempo e nello spazio o motivati da esigenze lavorative, da situazioni di necessità o urgenza, da motivi di salute o da altre specifiche ragioni»), immaginiamo che sia questa, da interpretare insieme a "altre specifiche ragioni", a riguardare la circolazione dei parlamentari.

Per quel che riguarda più in generale lo svolgimento delle attività e funzioni parlamentari, è almeno opportuno ricordare, poi, che le Camere, come qualsiasi altra istituzione pubblica, si avvalgono di un numero elevato di personale (1.139 al 2017 quella dei Deputati – ultimo dato disponibile in Relazione all'Ufficio di presidenza sullo stato dell'amministrazione – e 610 il Senato – dato pubblicato sul portale istituzionale, a cui bisogna aggiungere i dipendenti dei gruppi ecc.) e che, per ciascuno di questi dipendenti, il diritto alla salute ed alla sicurezza sul posto di lavoro deve essere garantito<sup>9</sup>. Inoltre, i Palazzi della rappresentanza sono aperti ordinariamente ad un pubblico ampio, che va dai cittadini che intendano essere presenti ai lavori delle Assemblee, ai partecipanti ad incontri e convegni, ai giornalisti parlamentari, agli ospiti di parlamentari e gruppi<sup>10</sup>.

Nella prospettiva di chi studia lo spazio di Internet nel costituzionalismo, con le considerazioni che seguono si tenterà, dunque, di contribuire al dibattito sulle garanzie da apprestare ai diversi diritti coinvolti, nel caso di esercizio delle prerogative dei parlamentari tramite piattaforme digitali: (a partire da) quello di riunione, di espressione, di voto ecc..., fino al diritto alla riservatezza e intimità familiare e al domicilio dei parlamentari e di chi vive con loro e, in definitiva, si tratterà di tentare di considerare un tema enorme che ha interessato e interessa la storia della filosofia occidentale: «che cosa significa presenza, esser presente? Non sembra che vi sia nulla di più chiaro: possiamo avere dubbi sulla presenza di questo o di quello, ma non su ciò che significhi esser presente»<sup>11</sup>.

La mediazione dello strumento tecnologico contraddice (necessariamente) la presenza? E, chiedendo scusa per il gioco di parole, diviene più urgente sciogliere questo nodo nei luoghi della mediazione per eccellenza, quelli della decisione parlamentare?

## 2. La riduzione del numero dei votanti e le altre decisioni assunte da Camera e Senato

---

esisterebbe la possibilità di dichiarare lo stato di emergenza e, conseguentemente, non esisterebbe il potere governativo di sospendere in via generale, anche se per un periodo essenzialmente limitato di tempo (Corte cost., sent. n. 16/1982), l'efficacia delle norme costituzionali attributive di diritti»; scartata l'ipotesi di considerare la *necessità* come fonte autonoma del diritto, l'A. indica il decreto legge come strumento idoneo a tal fine.

A questo riguardo, G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit., propone gli argomenti utili a valutare in concreto se gli interventi istituzionali adottati siano appropriati, per negare così la necessità che «una situazione di emergenza richieda la sospensione, ancorché temporanea, delle garanzie, personali e istituzionali, previste dalla Costituzione» ed evidenzia «il punto capitale della problematica costituzionalistica della gestione dello stato di necessità: il rispetto del principio di legalità e della riserva di legge».

<sup>9</sup> Sul punto, A. MARESCA, *Il diritto del lavoro al tempo del COVID-19*, Editoriale in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 1° aprile 2020.

<sup>10</sup> A partire dal 25 febbraio 2020, i collegi dei Questori della Camera e del Senato hanno adottato una serie di misure progressive (disponibili nelle pagine degli archivi notizie dei rispettivi portali) volte a limitare l'ingresso nelle sedi della Camera a coloro che si trovassero nelle condizioni previste dalle disposizioni adottate dalle autorità sanitarie competenti, sospendendo eventi e iniziative di qualsiasi natura aperti al pubblico esterno e limitando il numero degli "ospiti" necessari (compresi i collaboratori dei membri del Governo). Le conferenze stampa sono state sospese dal 26 marzo. I lavori parlamentari, in attuazione del principio costituzionale della loro pubblicità, potranno essere seguiti, come sempre, attraverso il canale satellitare e la web-tv di Camera e Senato.

<sup>11</sup> Ce lo ricorda M. ADINOLFI, *Voto a distanza e modalità di presenza: una questione di principio*, in *PER, progresso europa riforme*, Quaderno 5, 11 marzo 2020, 1, «Anche se non fosse possibile tracciare quella linea ed escludere categoricamente la presenza in remoto, a distanza, online, dal novero delle presenze vere e reali, non per questo non sarebbe possibile distinguere queste diverse modalità di presenza, e assegnare a ciascuna regimi determinati di esercizio, e specifiche modalità di accertamento».

Il ragionamento di tutti coloro che hanno commentato cosa sta accadendo alla vita del Parlamento in questa fase ha poi, ovviamente, tenuto conto delle decisioni assunte da entrambe le Camere<sup>12</sup>. Sembra utile riepilgarle, di seguito, anche per arrivare ad analizzare le posizioni della dottrina a riguardo.

Al Senato, la Presidente Casellati ha comunicato il 9 marzo 2020 che «la Conferenza dei Capigruppo all'unanimità ha stabilito che le Commissioni permanenti si riuniranno esclusivamente per la trattazione di provvedimenti riguardanti l'emergenza sanitaria ed economica connessa al Coronavirus. Sono sospese le attività di tutte le altre Commissioni. Nella giornata di mercoledì 11, la votazione sullo scostamento di Bilancio avverrà per scaglioni e attraverso appello nominale e vedrà la presenza nel dibattito di 6 senatori per gruppo onde osservare la distanza di sicurezza raccomandata per tutti i cittadini»<sup>13</sup>.

Il 31 marzo 2020, il Presidente della Camera, Roberto Fico, ha prospettato in Giunta per il regolamento i nodi relativi alle modalità di svolgimento dei lavori delle Commissioni, che tenga conto della possibilità di dibattiti e votazioni a distanza per i parlamentari impossibilitati a prendervi parte, a causa delle limitazioni della libertà di circolazione disposte per contenere l'emergenza Covid 19, in particolare quelle che impediscono gli spostamenti dalle cd. zone e poi tra comuni<sup>14</sup>. Già in una precedente riunione (4 marzo), l'orientamento concorde era stato che fosse necessaria una previsione «di rango legislativo o, nell'immediato, anche con fonte di natura secondaria – finalizzata a consentire ai parlamentari, a determinate condizioni, tali da non mettere a rischio l'efficacia dell'azione di contenimento della diffusione del virus, di circolare sul territorio nazionale per esigenze connesse all'esercizio delle loro funzioni». Il riferimento (ad oggi) non è intervenuto esplicitamente, ma resta desumibile dalle specifiche deroghe previste dal d.l. n. 19 del 25 marzo scorso, art. 1, comma 2, lett. a). Il quadro di incertezza si è, peraltro, complicato con le ordinanze adottate da alcuni Presidenti di Regioni che hanno imposto l'obbligo di quarantena per quattordici giorni per tutti coloro che fanno ingresso nei territori delle relative regioni<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Si ricorda anche che il 14 marzo, alcuni senatori e deputati di "Movimenta", prima firmataria l'On. Quartapelle (Pd), hanno lanciato un appello per mettere in sicurezza personale e parlamentari ed adottare modalità di lavoro a distanza e riattiviamo l'attività di Palazzo Madama e Montecitorio.

<sup>13</sup> Decise le posizioni critiche sul punto della "autoriduzione" del numero dei votanti decisa da entrambi i rami del Parlamento, soprattutto riguardo alla delibera sullo sfioramento di bilancio, espresse da M. VILLONE, *Il parlamento nella spirale di due crisi*, in *Il Manifesto* (<https://ilmanifesto.it/>), 15 marzo 2020 e di M. AINIS, *Parlamento, meglio distante che latitante*, in *La Repubblica* (<https://rep.repubblica.it/>), 18 marzo 2020; C. MELZI D'ERIL e G. E. VIGEVANI, *Il Parlamento non sia assente*, in *Il Sole24Ore* (<https://www.ilssole24ore.com/>), 17 marzo 2020; F. LANCHESTER, *Emergenza coronavirus: il dibattito sul voto a distanza. Intervista a L. Palazzolo* (<http://www.radioradicale.it/scheda/600736/emergenza-coronavirus-il-dibattito-sul-voto-a-distanza-intervista-a-fulco-lanchester>), 12 marzo 2020, «occorra evitare l'antiparlamentarismo, non si può pensare di delegare ai soli capigruppo, ma bisogna preservare l'esistenza di tutta l'assemblea». Cfr. anche S. CECCANTI, *Intervento in diretta Facebook*, organizzata dal Presidente della Commissione affari costituzionali della Camera, on. Brescia, su *Parlamento aperto: a distanza o in presenza?* del 27 marzo 2020 (disponibile su *Radio radicale*, all'indirizzo <http://www.radioradicale.it/>), che segnala come la soluzione della autoriduzione pro quota sacrifici comunque il voto personale e l'immagine stessa del Parlamento, che lavora ad 1/6 delle presenze.

<sup>14</sup> Consultabile in Rete sul sito della Camera ([www.camera.it](http://www.camera.it)).

<sup>15</sup> Quando non anche il divieto di entrata e uscita dai territori regionali, frattura grave dell'ordine costituzionale, stigmatizzata anche da G. SILVESTRI, *op. ult. cit.*, «nessuna legge autorizzativa potrà mai consentire ad una Regione (a fortiori ad un ente locale) di emanare norme che impediscano o ostacolino la libera circolazione delle persone e delle cose tra le Regioni, in palese dispregio del primo comma del citato art. 120 della Cost., come purtroppo in qualche caso si sta verificando. Un blocco di transito da una Regione ad un'altra ha una rilevanza nazionale per diretto dettato costituzionale. Sempre e comunque è necessario un provvedimento statale. La Repubblica «una e indivisibile» (art. 5 Cost.) non può tollerare che parti del territorio e della popolazione nazionali si pongano in contrapposizione tra loro. Vi osta, oltre che il principio di unità nazionale, anche il principio di solidarietà (art. 2 Cost.), inconciliabile con qualunque chiusura egoistica o particolaristica». Sul punto specifico dell'impossibilità di impedire ai parlamentari il diritto-dovere

Tuttavia, dovendo contemperare tale possibilità con le prescrizioni e raccomandazioni delle autorità sanitarie, unanimemente la Conferenza dei Presidenti di Gruppo ha deciso di concentrare le attività parlamentari all'esame di atti indifferibili e urgenti, connessi all'emergenza Covid 19 e, per altro verso, di limitare la presenza dei deputati in seduta per periodi prolungati. In Assemblea, dunque, andrà solo l'«esame di progetti di legge indifferibili e urgenti – in primo luogo i disegni di legge di conversione di decreti-legge – e svolgimento di interrogazioni a risposta immediata e di interpellanze urgenti, ai fini del mantenimento di una costante interlocuzione con il Governo». Nelle Commissioni e altri organi parlamentari, avverrà solo l'esame degli atti indifferibili e urgenti, le audizioni dei Ministri di settore (o anche di altri soggetti) in relazione alle diverse tematiche connesse all'emergenza stessa, nonché sedute di sindacato ispettivo e l'espressione di pareri su atti del Governo in scadenza e non differibili.

A fronte di tale notevole riduzione e concentrazione dei lavori parlamentari (pienamente validità sotto il profilo ordinamentale e in linea, si sottolinea nel resoconto, con le drastiche misure prese dai Parlamenti di altri Paesi europei)<sup>16</sup>, la Camera ha perseguito l'obiettivo di spostare le persone coinvolte in spazi ampliati, riprogrammando l'uso di determinate aule e sale, a garanzia della distanza di sicurezza. In particolare, per i lavori dell'Assemblea, sono state adottate idonee modalità di votazione, come quella per appello nominale. Con l'obiettivo di agevolare ulteriormente l'organizzazione pratica, l'atteggiamento che trapela è quello di apertura a forme di partecipazione a distanza ai lavori, in particolare delle Commissioni (videoconferenze e trasmissione via *webtv*, con particolare riferimento allo svolgimento di sedute nelle quali non sono previste votazioni, quali quelle dedicate alle attività conoscitive e al sindacato ispettivo).

---

di raggiungere le Camere di appartenenza, cfr. R. DICKMANN, *Alcune questioni di costituzionalità in tema di voto parlamentare a distanza*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 1° aprile 2020, 15.

<sup>16</sup> Per un raffronto, v. gli spunti di F. CLEMENTI, *Proteggere la democrazia rappresentativa tramite il voto elettronico: problemi, esperienze e prospettive (anche nel tempo del coronavirus)*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), n. 6/2020, 221 ss. e *Intervento diretta Facebook*, 27 marzo, cit., dove si ricorda che «Germania, Irlanda e Polonia non hanno il vincolo della presenza fisica, la Francia ammette il voto per delega, così come Svezia e Danimarca. In Lettonia, Canada e Inghilterra i Parlamenti hanno fatto la scelta di ridurre le loro attività. Altri, come la Svizzera hanno ridotto gli spazi fisici. Il Brasile e la Spagna e Ue hanno adottato modalità a distanza».

Diversamente, M. LUCIANI, *Intervento in diretta Facebook*, organizzato dall'On G. Brescia, Presidente Camera Deputati 3 aprile 2020, (disponibile su *Radio Radicale*: <https://www.radioradicale.it/scheda/602453/parlamento-aperto-a-distanza-o-in-presenza-ii-appuntamento>) disponibile al link. sottolinea l'attenzione che si deve nella comparazione con altri ordinamenti nazionali, alle peculiarità di quanto stabilito nelle relative Costituzioni e nei Regolamenti parlamenti. Anche l'esempio del Parlamento europeo è considerato, con la grande differenza che a limitare gli spostamenti dei membri sono le nuove barriere a confine dei Paesi dell'Unione, causa della impossibilità di fatto per i parlamentari europei di recarsi a Bruxelles. Quest'ultima esperienza è stata descritta dal suo Presidente, David Sassoli, nell'*Intervento in diretta Facebook*, 27 marzo 2020, cit.

Da ultimo, a fine aprile è arrivata la decisione della Camera dei Comuni del Regno Unito di consentire una procedura ibrida con la presenza di parlamentari sia in aula sia da remoto. Lo stesso Presidente della Commissione che ha proposto la modifica, Sir Lindsay, ha dichiarato di immaginare questa situazione come un passo verso un Parlamento completamente virtuale, utile a consentire ai parlamentari di rimanere vicini alle loro comunità, pur continuando il loro importante lavoro di supervisione del governo (cfr. *Coronavirus: deputati intervistano i ministri tramite videoconferenza*, in *DicoNews* (<https://diconews.com/>), 16 aprile 2020). Decisione assunta non senza conflittualità, come riporta la cronaca, tra le posizioni del *Leader of the House*, Jacob Rees-Mogg, il quale ha osservato che «oggi, invece grazie alla tecnologia il Parlamento può riunirsi, seppur in condizioni straordinarie, e non potrei essere più d'accordo con questa soluzione» e quelle di altra parte del partito conservatore, che ritiene la decisione scioccante e antidemocratica. Il piano per portare avanti i lavori parlamentare con un format ibrido, ovvero 50 deputati in aula a Westminster debitamente distanziati e altri 120 a rotazione (su 650) – che non prevede per il momento l'espressione del voto da remoto –, collegati in remoto tramite la piattaforma *Zoom*, è stato approvato senza che fosse necessario un voto formale e sarà utilizzato inizialmente fino al 12 maggio, ma potrebbe essere prorogato a seconda delle esigenze, cfr. A. GUERRERA, *Gb, Il coronavirus trasforma la Camera dei Comuni in un "Parlamento virtuale"*, in *la Repubblica* (<https://www.repubblica.it/>), 21 aprile 2020.

Attraverso queste comunicazioni, il Presidente, ha avuto la possibilità sia di ribadire che «tutti i parlamentari – con eccezione di coloro che per motivi sanitari di natura personale non possono allontanarsi dal luogo di domicilio – possono effettuare spostamenti» e raggiungere le sedi della Camera, sia di sollecitare la ricerca di «ulteriori strumenti e procedure già previsti nel nostro ordinamento da attivare nel contesto attuale e, dall'altro, le innovazioni che possono essere eventualmente introdotte, anche attraverso una applicazione in via analogica di istituti vigenti<sup>17</sup>, in termini compatibili con le norme ed i principi del Regolamento e con la Carta costituzionale».

Altrettanto chiaramente, è prospettato il tema della possibile interpretazione evolutiva dell'art. 64 Cost. che consenta (in situazioni emergenziali, però) di considerare presenti ai lavori deputati che partecipino agli stessi da remoto, per il tramite di videoconferenze o altri strumenti tecnologici, senza pregiudizio per le prerogative dei parlamentari (discussione, voto, immunità di sede, divieto di accesso alle aule parlamentari da parte di estranei, poteri presidenziali di controllo della regolarità dei lavori). In ogni modo, ciò che – evidentemente con la fretta richiesta – viene sollecitato è «un'ampia adesione da parte delle forze politiche».

Accordo che può essere facilmente raggiunto per quanto concerne le “attività informali”, anche delle Commissioni permanenti<sup>18</sup>. Mentre, per le sedi formali di riunione delle Commissioni, la Presidenza si è pronunciata nel senso che debba rimanere ferma la partecipazione diretta ai lavori, con il massimo accesso possibile anche dei deputati assenti all'informazione sui lavori parlamentari tramite il circuito chiuso o, in via sperimentale e eccezionale tramite la rete Intranet della Camera.

### *3. Quali sono le questioni sul tappeto. Primo: mantenere le Camere aperte e funzionanti. secondo: capire come, senza contrastare la Costituzione*

Tutti i costituzionalisti intervenuti sul tema del mantenimento della funzionalità delle Camere, ad oggi, manifestano (anche negli interventi diretti all'opinione pubblica, comparsi sui media) l'esigenza di ribadire, in questa temperie, la centralità del Parlamento<sup>19</sup>. Si tratta di un bel segnale di compattezza e di un salutare contributo che è intervenuto immediatamente, con le prime evidenze di un rallentamento dell'esercizio sia della funzione legislativa sia di quella di indirizzo e controllo sul Governo.

---

<sup>17</sup> Così, sono state prospettate dalla dottrina la possibilità di istituire una Commissione speciale, ai sensi dell'articolo 22 del Regolamento, cui affidare, in sede referente, i progetti di legge indifferibili e urgenti (in realtà già scartata); le disposizioni sull'istituto delle sostituzioni dei deputati impediti a partecipare ai lavori della rispettiva Commissione; il ricorso ampliato alle sedi redigente e legislativa, difficilmente praticabile visti i contenuti dei d.l. in conversione, l'accordo tra i Gruppi (dunque non vincolante per i singoli parlamentari) di non procedere alla fase di esame degli emendamenti in Assemblea, realizzando, in via di fatto, un effetto in parte analogo a quello proprio della sede redigente, che riserva alla fase di Commissione l'esame delle proposte emendative.

<sup>18</sup> Ricorda il Presidente che «si svolgono in sede informale quelle attività che, pur riconducibili all'attività istituzionale dell'organo, non sono soggette a resocontazione (salva l'indicazione, negli atti della Camera, dell'orario di svolgimento e salva, per le sole audizioni informali, la trasmissione via webtv) ... [sebbene] rilevanti sul piano procedurale e regolamentare, svolte con la presidenza del Presidente, in sede plenaria o di collegi minori, previo invio ai componenti della convocazione ufficiale, oggetto anche di pubblicazione sul sito della Camera e nell'apposito bollettino». In sostanza, si tratta delle riunioni degli Uffici di presidenza, sia in sede di programmazione dei lavori sia in sede di svolgimento di audizioni, modalità quest'ultima ampiamente conosciuta in via di prassi. Da queste vanno tenute distinte le attività non propriamente istituzionali, ma funzionali alla loro organizzazione (come riunioni, contatti per le vie brevi), svolte dai membri della Commissione o da una parte di essi, con o senza la partecipazione di soggetti esterni.

<sup>19</sup> Si vedano, almeno, M. AINIS, *Parlamento, meglio distante che latitante*, cit. e B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), n. 6/2020, editoriale del 18 marzo 2020.

Nessun dubbio che, «dal punto di vista costituzionale, il Parlamento non chiude mai»<sup>20</sup>, «organo costituzionalmente necessario, da garantire senza eccezioni, come da lungo tempo insegna la Corte costituzionale, nella continuità operativa»<sup>21</sup>, non può fermarsi o rischiare di fermarsi<sup>22</sup>; affermazioni da ribadire con forza quando si tratta di disciplinare limiti eccezionali ai diritti costituzionalmente garantiti<sup>23</sup>. In gioco sarebbe anche la legittimazione delle Assemblee legislative nazionali, in termini di visibilità di fronte all'opinione pubblica e dunque di credibilità e fiducia<sup>24</sup>.

Come anche, prosegue l'esercizio delle funzioni del Presidente della Repubblica, della Corte costituzionale<sup>25</sup>, del Governo anche se sono variate sensibilmente – e con effetti che sarà

---

<sup>20</sup>G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale d'eccezione*, cit, IV, descrive un Parlamento che «in questo momento appare paralizzato, avendo stabilito di sospendere tutte le sedute ordinarie, non riuscendo neppure più a votare in fretta e furia i provvedimenti necessari per far fronte alla pandemia».

<sup>21</sup> M. VILLONE, *Il parlamento nella spirale di due crisi*, cit.; A. PERTICI, *Coronavirus, le Camere dimezzate votano il bilancio*, in *La Stampa* (<https://www.lastampa.it/>), 11 marzo 2020.

<sup>22</sup> Per A. MALASCHINI, *Procedure parlamentari e legislazione d'emergenza*, in *Working Paper Series*, LUISS School of Government, marzo 2020, «qualsiasi suggestione di sospensione dell'attività parlamentare non può essere accettata», 1; così anche, B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus*, cit., vii.

<sup>23</sup> Così, P. ARMAROLI, *Ma Churchill qui da noi non è di casa. Il parlamento che chiude i battenti è uno spot contro la democrazia rappresentativa*, in *Il Dubbio* (<https://www.ildubbio.news/>), 13 marzo 2020; C. FUSARO, *Le camere nell'emergenza della pandemia*, in *PER, Progresso, Europa, Riforme* (<https://perfondazione.eu/>), 18 marzo 2020; G. AZZARITI, *I pieni e solitari poteri del capo del governo extraordinem*, in *Il Manifesto*, 19 marzo 2020; L. MAZZAROLLI, *Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), n. 1/2020, 23 marzo 2020; R. DICKMANN, *Alcune questioni di costituzionalità*, cit., 7.

<sup>24</sup> Quest'ultimo è tra gli altri argomenti della contrarietà alle attività a distanza dei parlamentari, con eccezione per lo svolgimento di audizioni in commissione tramite videoconferenze o l'utilizzo di strumenti telematici per sedi informali e non deliberative; come accennato, questa modalità è stata utilizzata da entrambi i rami di Parlamento, a titolo di esempio, cfr. l'audizione informale, in videoconferenza, del Ministro dell'Economia e delle finanze, Roberto Gualtieri, sulle *recenti misure economiche adottate dal Governo per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19*, di martedì 24 marzo, svolta presso la Nuova Aula dei Gruppi parlamentari e la Sala Koch, con le Commissioni riunite Bilancio di Camera e Senato. Sul punto, cfr. A. PERTICI, *Coronavirus*, cit., quando osserva che «l'attività delle commissioni è importante, ma non può essere sostitutiva e poi l'istituzione deve farsi vedere e sentire, in momenti come questo»; V. LIPPOLIS, *Parlamento a distanza? Meglio di no*, in *Il Dubbio* (<https://www.ildubbio.news/>), 1° aprile 2020, pone quello a sostegno della strada imboccata finora da Camera e Senato, ossia che sia «ragionevole ridurre all'essenziale i lavori, ma dare al Paese l'immagine della loro presenza sia pure con gli accorgimenti che la pandemia impone». Cfr. anche M. VILLONE, *Camere a eletti contingentati, è incostituzionale*, in *Il Manifesto* (<https://ilmanifesto.it/>), 11 marzo 2020, quando «osserva che quel che accade è uno spot per chi vuole rottamare la democrazia rappresentativa». Così anche R. CALVANO, intervento in *Parlamento aperto: a distanza o in presenza? (Il appuntamento)*, dibattito su Facebook, 3 aprile, cit. Si vedano anche le osservazioni di M. BOZZAOTRE, *Alcune considerazioni su voto parlamentare a distanza, corpi del sovrano e metafisica della presenza*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 11 aprile 2020, 39 e s., sulla necessità di mostrare le sembianze fisiche ('corpo') del Parlamento non meno del corpo fisico (di cui salvaguardare l'incolumità) dei parlamentari.

<sup>25</sup> Si vedano le disposizioni della Presidente della Corte costituzionale (assunte «su conforme avviso espresso dal collegio»), del 24 marzo 2020, Ulteriori misure per garantire la continuità dei giudizi costituzionali durante l'emergenza covid-19 e del 20 aprile 2020, Ulteriori misure per lo svolgimento dei giudizi davanti alla Corte, anche da remoto, durante l'emergenza epidemiologica covid-19. In questo secondo documento si legge, in particolare, «1.- Durante il periodo dell'emergenza epidemiologica, fino al 30 giugno 2020 e comunque sino a nuovo provvedimento, i lavori della Corte costituzionale proseguono secondo le seguenti modalità: a) la partecipazione dei giudici alle camere di consiglio e alle udienze pubbliche può avvenire anche mediante collegamenti da remoto e in luogo da cui essi si collegano e considerato camera di consiglio o aula di udienza a tutti gli effetti di legge; b) le modalità di cui alla lettera precedente possono essere adottate per ogni altra riunione della Corte, dei suoi giudici e organi interni, incluse le adunanze per deliberazioni amministrative, nonché quelle dell'Ufficio di presidenza, delle commissioni e dei gruppi di lavoro». Cfr., P. COSTANZO, *Con l'emergenza, decolla la Corte 2.0*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), Studi, 2020/I, 158 ss., che evidenzia l'attenzione che la Consulta ha mostrato già da prima della emergenza riguardo all'uso dello strumento telematico, ricostruisce e commenta l'attuale regolamentazione, spinta fino ad interessare rilevanti fasi processuali.

Ricorda G. SANTINI, *Funzionalità delle istituzioni e impedimento dei titolari*, cit., 5, «tra gli organi collegiali, occorre distinguere quelli che possono sospendere, per un certo periodo, la propria attività da quelli cui spettano, comunque,

importante valutare con attenzione – le relative modalità di rappresentazione pubblica, con una notevole accentuazione della visibilità dei soli vertici di taluni organi (ovviamente, anche a livello territoriale e locale). Tuttavia, se da una parte è ammissibile e comprensibile una sovraesposizione del Governo – con modalità che permettono di arrivare direttamente all’opinione pubblica e non solo a quella nazionale –, non è auspicabile una sua contestuale sottoesposizione ‘in’ Parlamento<sup>26</sup>. Non è infatti da trascurare la preoccupazione di coloro che hanno lamentato la riduzione dell’uso del *question time*, strumento che ha appunto il pregio di rendere visibile il legame tra legislativo e l’esecutivo e di farlo ‘nelle’ sedi della rappresentanza nazionale.

Altra preoccupazione comune dei costituzionalisti è stata quella di ribadire che in Parlamento, al fine di decidere, non solo si vota, ma ci si confronta (anche all’interno di ciascun gruppo e fuori dalle aule delle Assemblee e delle commissioni), dialogando e ricercando soluzioni tra le diverse proposte politiche<sup>27</sup>. Nell’ammonire che il Parlamento non si deve ridurre ad un “votificio”, alcuni hanno anche ricordato, quasi già con una punta di nostalgia, il contatto fisico e lo scontro materiale del quale non infrequentemente viene data notizia nei resoconti dei lavori parlamentari<sup>28</sup>.

Quando però si è aperto il confronto sul *come* sarebbe e sarà possibile garantire la funzionalità delle Camere, per un tempo che ancora oggi non riusciamo a quantificare, le divergenze sono emerse ed il confronto si è avviato anche sollecitato da personalità politiche e organi di stampa.

Premesse le circostanze di fatto che ho sopra richiamato, il dibattito ha preso avvio dalla questione dell’interpretazione delle disposizioni costituzionali che riguardano il voto dei parlamentari, contenute nell’articolo 64, in particolare, nei comma terzo e quarto: «Le deliberazioni di ciascuna Camera e del Parlamento non sono valide se non è presente la maggioranza dei loro componenti, e se non sono adottate a maggioranza dei presenti, salvo che la Costituzione prescriva una maggioranza speciale. I membri del Governo, anche se non fanno parte delle Camere, hanno

---

adempimenti urgenti e indifferibili. Tra i primi, si può menzionare la Corte costituzionale, che ha deciso, per il mese di marzo, di sospendere le udienze pubbliche e l’audizione di esperti, «esaminando la possibilità di predisporre nuove modalità di trattazione delle udienze, sfruttando le opportunità offerte dalla tecnologia» (c.s., 9 mar. 2020). Tra i secondi, il Consiglio dei ministri, fortunatamente, può funzionare a ranghi ridotti, in quanto il d.p.c.m. 10 nov. 1993, che ne regola i lavori, prevede, per i componenti, un obbligo di partecipazione, ma fa salvi gli impedimenti motivati e comunque non fissa un numero legale (art.1.4). Peraltro, le deleghe di eventuali Ministri deceduti o divenuti incapaci potranno essere riassegnate ad interim con decreto del Presidente della Repubblica (art. 9.4 l. 400/88); in caso di impedimento temporaneo, il Consiglio potrebbe, con la loro intesa, invitare a partecipare, senza diritto di voto, eventuali Viceministri (art. 10.4, l. 400); il supplente del Segretario del Consiglio è individuato nel Ministro più giovane (art. 1.3 d.p.c.m. 10 nov. 1993)».

<sup>26</sup> Non è in questo contributo possibile un approfondimento su quanto sia mutata la comunicazione istituzionale nella fase dell’emergenza, rinvio però a precedenti mie considerazioni sul tema della nozione, delle attività e degli strumenti della pubblicità dell’agire degli organi costituzionali, delle altre istituzioni e degli enti pubblici, cfr. *Poteri e pubblicità. Per una teoria giuridica della comunicazione istituzionale*, Cedam, Padova, 2002 e *Indirizzo politico, comunicazione, responsabilità giuridica. Il programma di governo alla prova dell’opinione pubblica*, in P. Marsocci (a cura di), *‘Esporre’ la democrazia. Profili giuridici della comunicazione del Governo*, collana Diritto e società, Franco Angeli, Roma, 2007. Sul tema, recenti ed interessanti i lavori di A. I. ARENA, *L’esternazione del pubblico potere*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019 e D. Chinni, *Potere e opinione pubblica. Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019.

<sup>27</sup> M. VILLONE, *La rappresentanza non si pratica a distanza*, in *Il Manifesto* (<https://ilmanifesto.it/>), 31 marzo 2020. N. Lupo, *Perché non è l’art. 64 Cost. a impedire il voto “a distanza” dei parlamentari. E perché ammettere tale voto richiede una “re-ingegnerizzazione” dei procedimenti parlamentari*, in *Osservatorio costituzionale* ([www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it)), fasc. 3/2020, 31 marzo 2020, 8.

<sup>28</sup> C. SBAILÒ, *Parlamento on line? Garantiamo la possibilità di violare il regolamento*, in *Formiche* (<https://formiche.net/>), 31 marzo 2020.



diritto, e se richiesti obbligo, di assistere alle sedute. Devono essere sentiti ogni volta che lo richiedono». La presenza è dunque il presupposto della validità delle deliberazioni<sup>29</sup>.

Come ho già ricordato, lo stesso Presidente della Camera ha richiamato l'attenzione sulla possibilità di interpretare evolutivamente il concetto di presenza contenuto nelle disposizioni dell'art. 64 Cost., intendendolo non solo come vicinanza fisica delle persone<sup>30</sup>. Se si intraprendesse questa strada, si aprirebbe un ventaglio di opportunità riferite alle funzioni parlamentari nel loro complesso che, tuttavia, se ritenute ammissibili per logica varrebbero per il presente come per il futuro<sup>31</sup>. Inoltre, in astratto, potrebbero valere non solo per analoghe circostanze eccezionali riferite ad un numero consistente di parlamentari assenti per cause di necessità. Tutto ciò, a meno che non si decida espressamente (con puntuali modifiche regolamentari) in questo specifico senso.

Anticipando in sintesi le mie personali considerazioni, credo che questa ultima sia la strada da percorrere.

Perché, è il concetto di *presenza* che deve essere indagato, per riflettere, come ci insegna Gianni Ferrara, «sul primo degli atti che viene a compiersi spontaneamente appena emerge un dato dell'esperienza giuridica, quello di nominarlo. E il nome della cosa è la cosa, la descrive, la identifica, ne scopre l'essenza [...] Sono *topoi* da rivisitare per scoprire poi le modulazioni, le impronte, le conversioni che le varie fasi del processo storico hanno impresso agli istituti giuridici per consegnarci nella forma che ne definiscono la contemporaneità»<sup>32</sup>.

Dunque, è possibile chiedersi da un lato cosa significhi presenza del parlamentare, dall'altro come *oggi* debba essere intesa, nella interpretazione costituzionale.

Ferrara si riferisce prima al termine rappresentanza «il nome della rappresentanza è quanto mai rivelatore della essenza della rappresentanza» – per poi esaltarne il nesso con il termine presenza, «far sì che sia presente in qualche sede quel che presente non vi è, e non può esservi o non si vuole che vi sia o non deve». Aggiunge però ciò che sarà reso presente nella rappresentanza politica (diversamente in quella civilistica) è «un'entità non singola. Potrà, di certo, questa cosa essere anche un'entità composta da persone, ma, appunto, alla condizione che sia multipla questa entità, che si tratti cioè di una pluralità di persone». Deve essere una entità plurale a rappresentare un'altra entità altrettanto plurale, per essere strutturalmente credibile e funzionalmente efficace, in entrambi i casi non una mera sommatoria di individui, ma un gruppo disomogeneo quanto a idee, culture ecc.,

---

<sup>29</sup> Su voto deliberativo e specificità del deliberato, «come forma ineludibile di formazione e di rilevazione della volontà degli organi costituzionali a struttura collegiale», cfr. G. FERRARA, *Gli atti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2000, 43 ss.

<sup>30</sup> N. LUPO, *Intervento* nel confronto in diretta *Facebook*, cit., nel sostenere che l'art. 64 terzo comma non costituisce un ostacolo al voto in differita, non ricorre alla interpretazione evolutiva, ma richiama la consolidata interpretazione del Parlamento stesso, che può tornare utile per il presente, come dimostrano l'esempio della richiesta di numero legale e alcune altre prassi sempre relative alla presenza (di veda la sent. n. 379 del 1996 della Corte cost.). Analogamente, anche se per arrivare alla soluzione opposta di non ritenere preferibile il "televoto" dei parlamentari, S. Silvestri, *op. ult. cit.*, «non tanto per una interpretazione letterale delle parole 'presente' o 'presenti' contenute nell'art. 64 Cost., quanto piuttosto perché appare problematico poter garantire nella votazione da remoto la sussistenza delle condizioni della sua genuinità ai sensi dell'art. 48 Cost.; il che vale per tutte le forme di "democrazia digitale", che prescindono dalle condizioni ambientali in cui si trova chi esprime la sua volontà democratica». Ad auspicare esplicitamente un'interpretazione evolutiva sono stati S. CURRELLI, M. AINIS, e L. TRUCCO; a respingerla M. LUCIANI, tutti in *Interventi* nel confronto in diretta *Facebook*, cit. Così, favorevole, B. CARAVITA, *op. ult. cit.*, cit. viii; contrario A. MALASCHINI, *op. ult. cit.*, 1, che ricorda come né i costituenti né gli estensori dei Regolamenti presero in considerazione ipotesi di voto espresso attraverso una comunicazione cartacea, lettera o telegramma, oppure telefonica, integrando così le possibilità di esprimerlo in presenza fisica, pur essendo disponibili tali strumenti

<sup>31</sup> R. DICKMANN, *Alcune questioni di costituzionalità*, cit., 6, «non pare legittima ai fini dello svolgimento delle funzioni costituzionali delle Camere una mera evoluzione 'materiale' dei regolamenti parlamentari, che sarebbe *contra Constitutionem*, e tanto meno sembrano legittime soluzioni interpretative transitorie di tali regolamenti elusive dei citati vincoli costituzionali».

<sup>32</sup> G. FERRARA, *Democrazia e rappresentanza politica*, *Costituzionalismo.it* ([www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it)), 1/2005.

anche configgenti tra loro. Inoltre, «solo questa grande entità plurale potrebbe essere considerata capace di essere rappresentata, sia perché lo sarebbe direttamente, sia, soprattutto, *perché eleggerebbe una proiezione adeguatamente plurima di se stessa*»<sup>33</sup>.

Da queste riflessioni, è possibile trarre la conseguenza, per analogia, che sia possibile ammettere l'assenza di uno o più componenti del gruppo dei rappresentanti, pur mantenendo la validità della presenza di quella che è appunto una entità plurale, ossia ciascuna delle Assemblee? Ovviamente sì, ed è quanto prevede e disciplina il terzo comma dell'art. 64.

Qualora invece le eventuali assenze, a causa di impedimenti extra-ordinari, non potessero più essere computate in modo da consentire i lavori parlamentari, arrivando a metterli a rischio in modo prolungato e ripetuto, sarebbe possibile considerare le presenze da remoto? Con quali differenze circa l'espressione del voto al fine di deliberare e, invece, l'espletamento delle altre funzioni parlamentari?

Per queste ultime, sembra sussistere un sostanziale accordo da parte della dottrina, anzi per alcuni permettere la presenza da remoto potrebbe essere un'opportunità aggiuntiva offerta dall'uso delle tecnologie digitali, da cogliere anche a conclusione della fase di emergenza. In particolare, ciò sarebbe possibile per le procedure o le sedi informali, in cui non si deve deliberare (ad esempio le audizioni)<sup>34</sup>, così come, a parere di alcuni, anche il confronto in Commissione potrebbe essere consentito in videoconferenza, visti il numero più ristretto di membri<sup>35</sup>.

Riguardo alle modalità con cui l'organo collegiale assume le proprie decisioni, netta è invece la divisione tra chi ritiene che «non mancano precedenti né pronunce giurisprudenziali che consentono di interpretare la disposizione costituzionale in modi compatibili con l'attivazione, in tempi senz'altro eccezionali quali quelli che stiamo vivendo, di forme di attività e di deliberazione parlamentare anche "a distanza"»<sup>36</sup> e chi esclude tale possibilità, perché se anche «è probabile che il voto a distanza sia in concreto praticabile con le moderne tecnologie, è dubbia la piena conformità alla Costituzione e ai regolamenti»<sup>37</sup>.

In particolare, considerato che, per dottrina consolidata, risultano assolutamente possibili le riunioni dell'Assemblea, con qualunque numero di presenti, in quanto le presenze necessarie a verificare il quorum strutturale e il quorum funzionale saranno determinanti – e dunque sono richieste – solo al momento dell'adozione di deliberazioni (di qualunque tipo)<sup>38</sup>, in questa direzione,

---

<sup>33</sup> Corsivo mio, ad evidenziare quanto le circostanze e le posizioni politiche odierne potranno avere un impatto sul dibattito in occasione del futuro voto referendario sulla riduzione del numero dei parlamentari, al quale si accennerà oltre.

<sup>34</sup> Tra marzo e aprile 2020, si sono svolte in videoconferenza molte delle audizioni. Sul punto, cfr. gli interventi di R. CALVANO, V. LIPPOLIS, N. LUPO e L. TRUCCO, nel confronto in diretta *Facebook* organizzata dal Presidente della Commissione affari costituzionali della Camera, on. Brescia, su *Parlamento aperto: a distanza o in presenza? (Il appuntamento)*, del 3 aprile 2020, cit.

<sup>35</sup> S. CECCANTI, *Intervento* in diretta *Facebook*, cit.

<sup>36</sup> N. LUPO, *La rappresentanza*, cit., 2. Nello stesso senso, B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus*, cit., viii, laddove, specifica, «che al di là di ogni ragionevole dubbio – (sia garantita) sia la possibilità di esercitare con pienezza la funzione rappresentativa, sia la libertà e, ove prevista, la segretezza del voto». Favorevole anche E. CATELANI, *La tecnologia può aiutare a far funzionare il Parlamento e i prefetti ascoltino le Regioni*, in *Il Dubbio* (<https://www.ildubbio.news/>), 26 marzo 2020.

<sup>37</sup> M. VILLONE, *La rappresentanza non si pratica a distanza*, cit. Analogamente, A. MALASCHINI, *Procedure parlamentari*, cit., spec. 5. In ogni caso, a parere di G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale d'eccezione*, cit., iv, si tratterebbe «di una deroga legittimata dallo stato di necessità, non certo una regola da introdurre per migliorare l'efficienza dei lavori del Parlamento»

<sup>38</sup> A questo argomento viene collegato quello del computo delle astensioni, in quanto rilevanti ai fini del calcolo del quorum funzionale, anche in riferimento alla lettura della sent. della Corte cost., n. 78 del 1984, «che appunto ha la sua *ratio* nella valorizzazione dell'autonomia regolamentare delle Camere nell'interpretare e applicare quella disposizione costituzionale, fino al punto di attribuire significati diversi alla parola "presente" e a quella "presenti", nell'ambito del medesimo periodo», secondo N. LUPO, *op. ult. cit.*, 6, mentre per V. Lippolis, *intervento*, cit., la Corte nel dare ai

chi si schiera a favore ricorda anche il principio della presunzione del numero legale «che, da un lato, conferma gli ampi margini a disposizione dei regolamenti parlamentari nell'attuare la prescrizione costituzionale e, dall'altro, mostra quanti spazi vi siano oggi, pure a norme invariate, per lavorare anche con numeri assai esigui in Assemblea, e a maggior ragione nelle commissioni (a patto che vi sia una seppur minima concordia tra le forze politiche nel non fare ricorso a strumenti, come la richiesta di verifica del numero legale o di ricorso a votazioni qualificate)»<sup>39</sup>.

Gli argomenti di chi si schiera contro, in sintesi, hanno come principale riferimento la necessità di coniugare la praticabilità della presenza in remoto con la piena garanzia delle prerogative parlamentari disciplinate dalla Costituzione. Innanzitutto, quelle che spettano a ciascun rappresentante: l'espressione della propria opinione, il diritto di proposta e quello di voto, tutelato quest'ultimo quanto a personalità, uguaglianza, libertà e (in caso sia prevista) segretezza. I dubbi più forti riguardano la effettiva possibilità di esprimersi e confrontarsi da remoto e il rischio che non sia affatto facile accertare la personalità e fugare ogni dubbio sulla regolarità del voto segreto, tanto da aumentare i contenziosi davanti alla Corte costituzionale, per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato (ordinanza n. 17/2019)<sup>40</sup>.

4. (segue) *Terzo: decidere (come?) con quali modalità procedurali e strumenti. Quarto: valutare se ciò valga solo nella contingenza presente o anche per il futuro*

A chi spetta disciplinare le modalità di espressione del voto, eventualmente da remoto? Con quale strumento normativo?

Come ricordato in precedenza, la Carta contiene pochi riferimenti, lasciando spazio ampio all'esercizio dell'autonomia costituzionalmente attribuita alle Camere<sup>41</sup>. In caso si dovesse procedere fino a spingersi nel consentire il voto da remoto per i parlamentari assenti, l'opinione prevalente non giudica idonea una mera decisione delle Giunte per il regolamento ed indica – come unica strada percorribile – la modifica dei regolamenti parlamentari, da approvarsi a maggioranza assoluta e con il voto favorevole in Aula della metà più uno dei componenti<sup>42</sup>. Chi avanza queste tesi, insomma, pone pragmaticamente il problema della attuazione delle modifiche proposte e si basa sulla constatazione che bisogna fare i conti con la scarsità del fattore tempo. Accanto alla

---

regolamenti parlamentari la discrezionalità nell'attuare la Costituzione in tema di astensioni, si era riferita al computo della maggioranza non a quella della discussione o del voto, cioè alla maggioranza e non ai presenti.

<sup>39</sup> N. LUPO, *ibidem*, 7.

<sup>40</sup> In verità, tale argomento è sollevato sia dai contrari (A. MALASCHINI, *Procedure parlamentari*, cit., 4), sia dai favorevoli (S. CURRERI, *L'attività parlamentare ai tempi del Covid-19*, cit.), al voto a distanza. Cfr. anche M. BOZZAOTRE, *Alcune considerazioni su voto parlamentare a distanza*, cit., 36 ss. Sul tema, cfr. M. SICLARI, *la legittimazione del singolo parlamentare a sollevare conflitto tra poteri dello stato e i suoi limiti*, in *Nomos* (<http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it>), n. 1/2019.

<sup>41</sup> Lo ribadisce, A. MALASCHINI, *op. ult. cit.*, 2;

<sup>42</sup> Cfr., B. CARAVITA, *op. ult. cit.*, VIII; A. MALASCHINI, *op. ult. cit.*, 3; V. LIPPOLIS, *Intervento* in diretta Facebook, cit. S. CECCANTI, *Intervento* in diretta Facebook, cit., la ritiene solo una delle possibili soluzioni. Mentre, proprio al fine di evitare la tentazione di ricorrere al voto da remoto, G. SILVESTRI, *op. ult. cit.*, immagina, nel caso della conversione in legge dei decreti, una modifica dei regolamenti perché sia prevista «l'ipotesi di una decisione all'unanimità della Conferenza dei capigruppo, che autorizzi la scelta del procedimento decentrato, le cui modalità non solo renderebbero più agili e veloci i lavori, ma consentirebbero pure l'adozione di tutte le cautele (numero dei presenti, distanze, scelta dei locali più adatti etc.) necessarie per l'incolumità dei partecipanti ed il contenimento del contagio. Maggioranza e opposizione sarebbero comunque garantite, giacché sarebbe sempre possibile la transizione al procedimento ordinario, su richiesta del Governo, di un quinto dei membri della commissione competente e di un decimo dell'assemblea».

provvisorietà delle misure da adottare, in questa situazione dovrebbe essere questo l'unico punto fermo<sup>43</sup>.

Altri prospettano la soluzione di deroghe puntuali e temporanee ai Regolamenti parlamentari, unanimemente condivise nell'ufficio di presidenza e in conferenza dei capigruppo<sup>44</sup> ed è questa parte della dottrina che, difatti, pone l'accento su quanto le soluzioni adottate in risposta alla situazione di fatto potrebbero influenzare la vita e il funzionamento del Parlamento, oltre lo stato di necessità attuale. Altri ancora chiedono modifiche dei Regolamenti che prevedano specifiche semplificate procedure – che, seppure temporanee, aprano a interpretazioni che appaiono in verità troppo vicine al limite della “rottura” costituzionale – in presenza di comprovate situazioni di emergenza, come quella attuale<sup>45</sup>.

Trasversalmente rispetto a questi diversi orientamenti, si sollecita infine a fare quello che si può, utilizzando (dichiaratamente) in modo non convenzionale le risorse già disponibili e adattando le procedure regolamentari, fino al limite della loro massima interpretazione in deroga, piuttosto che rischiare di implementare nuove prassi o introdurre nuovi istituti non pienamente sostenibili nella prospettiva delle garanzie costituzionali<sup>46</sup>. Si propone, con questo spirito, così: di ridurre di una percentuale fissa la presenza di ciascun parlamentare e, nel rapporto maggioranza e opposizione, di semplificare riducendo pro quota i membri delle commissioni<sup>47</sup>; di estendere l'applicazione delle procedure per le «autorizzazioni a procedere ex articolo 96 Cost., la possibilità per i parlamentari di esprimere il voto per tutta l'intera giornata, evitando quindi il lamentato rischio di affollamento (art. 135-bis, comma 8-bis, del Regolamento del Senato)»<sup>48</sup>; di usare il procedimento decentrato

---

<sup>43</sup> Anche chi è più possibilista sulla compatibilità costituzionale del voto da remoto, pone però gli stessi fattori come condizione di realizzabilità, cfr. B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus*, cit., VIII, «in primo luogo, è necessaria una adeguata strumentazione e una sufficiente fase di sperimentazione».

<sup>44</sup> G. AZZARITI, *op. ult. cit.*, III, s. e S. PRISCO e F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 24 marzo 2020, 7; N. LUPO, *op. ult. cit.*, 10. Anche se con il diverso intento di auspicare il voto da remoto, anche S. CURRERI, *Intervento* in diretta Facebook, cit. stigmatizza la soluzione compromissoria di lavorare a ranghi ridotti, autoriducendo la rappresentanza, in quanto altera l'equilibrio tra maggioranza e opposizione, verticalizza il dibattito parlamentare e non può essere imposta ai singoli parlamentari, che sempre potrebbero rivendicarlo, sollevando conflitto di attribuzione alla Corte.

<sup>45</sup> S. CECCANTI, *Verso una regolamentazione degli stati di emergenza per il parlamento: proposte a regime e possibili anticipazioni immediate*, in *BioDiritto* (<https://www.biodiritto.org>), fasc. 2/2020, 2 ss., auspica che per i soli parlamentari che non possono essere presenti, sia consentito oggi il voto a distanza o la presenza in videoconferenza e propone una disciplina che tenga conto di una graduazione della gravità dello stato di emergenza e permetta nel caso peggiore l'istituzione di «una Commissione bicamerale unica con poteri legislativi composta ovviamente in modo proporzionale con la presenza di tutti i gruppi, senza componenti del Governo, composte in tutto da alcune decine di parlamentari (diciamo da trenta a cinquanta)», da far lavorare in videoconferenza, su un elenco di materie, conforme alle garanzie costituzionali, e nel caso meno grave con «compiti redigenti, riservando il voto sugli articoli e il voto finale all'Aula. Anche in quel caso andrebbe consentito l'esame in videoconferenza in Commissione e potrebbe essere introdotto il voto a distanza per l'Aula anche con possibilità di delega, con modalità tali da evitare la concentrazione eccessiva di potere. In altri termini un'unica possibilità di delega da un parlamentare ad un altro parlamentare, non al capogruppo», Anche in questo caso dovrebbero valere i limiti di materia descritti in precedenza. In senso analogo, F. CLEMENTI, *Il Parlamento deve poter funzionare sempre, ancor più dopo l'emergenza*, in *Ilsole24ore* ([www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com)), 17 marzo 2020, per il quale «si tratterebbe di costituire una o due commissioni speciali, istituito già previsto per la trattazione di temi plurisetoriali. E di consentire i voti delle assemblee a distanza, sugli articoli e sul testo nel suo insieme. Non stupirà nessuno che si tratti di soluzioni al giorno d'oggi non rigettabili, alle semplici condizioni che si rispetti la relazione tra maggioranza ed opposizione e i rapporti all'interno di entrambe, almeno tendenzialmente».

<sup>46</sup> Ciò è compatibile con l'ordinamento a parere di R. DICKMANN, *op. ult. cit.* 7, stante «il carattere 'duttile' dei regolamenti parlamentari ne favorisce l'evoluzione e l'adattamento alle circostanze, per agevolare il dibattito politico e le decisioni degli organi parlamentari, purché nel presupposto che ogni sperimentazione si svolga nell'interesse del Parlamento e nella direzione tracciata dalla Costituzione».

<sup>47</sup> L. VIOLANTE, *Intervento* in diretta Facebook, cit.

<sup>48</sup> A. MALASCHINI, *op. ult. cit.*, 3

deliberante, e derogare con l'accordo di tutti i gruppi alla riserva di assemblea nei regolamenti parlamentari, rinviando all'aula per le sole dichiarazioni di voto con un sistema bilanciato misto<sup>49</sup>; di riunirsi usando le Aule con modalità particolari, a prescindere dalla appartenenza ad esse dei parlamentari<sup>50</sup>.

In effetti, quella di adottare particolari modalità logistiche e di lavoro è stata, ad oggi, anche la scelta compiuta da Camera e Senato, attraverso la scelta della riduzione dei giorni di convocazione dei lavori; della autoriduzione dei parlamentari; del contingentamento degli emendamenti; del voto unico, quello finale<sup>51</sup>.

A meno di non voler cedere alla tentazione di dover concludere che quello che ne viene fuori sia una sorta di rompicapo – considerato che si tratta di soluzioni che molta parte della dottrina aveva criticato – a me sembra sia utile innanzitutto prendere atto invece che le Camere (nel momento attuale di questa loro esperienza): non hanno tentato la strada – a Regolamenti invariati – del voto da remoto; hanno ampliato al massimo la possibilità di ricorso alle tecnologie digitali per le attività formali e informali e 'non' per le deliberazioni; si sono auto-organizzate in presenza di condizioni critiche, autolimitandosi con scelte al (ma entro il) limite della sostenibilità costituzionale. Tutto questo senza mettere *del tutto* in gioco una interpretazione evolutiva del concetto di presenza *ex art. 64 Cost.*

Se tali soluzioni sono, e forse saranno, sufficienti a tamponare la situazione, mi chiedo però quale sia l'utilità *pro futuro* di queste scelte. Credo, invece, debba essere colta oggi l'opportunità almeno di riflettere su quale si possa scegliere che sia lo spazio delle tecnologie digitali nello svolgimento delle funzioni proprie degli organi costituzionali e, ovviamente, primo tra tutti del Parlamento. Per farlo, occorre "scomodare" l'interpretazione evolutiva del testo della Carta.

### 5. La riunione e le altre libertà praticate tramite le tecnologie digitali

Non credo sia oggi più il tempo di avere incertezze sulla qualificazione delle tecnologie digitali come "spazio" a disposizione di ogni libertà costituzionalmente tutelata, così come è possibile osservare che le autorità pubbliche possono avvalersi di questi stessi strumenti per le legittime misure a limitazione del loro esercizio, così come – certamente – se ne possono servire coloro che violino i diritti altrui.

Ha ribadito recentemente il Presidente Mattarella, proprio con riferimento alla pervasività sin qui sconosciuta che sta assumendo l'egemonia di pochi colossi dell'impresa digitale:

«Gli strumenti per guidare in modo positivo l'evoluzione digitale, a servizio delle persone, consistono nell'applicazione puntuale dei principi sui quali si basa l'esperienza liberal-democratica, costruita a caro prezzo da tanti popoli. Non esistono 'non luoghi': si tratta comunque di spazi, sia pure virtuali, in cui interagiscono persone e si registrano attività umane; e anche la dimensione digitale deve rispettare principi e regole frutto delle conquiste democratiche. I principi sono sempre quelli contenuti ed espressi nella Carte costituzionali delle democrazie»<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> Sia M. AINIS, sia S. CURRERI, *Intervento in diretta Facebook*, cit.; seguendo questa ipotesi, resterebbero però dubbi su come garantire a pieno il principio della pubblicità dei lavori parlamentari.

<sup>50</sup> Così, S. CURRERI e M. LUCIANI, *Intervento*, cit.

<sup>51</sup> Cfr. il calendario dei lavori della Camera dei deputati comunicato all'assemblea il 25 marzo 2020 (resoc. sten., 62 ss.) e l'organizzazione dei lavori del Senato comunicata all'assemblea il 26 marzo 2020 (resoc. sten., 43 ss.). Sarebbe opportuno, ma non nello spazio di questo contributo, ragionare su come tale circostanza potrà influenzare il dibattito sul (posticipato) voto referendario per la modifica costituzionale del numero dei parlamentari.

<sup>52</sup> Intervento del Presidente della Repubblica, in occasione dell'incontro con i componenti dell'Associazione Stampa Parlamentare, i Direttori dei quotidiani e delle agenzie giornalistiche e i giornalisti accreditati presso il Quirinale per la

L'evoluzione delle potenzialità della Rete verso uno spiccato livello di interazione tra utente e suo 'ambiente' di vita – di cui il Web 2.0, i *socialnetworks* ed ora il cd. Internet delle cose sono i portati più significativi –, come tra i primi ci ha insegnato Stefano Rodotà<sup>53</sup>, continua progressivamente a ridisegnare sia lo spazio pubblico sia lo spazio privato, marcando quella che per molti è una discontinuità radicale con il passato per altri è una opportunità per reinterpretare istituti giuridici che, proprio di fronte alla prova di questa *realtà*<sup>54</sup>, dimostrano la loro insostituibilità concettuale.

In particolare, proprio nella odierna situazione di emergenza, la questione della qualificazione del diritto di accesso alla infrastruttura digitale della Rete, come diritto sociale di cui il bilancio pubblico si deve fare carico, torna prepotentemente in evidenza<sup>55</sup>. Si tratta del nodo inclusione/esclusione – ossia, quello legato alla cd. cittadinanza digitale –, da considerare non come scelta individuale, ma come preconditione di pieno inserimento nella comunità statale, con effetti questi in parte sì inusitati, quanto a forza e pervasività, che prendono le mosse dal processo di dematerializzazione delle merci, della loro produzione e del loro consumo.

Nessun ordinamento giuridico può permettersi di “subire” tali processi, senza l'ambizione di indirizzarli, prescriverne modalità e limiti, organizzare il sistema dei controlli e delle garanzie.

Considerati gli obiettivi di questo contributo, viene innanzitutto in evidenza la questione della struttura della libertà di riunione, con riferimento specifico alla idoneità degli strumenti messi a disposizione dell'esercizio delle relative facoltà<sup>56</sup>.

L'art. 17 della Carta garantisce il diritto dei singoli a stare (interagendo volontariamente) insieme ad altri, in uno stesso luogo, per un certo tempo e con finalità relative alle molteplici necessità di vita; assicura anche, in tal modo la protezione costituzionale 'della riunione', in sé, ossia «l'esercizio collettivo di un diritto individuale»<sup>57</sup>.

E' noto che, ancora oggi, la dottrina a questi requisiti aggiunge quella della fisicità della compresenza, benché non ne sia fatta menzione nella disposizione costituzionale, spesso ed opportunamente sottolineando che la locuzione riferita ai limiti, «pacificamente e senz'armi», non avrebbe senso con una diversa interpretazione<sup>58</sup>.

---

consegna del “Ventaglio” da parte dell'Associazione Stampa Parlamentare, Palazzo del Quirinale, 25/07/2019, disponibile sul portale del Quirinale ([www.quirinale.it](http://www.quirinale.it)).

<sup>53</sup> In molti contributi, cfr. in particolare, *Il mondo della Rete, quali diritti, quali vincoli*, Laterza, Roma-Bari, 2014, spec. 13 ss.

<sup>54</sup> La Rete internet è una infrastruttura materiale ed a fruirne sono le persone, che certo non ne percorrono le “strade” con i propri corpi, ma che impegnano comunque molto concretamente i propri sensi. Ad essere virtuale (ossia ad esistere solo in potenza) è piuttosto la definizione, virtuale appunto, che ci si ostina a dare al Cyberspazio.

<sup>55</sup> Tesi sostenuta da tempo da molti studiosi, cfr. in particolare, G. De MINICO, *Diritti Regole Internet, Costituzionalismo.it* ([www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it)), 2/2011, spec. 2 ss.; P. MARSOCCI, *Lo spazio di Internet nel costituzionalismo, Costituzionalismo.it* ([www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it)), 2/2011, spec. 5; A. VALASTRO, *Internet e strumenti partecipativi nel rapporto tra privati e amministrazioni*, in *Internet e Costituzione*, M. Nisticò e P. Passaglia (a cura di), Giappichelli, Torino, 2014; M. PIETRANGELO, *Accesso ad Internet, diritto ancora diseguale? Aggiornamenti e ripensamenti*, in M. R. ALLEGRI e G. D'IPPOLITO, *Accesso ad Internet e neutralità della Rete fra principi costituzionali e regole europee*, Aracne, Roma, 2017, 25 ss. Ora, con riferimento all'emergenza pandemia, A. VALASTRO, *Internet e social media prima e dopo il coronavirus: fraintendimenti e deviazioni che tradiscono la democrazia sociale*, in questi stessi scritti, spec. 4 ss. Non è mancata l'attenzione alle parole scandite dal Presidente del Consiglio Conte, nella conferenze, in questi stessi scritti stampa del 6 aprile 2020, «Internet dovrebbe essere un diritto costituzionale, garantito a tutti, nessuno escluso», cfr. il commento di G. SCORZA, *Internet diritto fondamentale, meglio tardi che mai!*, in *Blog de Il Fatto quotidiano* (<https://www.ilfattoquotidiano.it/blog/>), 7 aprile 2020.

<sup>56</sup> Riprendo le note categorizzazioni sulla diversità strutturale dei diritti di libertà e sulla conseguente diversità dei possibili modi di tutela, di A. PACE, *op. ult. cit.*, 25 ss.

<sup>57</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Mulino, Bologna, 1984, 41

<sup>58</sup> Per tutti, R. BORRELLO, voce *Riunione (Diritto di)*, in *Enc. dir.*, vo. XI, Giuffrè, Roma, 1989, 1401; A. PACE, *Problematica delle libertà fondamentali*, Parte speciale, II ed., Cedam, Padova, 1992, 299, che indica come «oggetto della tutela dell'art. 17 il diritto di ciascuno di stare fisicamente insieme». E, anche in tempi di utilizzo già pienamente consolidato

A livello internazionale, esistono però provvedimenti in cui si fa riferimento all'uso del *Web* come idoneo all'esercizio della libertà di riunione<sup>59</sup>. Il Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite, prendendo posizione sulla necessità che occorra estendere le tradizionali garanzie dei diritti anche quando vengono esercitati tramite le tecnologie digitali (risoluzione del 5 luglio 2012), in una risoluzione del 2013, sottolinea l'obbligo che grava sugli Stati membri «di rispettare e tutelare pienamente i diritti di tutti gli individui di riunirsi pacificamente e di associarsi liberamente, sia online che offline» (A/HRC/RES/24/5, 8 ottobre 2013) Così anche il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa si è espresso nella Raccomandazione diretta agli Stati membri ed avente ad oggetto "Guida dei diritti umani su internet" (CM/Rec(2014)6)<sup>60</sup>, dedicando una parte specifica alle situazioni giuridiche connesse a "Riunione, associazione e partecipazione"<sup>61</sup>.

È vero che in questi documenti non sono chiariti i termini della assimilazione tra luogo territoriale e luogo digitale e dunque tra compresenza fisico-corporea e compresenza da remoto, ma – come è già da tempo stato notato –, i servizi fruibili tramite la Rete, si associano e favoriscono comunque le tradizionali modalità di riunione<sup>62</sup>.

È poi il caso di ricordare che proprio la contingenza presente ha ampliato numericamente e reso, in alcuni casi, necessarie forme di presenza aggregata in Rete per lo svolgimento di attività, legate non solo al lavoro, pubbliche e private. L'esercizio del diritto ad essere compresenti in uno stesso periodo temporale consentita dalle tecnologie digitali, unitamente alla possibilità di entrare in comunicazione, consente e diviene prerequisito per lo svolgimento di tali attività. Con questa osservazione non si vogliono trascurare o sottovalutare i numerosi problemi legati, in primo luogo, alla equiparazione delle riunioni da remoto in termini di "efficacia" quanto agli obiettivi da perseguire attraverso l'aggregazione di persone, che in alcuni casi non è assoluta. Soprattutto non si intende sminuire o svilire il valore della compresenza fisica, nell'interpretazione costituzionale dei diritti.

Si può fare, per tutti, l'esempio alla didattica *on line*, svolta ad ogni livello, o anche, in questo stesso ambito, alle riunioni telematiche che permettano le deliberazioni degli organi collegiali di rappresentanza negli istituti scolastici e negli Atenei, circostanze che presuppongono e "richiedono" lo scambio ed il confronto tra le opinioni, che solo in parte si riesce a sviluppare in videoconferenza. Si tratta di esperienze di aggregazione, comunque particolari<sup>63</sup>, che si può (e non solo per necessità assoluta) utilizzare affiancandole a quelle proprie ed ineliminabili in presenza fisica (si pensi alle riunioni telematiche consentite solo in alcune fasi delle procedure concorsuali pubbliche).

A queste vanno poi aggiunte le questioni legate al pieno rispetto della "legalità": sempre usando l'esempio del mondo della formazione, la garanzia della presenza costante e controllabile dei soggetti coinvolti, durante il tempo della riunione (a volte ostacolata da meri motivi tecnici); la

---

del *Web*, M. RUOTOLO, *La libertà di riunione e di associazione*, in R. Nania e P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, II, seconda ed. riveduta ed ampliata, Torino, 2006, 683. M. BETZU, *Interpretazione e sovra-interpretazione dei diritti costituzionali nel cyberspazio*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), n. 4 del 2012, 4 ss.

<sup>59</sup> Cfr., anche per la giurisprudenza richiamata, in particolare Cass. penale (Sez. I, 12 settembre 2014, n. 375961) che ha definito *Facebook* un "luogo aperto al pubblico", M. MEZZANOTTE, *Facebook come "luogo aperto al pubblico"*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), n. 2/2016, spec.,11.

<sup>60</sup> Adottata dal Comitato dei Ministri il 16 aprile 2014, in occasione della 1197ª riunione dei Delegati dei Ministri.

<sup>61</sup> «Avete il diritto di riunirvi e di associarvi con altri in modo pacifico utilizzando Internet. In pratica, significa che: 1. siete liberi di scegliere qualsiasi sito Internet, qualsiasi applicazione o altro servizio per costituire, aderire, mobilitarvi o partecipare a un gruppo sociale, o un'associazione, che siano o meno ufficialmente riconosciuti dalle autorità pubbliche [...]».

<sup>62</sup> Così in riferimento alla necessità di tenere in conto le peculiarità dei nuovi strumenti tecnologico al servizio dei diritti, M. PEDRAZZA GORLERO, *La libertà di stampa nella postmodernità*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Elia*, vol. II, Giuffrè, Milano 1999, 1197 e 1215 s.; Ritiene estensibile la tutela costituzionale alle riunioni in Rete, A. PIROZZOLI, *La libertà di riunione in Internet*, in *Dir. Inf.*, 2004, 623.

<sup>63</sup> In questa direzione, ovviamente esiste l'esempio delle università telematiche.

necessità di un diverso contingentamento della durata degli incontri e dei singoli interventi (anche a tutela dall'uso prolungato della stessa tecnologia digitale); le garanzie connesse alla libera – dalla ingerenza di estranei alla riunione – espressione delle opinioni e dei voti ecc.

Differenti in definitiva possono essere gli “effetti” dell'esercizio delle facoltà connesse alla riunione da remoto, effetti che è pur sempre possibile ritenere non conformi sia in termini di soddisfazione delle esigenze di chi vi partecipa, sia in termini di tutela delle posizioni giuridiche coinvolte.

D'altronde, il luogo pubblico, aperto al pubblico o privato dove una riunione si svolge è sempre – offline o online – uno spazio organizzato, in questo senso utile o non utile allo scopo. Ne consegue, a mio avviso, un'altra domanda importante a cui dare una risposta: a chi appartiene e, dunque, chi ha il potere di architettare e gestire lo specifico servizio messo a disposizione della tecnologia digitale, che diviene lo spazio di esercizio della riunione?

#### *6. Perché è (ormai) indispensabile che si scelga, distinguendo, quali sono le tecnologie digitali idonee all'esercizio della funzione parlamentare*

Tenterò di fare qualche ipotesi tornando all'oggetto specifico del contributo. Nel caso dai parlamentari l'esercizio della libertà di riunione – in quei luoghi aperti al pubblico che sono le aule, le commissioni e le altre sale o spazi interni ai Palazzi della rappresentanza – è preconditione essenziale per lo svolgimento delle funzioni loro attribuite e, dunque, per l'esercizio dei diritti di libera espressione del proprio e altrui pensiero, nel confronto politico (cronaca, critica, pluralismo delle idee); di comunicazione riservata interpersonale; di associazione (organizzazione e funzionamento dei gruppi); di proposta e di voto.

Il Parlamento da anni ha intrapreso un processo di digitalizzazione e dematerializzazione. Prendendo ad esempio l'esperienza della Camera dei Deputati, nell'ultima Relazione disponibile sullo stato della Amministrazione (2017) si legge che l'impatto della tecnologia digitale si è sviluppato sia per i processi di lavoro gestiti dell'Amministrazione, «in questa direzione ha svolto un determinante ruolo propulsivo il Portale intranet, inteso quale punto di accesso unificato alla documentazione amministrativa sia di carattere personale, sia di interesse generale, nonché quale punto di accesso alle applicazioni e ai servizi necessari per lo svolgimento delle attività d'ufficio, sia per le modalità di esercizio delle prerogative parlamentari, finalizzata ad agevolarne lo svolgimento e a conseguire, allo stesso tempo, un'ottimizzazione delle attività strumentali di competenza degli uffici [...] in coerenza con il consolidato indirizzo definito in tal senso dagli organi di direzione politica»<sup>64</sup>.

Dunque, negli anni sono stati implementati servizi digitali non solo per migliorare la conoscibilità dell'attività parlamentare, rendendo disponibili testi e dati ufficiali custoditi in formati aperti e scaricabili da chiunque all'esterno (presupposto della attività di comunicazione istituzionale) e implementando e promuovendo progressivamente la interazione diretta e attiva con i cittadini (dalla posta elettronica, fino alla piattaforma per la partecipazione cd. civica e le consultazioni pubbliche *on line*<sup>65</sup>), ma anche per lo svolgimento delle attività parlamentari. In particolare, sono state sviluppate sia piattaforme digitali dedicate, sia app specifiche, progettate per rispondere alle principali esigenze nei diversi ambiti (documentazione del Servizio studi, preparazione dei lavori in

---

<sup>64</sup> Consultabile in <https://storia.camera.it/res/pdf/amministrazione/2017.pdf>, 8.

<sup>65</sup> Sulle piattaforme al servizio della partecipazione civica, cfr. *I Media Civici in ambito parlamentare. Strumenti disponibili e possibili scenari d'uso*. Rapporto per il Senato della Repubblica, 25 maggio 2013. Sul tema cfr., P. MARSOCCI, *Consultazioni pubbliche e partecipazione popolare*, in *Rassegna parlamentare*, n. 1/2016.



Commissione, presentazione degli atti di sindacato ispettivo e delle proposte di legge, attraverso il ricorso della sottoscrizione degli atti di iniziativa parlamentare mediante firma elettronica).

È noto che le piattaforme digitali possono essere di diverso tipo: nel caso delle piattaforme proprietarie il codice della piattaforma è di proprietà esclusiva dell'organizzazione promotrice<sup>66</sup>, nel caso di quelle *open source* vi si potrà accedere al link di riferimento che porterà al codice aperto. Sta alle Amministrazioni delle Camere (servizi informatici interni) assicurare servizi certificati di partecipazione, tali da gestire adeguatamente l'identità dei partecipanti, la libertà di espressione, la sicurezza dei sistemi, la facilità di utilizzo ecc.<sup>67</sup>

Ne consegue una specificazione dell'interrogativo posto a conclusione del paragrafo precedente: nel caso di ulteriore implementazione dell'uso dei servizi digitali per le attività e funzioni delle Camere (in caso, incluso il voto da remoto) la piattaforma sarebbe di proprietà, organizzata e gestita, della istituzione parlamentare? Con quali modalità potrà ciascuno dei parlamentari entrare nei diversi tipi di riunione telematica che sono il presupposto per esercitare le proprie prerogative?

Bisogna ricordare che le più usate piattaforme che consentono oggi le videoconferenze in diretta (e la loro registrazione e archiviazione) non solo necessitano dei servizi degli *Internet Service Provider*, ma della gestione dai principali *Internet content providers*. Tali operatori privati diventerebbero anche loro in qualche misura "padroni di casa" degli spazi (luoghi) delle riunioni digitali.

Inoltre, gli spazi materiali in cui si trovano i parlamentari o le altre persone che partecipano fisicamente alla riunione online sono spazi privati (spesso i domicili) che fungono da luoghi di lavoro occasionalmente e momentaneamente; occorre dunque garantire con regole comuni ed omogenee il rispetto della riservatezza e della intimità della vita domestica, nonché il diritto all'immagine di eventuali terzi.

A questo stesso riguardo, è stato infatti sottolineato che «l'immunità della sede a garanzia del libero spiegarsi delle funzioni degli eletti, fisicamente riuniti in un luogo deputato dal quale è esclusa non solo la forza pubblica, ma qualsiasi persona senza una espressa autorizzazione del Parlamento o dei suoi organi. Immunità con difficoltà estensibile a tutti i luoghi, non necessariamente coincidenti con la residenza, dai quali deputati e senatori potrebbero potenzialmente collegarsi per procedere al voto da remoto»<sup>68</sup>, inoltre, nel caso si pensasse a consentire il voto da remoto, «se, financo con le garanzie di cui sopra, si sono verificate, dentro e fuori le Camere, violazioni scandalose dell'art. 48 Cost., possiamo figurarci cosa potrebbe accadere se il voto fosse espresso in luoghi privati, alla presenza eventuale di terzi estranei o con modalità – volute o non – tali da non garantirne la segretezza, quando richiesta»<sup>69</sup>. Questioni non meno delicate rispetto a quelle connesse alla personalità ed uguaglianza del voto.

Ancora, una volta accertato che la riunione digitale sia pienamente assimilabile a quella in presenza corporea (come detto in precedenza, non in assoluto, ma relativamente alle specifiche finalità dell'incontro), ci si deve chiedere se le modalità del suo svolgimento, che necessariamente saranno variate rispetto all'ordinario, rendano possibile seguire le procedure con le relative garanzie di piena attuazione delle norme regolamentari. Posti i requisiti della effettiva compresenza volontaria per il periodo di tempo definito, come attestare la presenza alla riunione? Se ci sono

---

<sup>66</sup> «Questo, comunque, non esclude il potenziale riutilizzo del codice stesso, previo pagamento di una quota monetaria, che varia da caso a caso, o accordo specifico», *I Media Civici*, cit. 66.

<sup>67</sup> Tuttavia, si legge sui siti delle Camere che i Servizi informatici curano la progettazione e lo sviluppo dei sistemi informativi automatizzati *anche affidati a soggetti terzi* (corsivo mio); in tal caso cura i rapporti con l'ente esterno, definisce le specifiche tecniche del progetto in *outsourcing* e ne verifica i risultati. Si pensi all'uso del canale *You Tube* dedicato o al canale televisivo trasmesso tramite *Rai Way*.

<sup>68</sup> A. MALASCHINI, *op. ult. cit.*, 6.

<sup>69</sup> G. SILVESTRI, *op. ult. cit.*

problemi tecnici di disconnessione involontaria momentanea di singoli, che si fa? E se invece il singolo di assenta volontariamente?<sup>70</sup>

Si tratta in sintesi di riflettere sui problemi applicativi e trovare (io credo comunque possibili) alcune puntuali soluzioni.

Una volta curato che questi particolari spazi (luoghi) di riunione apprestino tutte le dovute garanzie costituzionali, si deve passare a capire se il presupposto fondamentale per le deliberazioni assunte dalle Camere sia *completamente* garantito.

Mi riferisco alla esistenza ed alle modalità di dibattito/discussione. Più difficile, a mio avviso, è trovare soluzioni soddisfacenti. Non si tratta solo di organizzare il sistema che permette di prendere la parola e di ascoltare, nel contesto di direzione di chi presiede la seduta, ma anche che permetta il costante e informale dialogo tra parlamentari dentro e fuori i propri gruppi che fa parte della quotidianità del loro lavoro<sup>71</sup>. Inevitabilmente, anche queste attività (di cui comunque si potrebbero far carico le tecnologie digitali) sarebbero parcellizzate e differite nel tempo, con modalità ed effetti nuovi e da valutare. Sicuramente si produrrebbe l'allungamento dei tempi e la loro dilatazione nei nuovi "spazi" di decisione e di voto. Un paradosso in tempi di urgenza, che reclamano risposte rapide e "convincenti" dalle istituzioni.

#### *7. Come non cadere nel dilemma dello "Stato soluzionista", alcune considerazioni conclusive*

Come ho osservato in precedenza, appare problematico sostenere in assoluto che quella che si avvale del *Web*, nel caso di incontro e compresenza volontaria, in un determinato lasso temporale e con obiettivi da perseguire attraverso l'aggregazione di persone, non sia una riunione. Né sarebbe sufficiente, a mio avviso, ricondurre al solo esercizio dell'art. 21 o dell'art. 15 e alle relative garanzie costituzionalmente apprestate – certamente a meno che non si intenda esercitare proprio solo quei diritti di libertà – ciò che si può determinare, ad esempio, con una videoconferenza web. La manifestazione del pensiero, come la comunicazione interpersonale, non hanno il connotato essenziale di comportare necessariamente la presenza nello stesso momento di più persone che intendono entrare in relazione, elemento invece che caratterizza la libertà di riunione. Dunque, se si sceglie tale particolare modalità, l'intenzione è quella di riprodurre, nel comunicare e nell'esercitare gli altri eventuali diritti, l'esperienza di una riunione, ossia dello specifico oggetto tutelato dall'art. 17 Cost., e con riferimento alle relative garanzie. Non credo che questo possa far dimenticare l'intento fondamentale dei costituenti, quello di garantire le persone da misure arbitrarie che arrivino a impedire l'aggregazione fisica, se non per comprovati motivi di sicurezza e sanità pubblica.

---

<sup>70</sup> A. MALASCHINI, *op. ult. cit.*, 4, ricorda il «controllo della regolarità delle votazioni, che i Regolamenti attribuiscono ai Presidenti coadiuvati dai Segretari e, ove necessario, dai Questori. Un controllo che presuppone oggi la contestuale presenza fisica dei "controllori" e dei "controllati" [...] non sembra sussistano al giorno d'oggi modelli tali da potersi considerare assolutamente inattaccabili nella trasmissione e nella verifica dei dati: il che rende assai difficile se non impossibile, nel caso di votazioni da remoto, l'esercizio della funzione di controllo anche sotto un profilo tecnico da parte dei soggetti sopra ricordati [...] verifica, ove richiesta, del numero legale. Andrebbero eventualmente sommati i parlamentari fisicamente presenti in Aula a quelli presenti on line (o nel caso più drastico contattati tutti quelli on line), ampliando però così l'applicazione del nuovo modello dalla fase della votazione a quella preliminare alla votazione stessa [...] il problema delle votazioni nominali con appello nel caso di apposizione della questione di fiducia (art. 94, comma 2, Cost.): non si vede in questo caso come evitare la presenza fisica, seppur scaglionata, dei parlamentari []) I problemi che incontrerebbero le Presidenze delle due Camere ove in sede di votazione da remoto fossero sollevate questioni relative alla regolarità delle votazioni stesse».

<sup>71</sup> Al tema del riserbo delle trattative parlamentari, fa anche riferimento R. CALVANO, *Intervento*, cit.

Piuttosto pare necessario argomentare il perché, in riferimento ad uno specifico organo collegiale, lo svolgimento da remoto di quella determinata modalità di riunione non sia auspicabile in termini di efficacia (nel caso di studio, quanto agli obiettivi costituzionali della funzione di rappresentanza) e/o, in caso, legalmente sostenibile. Con queste modalità si esercitano (ordinariamente) attività legate ad assolvimento di funzioni pubbliche e private, come già in precedenza accennato.

Dovute invece alla emergenza epidemiologica sono le particolari modalità di svolgimento da remoto, oltre che delle funzioni degli organi già richiamati (specie Governo e Corte costituzionale)<sup>72</sup>, anche delle attività processuali. Qualche cenno aggiuntivo a quest'ultimo esempio sembra utile, a fronte dell'interessante dibattito avviato tra magistrati, avvocati, CSM e organi di rappresentanza, proprio a scongiurare un eccessivo – e dunque potenzialmente lesivo delle garanzie costituzionali – ricorso al processo penale smaterializzato.<sup>73</sup>

Anche in questo ambito, il Governo ha adottato ampie misure di contenimento dello svolgimento della funzione giurisdizionale<sup>74</sup>. L'art. 83 del d.l. n. 18 del 2020 – ora convertito nella legge 24 aprile 2020, n. 27 – ha introdotto importanti innovazioni, per lo svolgimento dell'udienza, relative alle attività non sospese, prevedendo che – in una serie consistente di casi – possa essere celebrata «mediante videoconferenze o con collegamenti da remoto»<sup>75</sup>.

Se tali modalità prima potevano essere utilizzate solo con riferimento a specifici casi (detenuti non trasportabili)<sup>76</sup> e con l'ausilio della piattaforma interattiva proprietaria del Ministero, l'urgenza

---

<sup>72</sup> Nell'odierno dibattito, infatti sono stati avanzati esempi delle disposizioni che hanno riconosciuto la facoltà di riunirsi non in compresenza fisica, ma in videoconferenza, ai Consigli e alle Giunte comunali e delle Città metropolitane (ai sensi dall'art. 73 del d.l. n. 18 del 17 marzo 2020), alle autorità indipendenti. Così, AINIS, CURRERI, TRUCCO, *Intervento*, cit. Sostengono che l'analogia con i lavori delle assemblee parlamentari non sia in questo senso sostenibile, considerati il livello diverso di rappresentanza e la natura delle funzioni, R. CALVANO, V. LIPPOLIS e M. LUCIANI, *Intervento*, cit.

<sup>73</sup> Diffusamente, G. SANTALUCIA, *La tecnica al servizio della giustizia penale. Attività giudiziaria a distanza nella conversione del decreto "cura Italia"*, in *Giustizia Insieme* ([www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it)), n. 993 del 10 aprile 2020; L. FIDELIO e A. NATALE, *Emergenza COVID-19 e giudizio penale di merito: un catalogo (incompleto) dei problemi*, in *Questione Giustizia* ([www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it)), 16 aprile 2020.

<sup>74</sup> Per primo il d. l. n. 11 del 2020, in vigore dall'8 marzo 2020, ha disciplinato le modalità di "decompressione" dell'attività giudiziaria, successivamente tali disposizioni sono state state abrogate dall'art. 83, comma 22, del d. l. n. 18 del 2020, c.d. decreto "Cura-Italia", intervenuto a graduare i previsti rinvii, le sospensioni e i differimento dei termini, in due distinti periodi: dal 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020, sono sospese pressoché tutte le attività processuali (fatte salve alcune eccezioni) e il decorso di quasi tutti i termini processuali; dal 16 aprile 2020 al 30 giugno 2020, la decisione è affidata – un catalogo delle misure adottabili - dai dirigenti degli uffici giudiziari che «adottano le misure organizzative, anche relative alla trattazione degli affari giudiziari, necessarie per consentire il rispetto delle indicazioni igienico sanitarie [...] al fine di evitare assembramenti all'interno dell'ufficio giudiziario e contatti ravvicinati tra le persone».

<sup>75</sup> L. FIDELIO, A. NATALE, *op. ult. cit.*, par. 6, «la possibilità di avvalersi di collegamenti da remoto era inizialmente prevista per la celebrazione delle attività processuali "non sospese" che coinvolgessero persone detenute, internate o in stato di custodia cautelare (art. 83, comma 12). In sede di esame parlamentare, il maxi-emendamento del governo ha introdotto una serie di ulteriori ipotesi in cui l'attività procedimentale e processuale può essere celebrata con collegamenti da remoto (art. 83, commi 12 bis, 12 ter, 12 quater, 12 quinquies): limitando i riferimenti agli aspetti di interesse per il giudice di merito, si può dare conto del fatto che è prevista la possibilità di procedere con modalità di partecipazione a distanza». In particolare: per celebrare le «udienze penali che non richiedono la partecipazione di soggetti diversi dal pubblico ministero, dalle parti private e dai rispettivi difensori, dagli ausiliari del giudice, da ufficiali o agenti di polizia giudiziaria, da interpreti, consulenti o periti» (comma 12 bis); durante le indagini preliminari «per compiere atti che richiedono la partecipazione della persona sottoposta alle indagini, della persona offesa, del difensore, di consulenti, di esperti o di altre persone, nei casi in cui la presenza fisica di costoro non può essere assicurata senza mettere a rischio le esigenze di contenimento della diffusione del virus COVID-19» (comma 12 quater); per la celebrazione delle camere di consiglio.

<sup>76</sup> Così anche occorre ricordare che da molto tempo a livello di Ue esistono varie iniziative riguardanti l'utilizzo della videoconferenza nei procedimenti giudiziari, cfr. SEGRETARIATO GENERALE DEL CONSIGLIO, *La videoconferenza nel contesto della giustizia elettronica europea*, 2009.

determinata dalla emergenza ha reso necessario individuare (ulteriori) piattaforme utilizzabili (ad esempio Skype o Teams di Microsoft). A farlo è il Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia (il DGSIA), con provvedimenti tali da assicurare (nel rispetto di molte delle norme di procedura penale) la reciproca visibilità tra tutte le persone coinvolte nella videoconferenza; la possibilità per il difensore di scegliere se partecipare alla videoconferenza presso l'ufficio giudiziario o presso il luogo ove è custodito l'indagato/imputato e – in ogni caso – assicurare la possibilità di comunicazioni riservate tra difensore e assistito. L'art. 83, comma 12 bis, dl n. 18 del 2020 – introdotto in sede di conversione dal maxi-emendamento – ha imposto che l'udienza celebrata con videoconferenza sia condotta con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti. «La normativa dell'emergenza non distingue tra udienza dibattimentali e udienze camerale e tra tipologie di reati per i quali si procede o, ancora, per veste processuale della persona della cui partecipazione a distanza si discute»<sup>77</sup>, mentre alla trasformazione del rito non seguirebbe obbligatoriamente l'adozione anche del modulo decisorio da remoto (come stabilisce infatti il testo della conversione del d.l., licenziato dal Senato), perché la modalità di decisione da remoto sarà eventuale, sostanzialmente rimessa a una decisione preliminare della Corte medesima<sup>78</sup>.

Da ultimo, è intervenuto d.l. del 30 aprile 2020, n. 28 (artt. 3,4 e 5), in parte tornando a restringere le ipotesi previste dal precedente d.l. e comunque spostando in avanti il termine finale del secondo periodo di emergenza, prima fissato al 30 giugno e ora al 31 luglio 2020<sup>79</sup>.

Come è immaginabile, anche con rispetto a questa delicatissima esperienza, i commenti e gli interventi sono stati indirizzati ad analizzare il concetto e natura dei “luoghi” dai quali possono connettersi alla videoconferenza gli attori processuali, al fine di verificarne la piena idoneità nel rispetto della legalità<sup>80</sup>. Si va, nel caso del detenuto, dal luogo di detenzione, all'ufficio di polizia giudiziaria, alla medesima postazione da cui si collega il difensore (se l'imputato non è soggetto a

---

<sup>77</sup> G. SANTALUCIA, *La tecnica*, cit., par. 1. Anche durante il corso delle indagini preliminari, il pubblico ministero e il giudice potranno avvalersi di collegamenti da remoto, ancora una volta individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia. Così si è appreso dalla stampa che in videoconferenza sono stati ascoltati ad aprile i primi testimoni delle inchieste sulle morti sospette nelle RSA.

<sup>78</sup> Per l'intero periodo emergenziale (9 marzo - 30 giugno 2020), le deliberazioni collegiali in camera di consiglio, per la definizione dei procedimenti che non patiscono la sospensione, siano essi civili che penali, «possono essere assunte mediante collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia».

<sup>79</sup> «Misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta Covid-19». Osserva G. SANTALUCIA, *Un altro decreto legge – n. 28 del 30 aprile 2020 – in materia di giustizia penale per l'emergenza sanitaria e non solo*, in *Giustizia Insieme* ([www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it)), 1 maggio 2020, che «La successione tra le previsioni dei due decreti non subisce per il vero l'interferenza dell'approvazione della legge di conversione – legge n. 27 del 24 aprile 2020, pubblicata sulla *G.U.* del 29 aprile successivo – che, come è noto, ha apportato importanti modifiche al decreto-legge n. 18 e che è successiva al decreto-legge n. 23, per il semplice fatto che in nessuna parte le innovazioni della legge di conversione contengono disposizioni in punto di confini temporali del periodo di emergenza».

<sup>80</sup> Il Csm è intervenuto dettando apposite linee guida, con delibera del 26 marzo 2020, con cui si invitano i dirigenti a favorire forme di lavoro “da remoto”; a prevedere forme di comunicazione tra uffici essenzialmente telematiche; ad adottare misure utili a contenere il numero di persone che hanno accesso agli uffici giudiziari; a coinvolgere i consigli dell'Ordine degli avvocati, stipulando con essi protocolli per «individuare modalità condivise di partecipazione da remoto dei soggetti del processo»; a predisporre turni di servizio dei magistrati – anche in deroga alle destinazioni tabellari vigenti – per “coprire” i servizi urgenti, suddividendo il carico di lavoro (e il rischio di esposizione al contagio) tra i magistrati in servizio; ad adottare le misure organizzative all'esito di procedure partecipate. Forti perplessità sono state sollevate dall'avvocatura (con alcune prese di posizione dell'Unione Camere Penali Italiane), dalla dottrina (v. quanto rilevato dall'Associazione tra gli studiosi del processo penale) e in parte della magistratura associata (v. il comunicato di Magistratura democratica su *I rischi dell'udienza telematica*).

misure cautelari o è libero), nel caso dei magistrati (requirente e giudicante, e nelle camere di consiglio), la connessione avviene sia presso l'ufficio giudiziario, sia da remoto presso le loro abitazioni, così anche nel caso degli ausiliari. Evidente che tutto ciò debba essere valutato alla luce dei principi di oralità e immediatezza nel processo penale e alla possibilità di contatto tra accusato e giudice<sup>81</sup>, considerata la particolarità della "scena pubblica", in cui consiste il dibattimento processuale<sup>82</sup>.

Con riferimento all'esempio del mondo giudiziario<sup>83</sup>, così come al tema di questo contributo, le preoccupazioni espresse riguardano poi e in conclusione i dubbi sul tempo a venire: l'accelerazione in chiave tecnologica dei percorsi innovativi (sebbene oggi indispensabili), non ha al momento fatto concentrare l'attenzione su quali specifiche attività potrebbero anche a regime avvenire da remoto, senza alcuna lesione dei diritti coinvolti, ma solo a segnalare il generale rischio che la tendenza innescata oggi potrebbe spingere ad impoverire e non a valorizzare le funzioni pubbliche. Lo stato emergenziale attuale «non è il paradigma fondativo delle nostre comunità politiche, non è la regola, non può neppure essere legittimato come strumento di governo, deve invece nei limiti del possibile essere circoscritto... non si deve accettare che terminato lo "stato di necessità" la rottura delle regole prosegua»<sup>84</sup>

È difficile non essere d'accordo, tuttavia a mio avviso, da ora in poi, dovremo cogliere l'occasione che stiamo vivendo tutti, ma con una diversa sensibilità e consapevolezza (anche collettiva e di costruzione del senso comune), per ragionare profondamente sulla sostenibilità costituzionale delle pratiche e procedure di "lavoro" a distanza ammesse o da ammettere, a partire da quelle già in atto prima della emergenza.

Sono molte, infatti, le decisioni ormai ordinariamente di fatto operanti rispetto all'uso delle tecnologie digitali nell'assolvimento di attività e funzioni pubbliche. Non sempre sono state il frutto di opzioni discusse e condivise, non necessariamente sono né garantiste in termini di legalità, né pienamente soddisfacenti in termini di efficacia rispetto agli obiettivi da realizzare.

Una delle tante derive del capitalismo (digitale) contemporaneo è quella che è stata definita da Evgeny Morozov, proprio con riferimento al momento attuale, "dello Stato soluzionista", al cui cuore starebbe: «una serie di misure, in teoria pragmatiche, in grado di mantenere in funzione la macchina del capitalismo globale risolvendo le contraddizioni che emergono nel corso del suo funzionamento: il tutto, sorprendentemente, con notevoli profitti [...] sull'idea che si possa evitare di affrontare le cause di un problema, concentrandosi invece sull'"adeguare" i comportamenti individuali alla crudele, ma immutabile, realtà [...] una versione più umana ma anche più sofisticata dello stato di sorveglianza che lo ha preceduto [...] Mi aspetto quindi che i governi riversino miliardi in quella che, un anno fa, ho definito la "tecnologia della sopravvivenza": tecnologie digitali che

---

<sup>81</sup> Sottolineano, L. FIDELIO, A. Natale, *ibidem* che «non è indifferente che una persona arrestata partecipi all'udienza di convalida in un'aula di udienza o nell'ufficio della polizia giudiziaria che lo ha appena tratto in arresto; né è indifferente che – come la recente storia giudiziaria tragicamente insegna – un giudice possa avere un contatto diretto e attento con l'arrestato; né è indifferente che tutti i protagonisti dell'udienza abbiano una possibilità di agile interlocuzione, che non si può nutrire delle sole frasi veicolate dalla telematica».

<sup>82</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 8a ed., 931, «hanno un costo emotivo, i dibattimenti: e il luogo conta molto nell'economia psichica; non è lo stesso stare nell'aula o in piazza. Sono rilievi antropologicamente ovvi: i processi implicano tempo e spazio separati, ossia sacri».

<sup>83</sup> L. FIDELIO, A. NATALE, *ibidem*. F. DONATI, *Giustizia online al tempo del Coronavirus e dopo*, in questi stessi scritti, 17 aprile 2020, spec. 6 ss., in si pone invece il tema delle prospettive per il dopo emergenza della partecipazione processuale da remoto.

<sup>84</sup> G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale d'eccezione*, cit. 3. Nello stesso senso, S. PRISCO, F. ABBONDANTE, *op. ul. cit.*, 7, «Ogni discussione quanto alla possibile stabilizzazione di ammodernamenti che talune soluzioni recherebbero alle istituzioni è legittima, ma va rinviata a tempi tranquilli, nei quali la riflessione può non essere concitata e può soppesare con ponderazione i pro e i contra».

permetteranno al capitalismo di andare avanti, alleviando nel frattempo alcuni dei suoi problemi. Questo rafforzerà anche la legittimità dello stato soluzionista, che potrà vantarsi di aver respinto “l’opzione cinese” [...] L’idea di costruire questo nuovo ordine sulle fondamenta digitali offerte da Amazon, Facebook o dall’operatore di telefonia mobile del vostro paese può sembrare allettante, ma non ne verrà niente di buono»<sup>85</sup>.

Come non cadere o continuare a cadere nel dilemma dello Stato soluzionista descritto e analizzato, condivisibilmente, dal sociologo bielorusso? È sempre del tutto necessario porre la questione nei termini di resistenza alle tentazioni della tecnica?

Si tratta di evidenziare e discutere questioni – che, per il fatto di essere legate all’uso di strumenti continuamente in evoluzione, ancora oggi, appaiono nuove – per proporre le necessarie distinzioni e soluzioni, possibilmente a prescindere e non sollecitati dalla sola stringente urgenza o necessità, quando non dalla mera opportunità pratica. È una questione di scelte, che a monte ha (o dovrebbe avere) una attenta valutazione dello specifico servizio tecnologico digitale, individuato come idoneo per quella particolare funzione o attività.

La attuale emergenza sanitaria è stata già da tanti e su molti fronti (primo tra tutti quello della tutela dell’ambiente e della sostenibilità della produzione a tutti i livelli) interpretato come un tragico e ‘scomodissimo’, ma prezioso ammonimento per cambiare rotta.

Tornando a volgere l’attenzione solo all’oggetto delle presenti riflessioni, sono d’accordo con chi osserva, immagino auspicandolo, che fare entrare i servizi che la fase attuale del *Web* mette a disposizione significhi reingegnerizzazione i lavori parlamentari<sup>86</sup>.

E’ a partire da questa consapevolezza che si potrebbe meglio indirizzare una possibile futura scelta (che ad oggi appare improbabile), volta a implementare – facendone oggetto di disciplina regolamentare – l’uso del digitale nelle deliberazioni parlamentari, con forme idonee a garantire a pieno il rispetto della Costituzione, nei soli casi accertati in cui uno stato di emergenza renda impossibile la presenza fisica nei Palazzi della rappresentanza di un numero consistente dei membri delle Camere e tale da mettere a rischio la funzionalità stessa dell’organo; ipotesi che non è a mio avviso da respingere.

Si tratta di una sfida notevole e delicata, ma se il risultato si realizzasse in questi termini (altrimenti sarebbe, da scongiurare) sarebbe un esempio eccellente e il Parlamento riacquisterebbe anche centralità nel dibattito pubblico sullo spazio delle tecnologie digitali al servizio del costituzionalismo, anche – o piuttosto solo a condizione che – tali considerazioni mettano al centro la necessità di garantire l’uso istituzionale di piattaforme e app (e relativi server) dedicate, di tipo proprietario<sup>87</sup>, con codici identificativi protetti e puntuale rispetto dei più alti standard di sicurezza informatica, contro la perdita dei dati o l’intrusione.

I servizi *web* non sono servizi come altri. Affittare una sala riunioni privata in un centro congressi o in un teatro, avvalendosi dello spazio e delle attrezzature da altri lì predisposte, non è equivalente e non solo per il diverso livello di modernità tecnologica.

Senza qui voler scomodare le ricerche sulle modificazioni profonde degli stati mentali di attenzione dettati dall’esposizione al *Web* – quasi permanente nei tempi di vita che si fondono e

---

<sup>85</sup> E. MOROZOV, *L’emergenza sanitaria e il rischio del totalitarismo*, in *Internazionale* (<http://www.internazionale.it/>), 4 aprile 2020.

<sup>86</sup> N. LUPO, *Intervento diretta Facebook*, cit.

<sup>87</sup> Del resto, potendo ciascuna Camere avvalersi di eccellenti Servizi informatici. Non è ad esempio questa la scelta fatta oggi dagli Atenei italiani, dove le attività presenti e future si avvalgono delle piattaforme architettate e messe a disposizione di Google e Microsoft. Cfr. l’esperienza del server messo a disposizione dal CNR. Interessante anche la mappa virtuale, che mostra le strategie nazionali adottate in materia di sicurezza dell’Italia predisposta dall’ENISA e il documento *Good practices in innovation on Cybersecurity under the NCSS*, pubblicato a novembre 2019, sulle strategie nazionali volte a garantire la cyber sicurezza, al fine di disegnare una visione d’insieme di ciò che accade all’interno dell’UE.

confondono con quelli di lavoro, fino ad ostacolare il pieno e libero sviluppo della stessa progettualità individuale e collettiva<sup>88</sup>—, è appena il caso di ricordare che chi struttura, se si preferisce ‘architetta’<sup>89</sup>, questi spazi dispone di un potere decisamente più pervasivo sulle stesse modalità di svolgimento delle attività e dei comportamenti che lì si esprimono.

È necessario distinguere i ‘fatti’ tecnici, dalle ‘tendenze’ tecniche, sollecitate e precostituite a monte; il fine è di valutarne non solo astrattamente l’efficienza pratica, ma la capacità di soddisfazione del volere e delle necessità (soprattutto se istituzionali) di chi sceglie di servirsene. Le pratiche degli automatismi tecnologici sono, in definitiva, strutturanti<sup>90</sup>. Un ragionamento che già Michel Foucault fece, sostenendo che le scelte di infrastruttura software incidono profondamente sulla maniera in cui gli internauti “vedono” le informazioni e si rappresentano il mondo digitale<sup>91</sup>, assumendo un valore di sfondo comune e dunque contribuendo a strutturare la realtà.

La strada da seguire è dunque la più tradizionale: la costruzione di un pensiero politico che indirizzi la produzione di norme e permetta di gestire (non di adeguarsi a) tali *tendenze* e i relativi effetti, indirizzando, nel rispetto pieno del costituzionalismo democratico, il saper vivere nella attuale economia digitale.

---

<sup>88</sup> Alla base delle ricerche sulla cd. governamentalità algoritmica, condotte da A. ROUVROY, T. BERNIS, *Gouvernementalité algorithmique et perspectives d’émancipation*, in *Politique des algorithmes, Métriques du Web*, in *Réseaux* (<https://www.cairn.info/revue-reseaux.htm>) 2013/1 (No 177), ampiamente riutilizzate, ad esempio, più recentemente da B. STIEGLER, *La società automatica. L’avvenire del lavoro*, Meltemi, Milano 2019 (traduzione italiana del lavoro edito nel 2015), per porre le basi del suo concetto di ritenzione (il divenire passato di ciò che è stato presente) terziaria dei nuovi circuiti digitale di transindividuaione e della sua proposta di usare la stessa tecnologia digitale come *pharmakon* (nel senso etimologico dell’essere contemporaneamente tossicità e rimedio) e contrastare il presunto ‘destino’ di questa società dell’iper-controllo.

<sup>89</sup> Insieme di regole dell’hardware e del software, che L. LESSIG, *Code and Others Laws of Cyberspace*, Basic Books, New York 1999, ora in versione interattiva (“wiki”), *Code version 2.0*, Basic Books, New York 2006, 128 ss. ha chiamato *Code* o architettura digitale, riferendosi al cyberspazio.

<sup>90</sup> Su questo come realtà effettiva e sulla migliore opportunità che il concetto di *habitus* offre per la sua qualificazione, avevo già proposto (*Lo spazio di internet*, cit. 6) di avvalersi della analogia con la nozione elaborata da Pierre Bourdieu: «sistema di disposizioni durevoli e trasponibili, strutture strutturate che funzionano come strutture strutturanti, cioè come principio organizzatore di pratiche e di rappresentazioni che possono essere oggettivamente accordate con il loro scopo, senza supporre il cosciente perseguimento dei fini e la padronanza espressa delle operazioni necessarie per realizzarli, oggettivamente ‘regolate’ e ‘regolari’, senza essere per nulla il prodotto dell’obbedienza a regole, e per di più orchestrate collettivamente, senza essere il prodotto dell’azione organizzatrice di un direttore di orchestra». Sulla apparente neutralità della tecnologia, cfr. le considerazioni approfondite di recente da E. STRADELLA, *Stereotipi e discriminazioni: dall’intelligenza umana all’intelligenza artificiale*, in questi stessi scritti, spec. 4.

<sup>91</sup> Riportato da D. CARDON, *La Démocratie Internet, Promesses et limites*, Seuil, Paris 2010, cit. 95. Cfr. anche F. COLOMBO, *Controllo, identità, parresia. Un approccio foucaultiano al web 2.0*, in *Comunicazioni sociali*, Vita e Pensiero, Pubblicazioni dell’Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, 2012, n. 2, 197 ss.

**FILIPPO DONATI**  
**Giustizia *online* al tempo del Coronavirus e dopo**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La partecipazione online all’attività giudiziaria. – 3. Le camere di consiglio tramite collegamento da remoto. – 4. Prospettive per il dopo emergenza. – 5. Considerazioni conclusive.

### 1. Premessa

Nel suo recente libro sul futuro della giustizia, Richard Susskind sostiene la necessità di una radicale trasformazione del tradizionale modo di esercizio della funzione giurisdizionale<sup>1</sup>.

Susskind muove dalla constatazione che, ancora oggi, in numerosi ordinamenti giuridici, anche i più avanzati, la soluzione giudiziale delle controversie è troppo costosa, troppo lenta e poco comprensibile per le persone ordinarie. Ciò determina, per molti cittadini, una oggettiva limitazione del diritto di accesso alla giustizia. Un migliore utilizzo, da parte degli utenti e dei giudici, delle nuove potenzialità offerte dall’evoluzione tecnologica, invece, potrebbe aiutare a superare le problematiche che il servizio giustizia presenta in molti paesi. Sulla base di queste premesse, Susskind sostiene la necessità di creare Tribunali interamente *online*, che possano garantire la soluzione delle controversie civili di minor valore in tempi ragionevoli e a costi accettabili, nel rispetto dei principi del giusto processo<sup>2</sup>.

L’emergenza Covid-19 sembrerebbe confermare l’opportunità di un maggior ricorso agli strumenti telematici per la gestione del processo. La crisi in atto, infatti, ha reso necessaria l’adozione di inedite misure a carattere emergenziale per contrastare il propagarsi dell’epidemia<sup>3</sup>. Il decreto “cura Italia” (d.l. n. 18 del 2020)<sup>4</sup>, in particolare, ha demandato ai capi degli uffici giudiziari l’adozione di una serie di misure organizzative volte a ridurre al minimo le forme di contatto

---

<sup>1</sup> R. SUSSKIND, *Online Courts and the Future of Justice*, Oxford, 2019.

<sup>2</sup> L’Autore propone (299 ss.) la creazione di una piattaforma *online*, realizzata in open-source e quindi aperta al contributo di tutti, che individui una serie di procedure, suscettibili di essere adattate alle esigenze di ogni singolo sistema giudiziario. I singoli Stati, soprattutto quelli in cui la giustizia ha tempi eccessivamente lunghi, potrebbero utilizzare questa piattaforma per creare un proprio sistema di soluzione *online* per le controversie civili di minor valore. La decisione delle controversie continuerebbe ad essere affidata all’Autorità giudiziaria, senza quindi alcuna sostituzione con sistemi automatizzati basati su tecniche di intelligenza artificiale. Spetta infatti ai giudici garantire il rispetto dei principi del giusto processo anche in ambiente virtuale. La soluzione proposta, secondo l’Autore, permetterebbe al sistema giudiziario di fornire decisioni in tempi più rapidi e a costi assai inferiori rispetto a quanto accade oggi, così assicurando una più effettiva tutela del diritto di accesso alla giustizia.

<sup>3</sup> I numerosi provvedimenti normativi adottati dal Governo, dai Presidenti delle giunte regionali e dai Sindaci per fronteggiare l’emergenza, hanno dato vita ad un acceso e interessante dibattito tra i giuristi sia su argomenti di carattere generale (dall’impatto delle misure adottate sul sistema delle fonti, sul funzionamento del sistema democratico-rappresentativo, sui rapporti Stato – Regioni, sul sistema dei diritti, sul contributo atteso dall’Unione europea, ecc.) sia su argomenti più specifici (dalla necessità di offrire speciali tutele agli operatori sanitari e ai lavoratori, al controllo sui dati personali a fronte delle misure tecnologiche emergenziali, ecc.). Si vedano al riguardo i numerosi contributi pubblicati nell’*Osservatorio sull’emergenza Covid-19* in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)).

<sup>4</sup> Il d.l. n. 18 del 2020 ha confermato la disciplina dettata con il precedente d.l. 9 marzo 2020, n. 11 e ha disposto la decorrenza dei suoi effetti a decorrere dal 9 marzo 2020, ovvero dalla data di entrata in vigore del precedente decreto (su cui cfr. G. SCARSELLI, *Interpretazione e commento del decreto legge 8 marzo 2020 n. 11 di differimento delle udienze e sospensione dei termini processuali civili per contrastare l’emergenza da COVID 19*, in *Judicium* (<http://www.judicium.it/>).



personale all'interno dei palazzi di giustizia<sup>5</sup>, inclusa la partecipazione allo svolgimento delle attività giudiziarie mediante collegamenti da remoto.

Qui di seguito procederò ad un breve richiamo a tali misure, al fine di verificare se le stesse possano essere estese anche al di là della presente emergenza sanitaria, nella prospettiva indicata da Richard Susskind.

## 2. La partecipazione online all'attività giudiziaria

La disciplina in esame distingue due fasi. Dal 9 marzo all'11 maggio 2020<sup>6</sup> è stabilita la sospensione del decorso dei termini processuali e il differimento *ex lege* di tutte le udienze civili e penali, salvo quelle relative ad una serie di procedimenti individuati come urgenti<sup>7</sup>. Per il periodo dal 12 maggio, data in cui è prevista la ripresa dell'attività giudiziaria, fino al 30 giugno 2020, i capi degli uffici giudiziari dovranno adottare una serie di misure organizzative volte a realizzare il distanziamento sociale nei palazzi di giustizia<sup>8</sup>. Le misure in questione possono essere disposte dai capi degli uffici giudiziari anche prima dell'11 maggio 2020, con riguardo all'attività giudiziaria non sospesa<sup>9</sup>.

Per quanto interessa in questa sede, il decreto "cura Italia" ha innanzi tutto esteso agli atti iniziali dei giudizi civili, fino al 30 giugno 2020, l'obbligo di deposito con modalità telematiche<sup>10</sup>. Si tratta di una deroga alla vigente disciplina sul processo civile telematico, secondo gli atti della parte già costituita sono obbligatoriamente telematici, mentre la costituzione in giudizio può essere fatta con atto telematico o in modalità cartacea<sup>11</sup>. In tal modo viene fatto un passo avanti nel completamento del processo civile telematico che, nel complesso, ha comportato una grande semplificazione per gli utenti e un forte contributo per una maggiore efficienza degli uffici giudiziari.

È opportuno segnalare che il disegno di legge di conversione del decreto "cura Italia", nel testo approvato dalla Camera dei deputati ed attualmente all'esame del Senato, prevede, sino al 30 giugno 2020, il deposito degli atti e dei documenti da parte degli avvocati in modalità telematica anche per i procedimenti civili innanzi alla Corte di cassazione<sup>12</sup>.

Sempre al fine di evitare assembramenti negli uffici giudiziari, inoltre, la nuova disciplina ha demandato ai dirigenti degli uffici giudiziari l'adozione di una serie di misure organizzative, alcune

---

<sup>5</sup> Art. 83, comma 6 del d.l. n. 18 del 2020. La disposizione richiede che i provvedimenti organizzativi vengano adottati sentiti l'autorità sanitaria regionale e il Consiglio dell'ordine degli avvocati. Per gli uffici diversi dalla Corte di cassazione e dalla procura generale presso la stessa, è richiesta l'intesa con il Presidente della Corte d'appello e con il Procuratore generale presso la Corte d'appello dei rispettivi distretti.

<sup>6</sup> Art. 83, comma 1, d.l. n. 18 del 2020, come modificato dall'art. 36 del d.l. n. 23 del 2020.

<sup>7</sup> Art. 83, comma 3, d.l. n. 18 del 2020.

<sup>8</sup> Su questa disciplina cfr. l'analisi di P. SERRAO D'ACQUINO, *La riorganizzazione della giustizia civile al tempo del COVID. Commento alle misure introdotte dal decreto legge n. 18 del 2020*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), *Paper Osservatorio Emergenza Covid-19*, 28 marzo 2020 e di A. ZAMPAGLIONE-L. FORTE, *La partecipazione a distanza all'epoca del coronavirus: tra contrazione del diritto di difesa materiale e esigenze di accertamento*, in *Dirittifondamentali.it* ([www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it)), 9 aprile 2020.

<sup>9</sup> Art. 83, comma 5, d.l. 17 marzo 2020, n. 18.

<sup>10</sup> Art. 83, comma 21, d.l. n. 18 del 2020.

<sup>11</sup> Art. 16-bis, comma 1, d.l. n. 179 del 2014, convertito in l. n. 221 del 2014.

<sup>12</sup> A tal fine, il disegno di legge di conversione aggiunge all'art. 83 del d.l. n. 18 del 2020 un comma 11-bis, dove si prevede, tra l'altro, che l'attivazione del servizio di deposito telematico degli atti in Cassazione richiede l'adozione, da parte della DGSIA, di un provvedimento che accerti "l'installazione e l'idoneità delle attrezzature informatiche, unitamente alla funzionalità dei servizi di comunicazione dei documenti informatici". *Nel processo penale, invece, dove la digitalizzazione è ancora in fase sperimentale, gli atti e i documenti non possono ancora essere depositati in maniera telematica.*

delle quali volte garantire una “dematerializzazione” delle udienze civili e di quelle che si svolgono nei procedimenti relativi alle commissioni tributarie e alla magistratura militare<sup>13</sup>. Si tratta delle “udienze figurate” e delle “udienze online”.

Le prime sono quelle in cui è richiesta la partecipazione dei soli difensori e che si possono svolgere mediante semplice scambio documentale<sup>14</sup>. Il CSM, nelle “linee guida agli Uffici giudiziari in ordine all’emergenza Covid-19” approvate il 26 marzo 2020, ha ritenuto che quella “figurata” non sia una vera e propria udienza, e pertanto che non sia necessario redigere il relativo verbale. Decorsa la data dell’udienza, il giudice provvederà all’assunzione dei provvedimenti istruttori ovvero di quelli decisori. La legge non stabilisce se la mancata produzione di memorie debba essere equiparata alla mancata comparizione delle parti. Per evitare possibili inconvenienti, il giudice dovrebbe avvertire espressamente le parti che l’omesso deposito delle note equivale alla mancata presenza in udienza e che, in caso di mancata presentazione di memorie per tutte le parti, si applica la disciplina di cui agli artt. 181 e 309 c.p.c.<sup>15</sup>

Per i casi in cui invece sia debba svolgere l’udienza<sup>16</sup>, il decreto “cura Italia” richiede, fino al 30 giugno 2020, la partecipazione alla stessa da remoto attraverso l’impiego dei collegamenti individuati dalla Direzione generale dei servizi informativi automatizzati del Ministero della giustizia (DGSIA). Tali collegamenti debbono essere effettuati con “modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l’effettiva partecipazione delle parti”<sup>17</sup>. L’art. 83, comma 7 lettera f) del d.l. n. 18 del 2020 dispone infine che il giudice, prima dell’udienza, faccia comunicare alle parti e al pubblico ministero, se è prevista la sua presenza, giorno ora e modalità di collegamento. Nel verbale d’udienza dovrà poi essere dato atto delle modalità con cui il giudice ha accertato l’identità dei soggetti partecipanti e, ove si tratti di parti, la loro libera volontà. Per facilitare lo svolgimento delle udienze da remoto, il disegno di conversione in legge del decreto “cura Italia” ha permesso la partecipazione mediante collegamenti telematici anche degli ausiliari del giudice<sup>18</sup>, come già suggerito nelle linee guida del CSM.

Vari uffici giudiziari hanno definito appositi protocolli per la gestione delle udienze con partecipazione da remoto, tenendo conto dei suggerimenti forniti dal CSM attraverso le sopra richiamate linee guida<sup>19</sup>.

---

<sup>13</sup> Art. 83, comma 21, d.l. n. 18 del 2020.

<sup>14</sup> Art. 83, comma 7, lettera h) del d.l. n. 18 del 2020.

<sup>15</sup> Tale soluzione è condivisa in dottrina da F. CAROLEO - R. IONTA, *L’udienza civile ai tempi del coronavirus. Comparizione figurata e trattazione scritta (art.2, comma2, lettera h, decreto legge 8 marzo 2020, n. 11)*, in *Giustizia Insieme (www.giustiziainsieme.it)*, 12 marzo 2020; P. SERRAO D’ACQUIN, *La riorganizzazione della giustizia civile al tempo del COVID. Commento alle misure introdotte dal decreto legge n. 18 del 2020*, in *Federalismi.it (www.federalismi.it)*, Osservatorio emergenza Covid-19, cit., 16.

<sup>16</sup> L’art. 83, comma 7, lett. f) del d.l. n. 18 del 2020, circoscrive la possibilità di svolgere l’udienza telematica ai casi in cui sia necessaria la presenza soltanto dei difensori e delle parti. La legge di conversione, nel testo approvato dalla Camera dei deputati ed attualmente all’esame del Senato, ha ampliato la possibilità di svolgimento *online* per tutte le udienze in cui partecipino, oltre ai difensori e alle parti, anche gli ausiliari del giudice.

<sup>17</sup> Il Direttore della DGSIA, con provvedimento del 10 marzo 2020, ha stabilito che udienze civili possono svolgersi con i programmi Skype for Business o Teams e che le udienze penali “si svolgono, ove possibile, utilizzando gli strumenti di videoconferenza già a disposizione degli uffici giudiziari e degli istituti penitenziari ai sensi dell’art. 146-bis disp.att. c.p.p. o, in alternativa, con i predetti programmi.

<sup>18</sup> A tal fine è stato proposto l’inserimento, nell’art. 83, comma 7, del d.l. n. 18 del 2020, della lettera h-bis), secondo cui i dirigenti degli uffici giudiziari possono prevedere “lo svolgimento dell’attività degli ausiliari del giudice con collegamenti da remoto tali da salvaguardare il contraddittorio e l’effettiva partecipazione delle parti”

<sup>19</sup> Alle linee guida approvate dal CSM con la delibera plenaria del 26 marzo 2020, sono allegati le proposte di protocollo per la gestione delle udienze civili e penali tramite collegamento da remoto, nonché delle udienze civili tramite trattazione scritta. Con le delibere dell’adunanza plenaria del 1° aprile 2020 e dell’8 aprile, inoltre, sono state approvate le proposte di protocollo per la trattazione, rispettivamente, delle udienze civili tramite collegamento da

Con riferimento al settore penale<sup>20</sup>, il decreto “cura Italia” ha previsto, in primo luogo, che gli avvisi e i provvedimenti vengano notificati in via telematica all’indirizzo di posta elettronica certificata del difensore di fiducia<sup>21</sup>. Il legislatore non ha ritenuto possibile permettere anche nel processo penale, dove la digitalizzazione è ancora in fase sperimentale, il deposito telematico degli atti e dei documenti, come avviene invece nel processo civile e amministrativo. La possibilità di utilizzare i nuovi mezzi di comunicazione elettronica per procedere alle notifiche rappresenta peraltro una significativa novità, volta a semplificare e rendere più celere il lavoro degli uffici.

La maggiore novità che riguarda il processo penale, tuttavia, è quella che impone la partecipazione da remoto “a qualsiasi udienza delle persone detenute, internate o in stato di custodia cautelare”, in tutti i casi in cui ciò sia possibile<sup>22</sup>. In tal modo è stata notevolmente estesa la deroga alla necessità di presenza fisica in udienza di cui al nuovo art. 146 disp. att. c.p.p.<sup>23</sup>, che prevede la partecipazione da remoto alle udienze dibattimentali degli imputati che si trovano in stato di detenzione per alcuni gravi reati<sup>24</sup>, e all’art. 147-bis disp. att. c.p.p., che riguarda gli operatori sotto copertura, le persone che collaborano con la giustizia e gli imputati di reato connesso. Il disegno di legge di conversione del decreto “cura Italia” ha ulteriormente allargato l’ambito applicativo del collegamento da remoto nella fase emergenziale, non più riservato ai soli casi in cui all’udienza prenda parte una persona detenuta o internata<sup>25</sup>. Il CSM, nelle richiamate linee guida,

---

remoto presso il Tribunale per i minorenni e per le udienze penali tramite collegamento da remoto presso il Tribunale di Sorveglianza.

<sup>20</sup> Su cui cfr. P. GENTILUCCI, *La longa manus del Coronavirus sulla giustizia penale e sulle carceri*, in *Giurisprudenza Penale* ([www.giurisprudenzapenale.com/](http://www.giurisprudenzapenale.com/)) 20 marzo 2020.

<sup>21</sup> Art. 83, commi 13-15, d.l. n. 19 del 2020.

<sup>22</sup> Cfr. l’art. 83, comma 12, secondo cui, “ferma l’applicazione dell’articolo 472, comma 3, del codice di procedura penale [porte chiuse per ragioni di igiene], dal 9 marzo 2020 al 30 giugno 2020, la partecipazione a qualsiasi udienza delle persone detenute, internate o in stato di custodia cautelare è assicurata, ove possibile, mediante videoconferenze o con collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore della DGSIA, applicate, in quanto compatibili, le disposizioni di cui ai commi 3, 4 e 5 dell’articolo 146-bis del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271”. Al riguardo cfr. le riflessioni di G. SANTALUCIA, *La tecnica al servizio della giustizia penale. L’attività giudiziaria a distanza nella conversione del decreto “cura Italia”*, in *Giustizia Insieme* ([www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it)), 10 aprile 2020.

<sup>23</sup> Sulla disciplina prevista da tale articolo, introdotto dall’art. 2 della L. 7 gennaio 2008, n. 11, cfr., ex multis, P. RIVELLO, *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla riforma Orlando*, in *Diritto penale contemporaneo* ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)), 31 luglio 2017, 131 ss.; G. PIZIALI, *sub art. 146-bis disp. att. c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda – G. Spangher, Tomo III, Milano, 2017, 898 ss.; D. CURTOTTI, *Le modifiche alla disciplina della partecipazione al dibattimento a distanza*, in G.M. Baccari- C. Bonzano-K. La Regina- E.M. Mancuso (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale*, Padova, 2017, 521 ss.; P. BRONZO, *Partecipazione al dibattimento ed esame a distanza: la verifica giurisdizionale sui presupposti per il ricorso ai collegamenti audiovisivi e le esigenze della difesa*, in AA.Vv., *La giustizia penale differenziata*, vol. III, *Gli accertamenti complementari*, coordinato da M. MONTAGNA, Torino, 2011, 983 ss.; D. CURTOTTI Nappi, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, Milano, 2006; G. FIDELBO, *Commento alla disciplina della partecipazione al procedimento penale a distanza e dell’esame dei collaboratori di giustizia (l. n. 11 del 1998)*, in *Gazz. giur.*, 1998, 103 ss.; G. FRIGO, *Videoconferenze giudiziarie: limiti all’oralità e al contraddittorio*, AA.Vv., *Le nuove leggi penali, abuso d’ufficio, dichiarazioni del coimputato, videoconferenze giudiziarie*, Padova, 1998, 383 ss.; M. CASSANO, *Problemi e prospettive della nuova disciplina sull’assunzione di prove a distanza*, in *Le nuove leggi penali*, Padova, 1998, 351 ss.; L. KALB, *La partecipazione a distanza al dibattimento*, in AA. Vv., *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti*, coordinato da A.A. DALIA-M. FERRAIOLI, Milano, 1998, 43; A. MELCHIONDA, *sub Art. 146-bis disp. att. c.p.p.*, in *Commento al codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, Milano, 1998, 167; P. VOENA, *L’esame a distanza*, in *Dirittifondamentali.it* ([www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it)), 1998, 117. M. BARGIS, *Udienze in teleconferenza con nuove cautele per i sottoposti all’art. 41-bis ord. pen.*, in *Dirittifondamentali.it* ([www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it)), 1998, n. 2, 159.

<sup>24</sup> Si tratta dei delitti di cui all’articolo 51, comma 3 bis, e di cui all’articolo 407, comma 2, lettera a) numero 4 del codice di rito, che prevedono le fattispecie di reato di associazione di tipo mafioso, traffico illecito di rifiuti, sequestro di persona a scopo di estorsione, associazione per delinquere.

<sup>25</sup> A tal riguardo, il disegno di legge di conversione inserisce nell’art. 83 del decreto “cura Italia” il paragrafo 12-bis, secondo cui “le udienze penali che non richiedono la partecipazione di soggetti diversi dal pubblico ministero, dalle parti

ha infine suggerito ai dirigenti degli uffici di permettere la partecipazione da remoto anche ai giudici popolare nei processi in Corte d'Assise, nonché ai soggetti che integrano i collegi nei processi minorili e nel procedimento di sorveglianza.

Per garantire l'effettivo contraddittorio tra le parti ed il pieno esercizio del diritto di difesa, si applicano le garanzie previste dall'art. 146-bis disp. att. c.p.p.. Tale disposizione, nei casi di partecipazione all'udienza da remoto, impone la contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone. Tutti i soggetti, siano essi presenti in udienza o collegati da remoto, devono cioè essere messi nelle condizioni di vedere e udire gli altri. Il difensore, quando sceglie di non essere presente nel luogo in cui si trova il proprio assistito, deve essere messo in condizione di consultarsi riservatamente con lo stesso, per mezzo di strumenti tecnici idonei. Il luogo dove l'imputato si collega in audiovisione è equiparato all'aula di udienza.

### *3. Le camere di consiglio tramite collegamento da remoto*

Per il processo amministrativo non è stato necessario disporre la partecipazione da remoto alle udienze. Al fine di evitare contatti ravvicinati tra le persone all'interno degli uffici giudiziari, infatti, tutte le udienze fissate fino al 15 aprile 2020 sono rinviate *ex lege*. In questa fase i procedimenti cautelari sono decisi con decreto monocratico, con rinvio della trattazione collegiale ad una data successiva al 15 aprile 2020<sup>26</sup>. Per le controversie la cui trattazione è fissata fino al 30 giugno 2020, invece, è previsto il passaggio in decisione senza trattazione orale sulla base degli atti depositati, con facoltà delle parti di depositare brevi note fino a due giorni prima della data fissata per la trattazione. La disciplina appena richiamata, che si applica anche al processo contabile<sup>27</sup>, è stata confermata dal d.l. n. 23 del 2020, salva la proroga fino al 3 maggio della sospensione dei termini stabiliti per la notificazione dei ricorsi (di primo e di secondo grado, introduttivo, in appello, incidentale, per motivi aggiunti, ecc.), con l'eccezione di quelli relativi al procedimento cautelare<sup>28</sup>.

---

private e dai rispettivi difensori, dagli ausiliari del giudice, da ufficiali o agenti di polizia giudiziaria, da interpreti, consulenti o periti possono essere tenute mediante collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale della DGSIA. Lo svolgimento dell'udienza avviene con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti. Prima dell'udienza il giudice fa comunicare ai difensori delle parti, al pubblico ministero e agli altri soggetti di cui è prevista la partecipazione giorno, ora e modalità del collegamento". La medesima disposizione affida la verbalizzazione dell'udienza all'ausiliario del giudice, che può anch'esso collegarsi da remoto. Sulle novità contenute nel disegno di legge di conversione, al momento in cui si scrive approvato alla Camera dei deputati, cfr. G. SANTALUCIA, *La tecnica al servizio della giustizia penale. L'attività giudiziaria a distanza nella conversione del decreto "cura Italia"*, cit.

<sup>26</sup> Art. 84, d.l. n. 18 del 2020. Sulle novità relative al processo amministrativo cfr. M.A. SANDULLI, *Sugli effetti pratici dell'applicazione dell'art. 84 d.l. n. 18 del 2020 in tema di tutela cautelare: l'incertezza del Consiglio di Stato sull'appellabilità dei decreti monocratici*; ID., *Brevissime considerazioni sulla sospensione dei termini relativi ai procedimenti sui ricorsi amministrativi (tra gli artt. 84 e 103 del d.l. n. 18 del 2020)*; M.A. SANDULLI – N. POSTERARO, *Procedimento amministrativo e Covid-19. Primissime considerazioni sulla sospensione dei termini procedurali e sulla conservazione dell'efficacia degli atti amministrativi in scadenza nell'art. 103*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), Focus - Osservatorio emergenza covid-19 n. 1, 13/03/2020.

<sup>27</sup> Con l'unica differenza che, nei giudizi di conto, le udienze la cui trattazione è fissata entro il 15 aprile 2020 alle quali debbono partecipare soltanto i difensori delle parti possono essere svolte in via telematica: art. 85, comma 4, lettera e). Il disegno di conversione in legge del "decreto Italia", attualmente all'esame del Senato, ha sostituito tale previsione, aggiungendo la possibilità di tenere da remoto anche le camere di consiglio e precisando, altresì, che il luogo da cui si collegano i magistrati e il personale addetto è considerato aula di udienza o di adunanza o camera di consiglio a tutti gli effetti di legge. Le sentenze, le ordinanze, i decreti, le deliberazioni e gli altri atti del processo e del procedimento di controllo possono essere adottati mediante documenti informatici e possono essere firmati digitalmente, anche in deroga alle disposizioni vigenti.

<sup>28</sup> Art. 36, comma 3, d.l. n. 23 del 2020.

Con specifico riferimento al processo amministrativo, il decreto “cura Italia” ha espressamente introdotto la possibilità di effettuare camere di consiglio da remoto<sup>29</sup>.

Anche la Corte costituzionale, con decreto adottato dalla sua Presidente il 24 marzo 2020, ha adottato una serie di misure per lo svolgimento dei giudizi durante la fase di emergenza sanitaria. Per le udienze pubbliche la scelta è stata quella del rinvio fino a quando sarà venuta meno la situazione di emergenza, salva la facoltà delle parti di chiedere che la decisione sia presa in camera di consiglio senza trattazione orale. Per permettere il proseguimento dei lavori anche nel periodo di emergenza sanitaria, però, è stata prevista la possibilità dei giudici costituzionali di utilizzare collegamenti da remoto per la partecipazione a camere di consiglio e per l’attività di lettura delle sentenze. La partecipazione da remoto è prevista altresì per ogni altra riunione della Corte e dei suoi giudici o organi interni<sup>30</sup>.

Anche nel campo del processo civile e penale è possibile permettere ai giudici la partecipazione da remoto alle camere di consiglio<sup>31</sup>. Il CSM, nelle più volte richiamate linee guida, ha raccomandato ai dirigenti degli uffici giudiziari “di prevedere che anche le camere di consiglio, quale logica prosecuzione delle udienze - anche ove non immediatamente successive alle stesse ed anche se precedute dal deposito di scritti difensivi - si svolgano da remoto, mediante l’utilizzazione degli applicativi messi a disposizione dalla DGSIA”, con l’adozione di apposite misure volte a “garantire la segretezza della camera di consiglio e di evitare la visibilità della stessa da parte di terzi”. La possibilità, fino al 30 giugno 2020, dello svolgimento delle camere di consiglio da remoto anche per i processi diversi da quelli amministrativi, è stata espressamente prevista nel disegno di legge di conversione del decreto “cura Italia”, nel testo approvato dalla Camera dei deputati ed attualmente all’esame del Senato<sup>32</sup>.

Occorre infine ricordare che il CSM, sempre nelle richiamate linee guida, ha suggerito ai dirigenti degli uffici giudiziari di prevedere la possibilità di partecipazione da remoto alle camere di consiglio anche per i giudici popolari nei procedimenti penali in Corte d’assise, nonché per i soggetti esterni che integrano il collegio nei giudizi minorili e nei procedimenti di sorveglianza.

#### 4. Prospettive per il dopo emergenza

---

<sup>29</sup> Art. 84, comma 6.

<sup>30</sup> Su questa disciplina cfr. P. COSTANZO, *Con l'emergenza, decolla la Corte 2.0*, in *Consulta OnLine (www.giurcost.org)*, Studi, 2020, 158

<sup>31</sup> In tal senso si è espresso il CSM nel parere approvato con delibera consiliare del 20 marzo 2020. Cfr. al riguardo P. SERRAO D’ACQUINO, *La riorganizzazione della giustizia civile al tempo del COVID. Commento alle misure introdotte dal decreto-legge n. 18 del 2020*, in *Federalismi.it (www.federalismi.it)*, Osservatorio emergenza Covid-19, Paper, 28 marzo 2020, che ha contribuito in quanto magistrato segretario alla predisposizione del parere.

<sup>32</sup> Il disegno di legge di conversione, in particolare, prevede l’inserimento nell’art. 83 del comma 12-quinques, secondo cui “dal 9 marzo 2020 al 30 giugno 2020, nei procedimenti civili e penali non sospesi, le deliberazioni collegiali in camera di consiglio possono essere assunte mediante collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del direttore della DGSIA. Il luogo da cui si collegano i magistrati è considerato camera di consiglio a tutti gli effetti di legge. Nei procedimenti penali, dopo la deliberazione, il presidente del collegio o il componente del collegio da lui delegato sottoscrive il dispositivo della sentenza o l’ordinanza e il provvedimento è depositato in cancelleria ai fini dell’inserimento nel fascicolo il prima possibile e, in ogni caso, immediatamente dopo la cessazione dell’emergenza sanitaria”. Tale previsione si applica anche ai procedimenti relativi alle commissioni tributarie e alla magistratura militare, per effetto del rinvio contenuto nell’art. 83, comma 21. Per i processi contabili, è stata prevista l’aggiunta, all’art. 85, comma 5, della seguente previsione: “Il giudice delibera in camera di consiglio, se necessario avvalendosi di collegamenti da remoto. Il luogo da cui si collegano i magistrati e il personale addetto è considerato camera di consiglio a tutti gli effetti di legge. Le sentenze, le ordinanze, i decreti e gli altri atti del processo possono essere adottati mediante documenti informatici e possono essere firmati digitalmente, anche in deroga alle disposizioni vigenti”; sempre per i processi contabili è previsto l’inserimento di un nuovo paragrafo 8-bis, dove si conferma che le adunanze e le udienze possono essere svolte mediante collegamento da remoto.

Occorre a questo punto domandarsi se sia desiderabile, oltre che giuridicamente possibile, estendere le nuove misure volte a favorire l'impiego di strumenti telematici nel processo anche per il periodo post-emergenziale.

Sotto questo profilo, non sembrano sussistere particolari ostacoli al completamento del processo civile telematico, rendendo stabile l'obbligo di depositare in via telematica anche gli atti introduttivi del giudizio<sup>33</sup>. Inoltre, sarebbe opportuno applicare la disciplina sul processo telematico, che nel complesso ha prodotto effetti assai soddisfacenti, anche ai procedimenti davanti al giudice di pace, ed estendere anche per il periodo successivo al 30 giugno la possibilità di depositare in via telematica gli atti relativi ai procedimenti civili presso la Corte di cassazione, prevista nel disegno di legge di conversione del decreto "cura Italia" attualmente all'esame del Senato.

Sul versante penale, la notifica degli avvisi e dei provvedimenti mediante messaggio di posta elettronica certificata al difensore dell'imputato di fiducia<sup>34</sup>, potrebbe rivelarsi utile anche dopo il decorso della fase emergenziale. Non sembrano condivisibili i dubbi sulla compatibilità di questa misura con l'art. 111, comma 3, Cost., secondo cui la persona accusata di un reato deve essere informata, nel più breve tempo possibile e in maniera riservata, della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico<sup>35</sup>. La comunicazione al difensore di fiducia, infatti, appare sufficiente ad assicurare l'interesse tutelato dalla suddetta disposizione costituzionale, nonché giustificata da esigenze di semplificazione e di riduzione dei costi e dei tempi del processo. Nella fase post emergenziale sarebbe poi opportuno realizzare il cosiddetto processo penale telematico, in maniera da poter permettere anche in questo campo il deposito di atti e documenti *online*, analogamente a quanto da tempo avviene, con generale soddisfazione, nel processo civile e amministrativo.

Maggiori problemi potrebbero invece nascere, nel settore civile, con riguardo alle "udienze figurate" e alle "udienze online". Misure del genere sicuramente trovano una adeguata giustificazione nel periodo emergenziale, perché costituiscono l'unica soluzione possibile per assicurare il funzionamento della giustizia, evitando contatti personali idonei a favorire il propagarsi dell'epidemia. Finita la fase emergenziale, tuttavia, misure del genere potrebbero in molti casi comportare una ingiustificata compressione del diritto di difesa.

L'istituto delle "udienze figurate", com'è noto, è già sperimentato da tempo, con successo, nel giudizio dinanzi alla Corte di Cassazione, a seguito dell'entrata in vigore del nuovo art. 380-*bis* c.p.c., introdotto dall'art. 1-*bis* del d.l. n. 168 del 2016<sup>36</sup>. Il giudizio di legittimità, tuttavia, è assai diverso da quello di merito. Qui l'udienza assume un ruolo centrale per consentire che la ricostruzione del fatto e l'inquadramento giuridico dello stesso avvengano nel pieno contraddittorio tra le parti e con la massima garanzia del diritto di difesa. Ciò detto, non sono rari i casi nei quali i difensori partecipano alle udienze limitandosi a richiamare i propri scritti difensivi. Si potrebbe quindi consentire al Giudice, al fine per accelerare i tempi di conclusione del giudizio, di proporre, d'ufficio o su istanza di parte, che un'udienza si svolga in modo "figurato", salva la facoltà delle parti di chiederne lo svolgimento effettivo<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> Come previsto, per la sola fase emergenziale, dall'art. 84, comma 11 del d.l. n. 18 del 2020.

<sup>34</sup> Prevista per la fase emergenziale dall'art. 83, commi 13 ss. del d.l. n. 18 del 2020.

<sup>35</sup> In tal senso cfr. fr. P. GENTILUCCI, *La longa manus del Coronavirus sulla giustizia penale e sulle carceri*, cit.

<sup>36</sup> Tale disposizione permette, quando il relatore ravvisi l'inammissibilità, la manifesta infondatezza o la manifesta fondatezza del ricorso, di fissare l'adunanza in camera di consiglio, dandone comunicazione alle parti almeno 20 giorni prima della data per la quale era fissata l'udienza, con facoltà delle parti di depositare memorie non oltre cinque giorni prima.

<sup>37</sup> Il disegno di conversione in legge del decreto "cura Italia", attualmente in esame presso il Senato, prevede una soluzione del genere per gli incontri di mediazione, stabilendo che gli stessi sino al 30 giugno debbono necessariamente svolgersi in via telematica, stabilendo inoltre la possibilità di svolgimento da remoto anche per il periodo successivo, ma solo laddove vi sia il preventivo consenso di tutte le parti coinvolte nel procedimento.

Il rilievo centrale che il contraddittorio assume nel processo civile esclude che, cessata la fase dell'emergenza sanitaria, si possa prevedere che le udienze debbano essere tenute *online*. La Corte costituzionale ha infatti precisato che i principi del "giusto processo", tra cui la garanzia di un contraddittorio pieno ed effettivo, non possono essere sacrificati nel bilanciamento con il principio di ragionevole durata del processo. Il Giudice delle leggi ha evidenziato, in linea con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che "il diritto di difesa ed il principio di ragionevole durata del processo non possono entrare in comparazione, ai fini del bilanciamento", perché "una diversa soluzione introdurrebbe una contraddizione logica e giuridica all'interno dello stesso art. 111 Cost., che da una parte imporrebbe una piena tutela del principio del contraddittorio e dall'altra autorizzerebbe tutte le deroghe ritenute utili allo scopo di abbreviare la durata dei procedimenti"<sup>38</sup>. Tali affermazioni, sebbene pronunciate con riguardo alla posizione dell'imputato contumace, assumono evidentemente una portata generale.

Nella situazione di emergenza che stiamo vivendo, la necessità di evitare quei contatti personali che possono favorire la diffusione dell'epidemia può, eccezionalmente e transitoriamente, giustificare lo svolgimento di udienze *online*. Una volta terminata la fase dell'emergenza, però, tutte le garanzie del diritto di difesa debbono essere ripristinate. La regola della necessaria presenza fisica in udienza potrebbe tuttavia subire alcune limitate e tassative eccezioni.

La partecipazione da remoto, ad esempio, potrebbe rivelarsi opportuna per l'assunzione di determinati testimoni. Per coloro che vivono distanti dal luogo in cui deve essere resa la testimonianza, ad esempio, si potrebbe lasciare al giudice, dopo avere consultato i difensori, la possibilità di permettere al teste di partecipare all'udienza collegandosi da luoghi in cui possa essere effettuata la sua identificazione, come la stazione locale di polizia giudiziaria ovvero, per la persona che risiede all'estero, la sede consolare. Anche per il conferimento dell'incarico si potrebbe rimettere al giudice, dopo avere consultato i difensori, la possibilità di permettere al consulente tecnico di partecipare all'udienza in via telematica. Si potrebbe infine consentire al difensore di una parte di partecipare all'udienza con collegamento da remoto, quando lo stesso sia impossibilitato a partecipare (direttamente o tramite sostituto) e ritenga la partecipazione telematica preferibile rispetto all'allungamento dei tempi conseguente alla necessità di fissare una nuova udienza. Con riferimento al giudizio penale, gli artt. 146 e 147-*bis* att. c.p.p. sono evidentemente disposizioni a carattere eccezionale. La partecipazione personale dell'imputato è funzionale all'esercizio del diritto di difesa. Non sembra dunque possibile estendere la disciplina introdotta dal decreto "cura Italia", nella parte in cui impone la partecipazione da remoto alle udienze penali, anche per la fase post-emergenziale. Alla regola della partecipazione fisica alle udienze si potrebbe tuttavia fare un'eccezione, oltre che nei casi di cui agli artt. 146 e 147-*bis* att. c.p.p., quando sia l'imputato a chiedere la partecipazione da remoto e il giudice, sentite le parti del giudizio, ritenga di disporla<sup>39</sup>. Non sembrano invece sussistere particolari impedimenti di natura costituzionale alla estensione, per il periodo post emergenziale, della possibilità di partecipare alle camere di consiglio attraverso collegamenti a distanza. La critica alle camere di consiglio "virtuali" per assenza di sufficienti garanzie in ordine alla segretezza dei lavori<sup>40</sup>, infatti, non pare del tutto persuasiva. È vero che

---

<sup>38</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 317 del 2009.

<sup>39</sup> La Corte EDU ha interpretato l'art. 6 CEDU ritenendo che da tale disposizione discenda il diritto dell'imputato di esser presente al processo svolto a suo carico, ma anche la possibilità di rinunciare volontariamente all'esercizio di tale diritto rimanendo contumace (*Colozza c. Italia*, 12 febbraio 1985; *F.C.B. c. Italia*, 28 agosto 1991; *T. c. Italia*, 12 ottobre 1992; *Somogyi c. Italia*, 18 maggio 2004; *Sejdovic c. Italia*, 10 novembre 2004 e *Idem*, Grande Camera, 1° marzo 2006). A maggior ragione, quindi, si deve ammettere la possibilità dell'imputato di rinunciare ad essere presente fisicamente all'udienza, ma di chiedere la partecipazione alla stessa attraverso collegamento da remoto.

<sup>40</sup> Cfr. la posizione espressa dalla Giunta dell'Unione delle Camere penali nel documento approvato in data 31 marzo 2020

nessuno può ignorare il pericolo di intercettazioni delle conversazioni telematiche, grazie alle tecniche sempre più sofisticate di cui oggi dispongono gli hacker. Tuttavia, neppure le camere di consiglio tradizionali sono al sicuro dagli hacker, dal momento che i famosi “trojan” riescono a trasformare facilmente i telefoni in potenti microfoni, capaci di ascoltare tutto quanto viene detto dai presenti. Né risulta, almeno a chi scrive, che i magistrati, prima di entrare nelle camere di consiglio, siano tenuti a depositare i telefoni cellulari in apposito locale, oppure che vengano periodicamente disposte verifiche all’interno delle aule impiegate come camere di consiglio volte alla “bonifica” da eventuali microspie. Certo è che, nell’ipotesi in cui venisse estesa alla fase post-emergenziale la possibilità di partecipare da remoto alle camere di consiglio, occorrerebbe assicurare l’adozione degli accorgimenti tecnici più opportuni, per limitare il rischio intercettazioni. In questa prospettiva, l’esperienza della fase emergenziale potrebbe fornire un ottimo banco di prova.

Non va certamente sottovalutato il rischio che la perdita di contatto fisico possa compromettere la collegialità della decisione. Tuttavia, neppure la camera di consiglio fisica può escludere, in via di principio, che in singoli casi concreti la collegialità non sia stata effettiva e che la decisione sia essenzialmente frutto di un dialogo tra relatore e Presidente. La collegialità, in definitiva, può e deve essere garantita indipendentemente dal carattere, fisico oppure *online*, della camera di consiglio. In ogni caso è evidente che, anche su questo aspetto, l’esperienza della fase emergenziale potrà offrire utili indicazioni.

#### *5. Considerazioni conclusive*

È opinione diffusa che ogni crisi debba essere guardata non solo per i danni e le sofferenze che arreca, ma anche per le nuove opportunità che può aprire. Occorrerà attendere per poter dare un giudizio sul concreto funzionamento delle nuove forme di partecipazione da remoto alle attività processuali, previste per il periodo dell’emergenza da Covid-19. Se il risultato fosse nel complesso soddisfacente, si aprirebbe sicuramente il dibattito sull’opportunità di estendere l’impiego dei nuovi strumenti di collegamento a distanza anche per la fase successiva.

In effetti, è opinione condivisa che le misure temporanee spesso sono destinate a sopravvivere alle emergenze, se non altro perché c’è sempre una nuova emergenza in agguato<sup>41</sup>. Tuttavia, le considerazioni appena svolte portano a concludere che soltanto alcune delle novità introdotte per fronteggiare l’attuale emergenza sanitaria si prestano ad essere mantenute anche quando, finita la crisi, potremo tornare alla normalità. La disciplina emergenziale volta a fronteggiare l’emergenza Covid-19, in definitiva, non può essere considerata come l’avvio di un percorso verso la creazione del processo *online*, nel senso auspicato da Susskind. Ciò non significa, però, che la giustizia debba rinunciare ad avvalersi dei nuovi strumenti messi a disposizione dal progresso della tecnologia, in particolare delle nuove tecniche di comunicazione da remoto e dei nuovi sistemi di intelligenza artificiale. Entro certi limiti, infatti, il loro impiego potrebbe contribuire a un miglioramento complessivo della qualità e dell’efficienza della nostra giustizia<sup>42</sup>. Sotto questo profilo, la disciplina emergenziale può rappresentare un utile banco di prova.

---

([https://www.camerepenali.it/cat/10445/disciplina\\_emergenziale\\_per\\_la\\_celebrazione\\_delle\\_udienze\\_penali\\_le\\_osservazioni\\_della\\_giunta\\_ucpi.html](https://www.camerepenali.it/cat/10445/disciplina_emergenziale_per_la_celebrazione_delle_udienze_penali_le_osservazioni_della_giunta_ucpi.html)).

<sup>41</sup> Y.N. HARARI, *The World after Coronavirus*, in *Financial Times*, March 20, 2020.

<sup>42</sup> Cfr. al riguardo, eventualmente, F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 2 marzo 2020, 415 ss.





NICOLETTA PERLO

**La giurisprudenza di crisi del *Conseil d'État* e del *Conseil constitutionnel*:  
il prevalere della ragione politica su quella giuridica**

1. Premessa: *l'état d'urgence sanitaire*, il quinto regime d'eccezione francese. – 2. Le ragioni di una giurisprudenza ricca (a differenza del caso italiano). – 3. La giurisprudenza di crisi del *Conseil d'État*. – 3.1 La prima fase: un giudice della crisi napoleonico. – 3.2 La seconda fase: un giudice di crisi garante dei diritti. – 4. La giurisprudenza di crisi del *Conseil constitutionnel*: un giudice gaullista. – 4.1 La prima decisione di costituzionalità: il paradosso del controllo di una legge voluta dal *Conseil constitutionnel*. – 4.2 La seconda decisione di costituzionalità: un controllo al servizio della strategia legittimante dell'esecutivo. – 5 Conclusione.

1. *Premessa: l'état d'urgence sanitaire, il quinto regime d'eccezione francese*

La sera del 16 marzo 2020, il Presidente Emmanuel Macron annunciava ai francesi la grave decisione di procedere a un confinamento generalizzato della popolazione al fine di combattere l'epidemia del virus Covid-19. Oltre ad annunciare l'adozione futura di misure atte a sostenere l'economia, il Presidente precisava che era in corso l'elaborazione di un progetto di legge al fine di consentire "al governo di agire con urgenza e di adottare delle *ordonnances*<sup>1</sup> se necessario".

In seguito a questo discorso, la possente macchina amministrativa e legislativa francese si è messa in moto e, nello spazio di otto giorni, sono stati elaborati, discussi e adottati la legge n. 2020-290 del 23 marzo 2020 *d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19*, il primo decreto di applicazione della legge, che indica "le misure generali necessarie per far fronte all'epidemia da Covid-19 nel quadro dello stato d'emergenza sanitaria" (decreto n. 2020-293, 23 mars 2020) e la prima legge di rettifica della legge finanziaria per il 2020<sup>2</sup>. Inoltre, è stata votata e sottoposta al vaglio del *Conseil constitutionnel* una legge organica d'urgenza che ha sospeso fino al 30 giugno 2020 i termini temporali del controllo di costituzionalità in via incidentale<sup>3</sup>.

La celerità dell'azione legislativa francese non deve stupire. Negli ultimi anni, il sistema politico e giuridico francese è stato costretto, suo malgrado, a elaborare delle strategie di reazione rapida alle situazioni di crisi. Subito dopo gli attacchi terroristici avvenuti a Parigi il 13 novembre 2015, il Parlamento aveva adottato in soli due giorni una legge che prorogava lo stato d'emergenza dichiarato per decreto dal governo e adattava le disposizioni della legge n. 55-385 del 3 aprile 1955, sulla base della quale l'emergenza era stata decretata, alle esigenze della nuova crisi.

Ma ancor prima di questi drammatici eventi, la storia bellica e coloniale francese ha fatto sì che ben quattro regimi di eccezione fossero creati e regolamentati a livello costituzionale, legislativo e giurisprudenziale. La Costituzione francese del 1958 prevede innanzitutto lo stato d'assedio. Eredità del Secondo Impero<sup>4</sup>, lo stato d'assedio comporta il trasferimento alle autorità militari dei poteri

---

<sup>1</sup> Le *ordonnances* sono provvedimenti presi dal governo in materie di competenza legislativa su delega del Parlamento. Tali atti assumono valore legislativo una volta ratificati dal Parlamento (art. 38 Cost. francese). Per un'analisi di tali atti normativi rinviamo a P. COSTANZO, *La "nuova" Costituzione della Francia*, Giappichelli, Torino, 2009.

<sup>2</sup> Legge n. 2020-289 del 23 marzo 2020; vi ha fatto seguito la legge n. 2020-473 del 25 aprile 2020.

<sup>3</sup> Legge organica n. 2020-365 del 30 marzo 2020. La legge organica è una legge prevista dalla Costituzione al fine di precisare le modalità di organizzazione e funzionamento dei poteri pubblici. La sua adozione segue una procedura più complessa rispetto alla legge ordinaria e prevede il controllo preventivo obbligatorio da parte del *Conseil constitutionnel*.

<sup>4</sup> Legge del 9 agosto 1849.

delle autorità civili<sup>5</sup>. L'articolo 16 della Costituzione permette invece al Presidente della Repubblica di acquisire poteri eccezionali, in deroga al principio della separazione dei poteri, al fine di fronteggiare una minaccia grave e immediata nei confronti delle istituzioni repubblicane, dell'indipendenza della Nazione e dell'integrità dei confini territoriali<sup>6</sup>. Proposto dal generale De Gaulle, memore della triste sconfitta militare e politica del giugno 1940, l'articolo 16 s'ispira in larga parte ad una teoria, elaborata dal *Conseil d'État* durante la Prima guerra mondiale, che consente all'esecutivo di adottare provvedimenti necessari, ma *contra legem*<sup>7</sup>. Il riconoscimento delle circostanze eccezionali da parte del giudice non implica la scomparsa del principio di legalità, ma sostituisce piuttosto alla legalità normale, una legalità di crisi, meno stringente per l'amministrazione e più restrittiva nei confronti delle libertà dei cittadini.

Infine, nel 1955, per gestire la crisi indotta dalla guerra contro l'indipendenza dell'Algeria il legislatore istituì un nuovo stato di eccezione: l'*état d'urgence*. È questo il regime a cui si è fatto più spesso ricorso durante la V Repubblica francese per far fronte ai "casi di pericolo imminente risultante da attacchi gravi all'ordine pubblico"<sup>8</sup>.

L'*état d'urgence* può essere deciso dal Consiglio dei ministri e applicarsi in tutto o in parte del territorio nazionale. Permette di rafforzare il potere dell'esecutivo, dei prefetti, dell'autorità di polizia, con limitazione delle libertà personali. Nel 2015 e nel 2016, tre leggi hanno modificato la legge del 1955 limitando ancor più la tutela dei diritti in periodo di emergenza<sup>9</sup>.

Con il manifestarsi dell'epidemia da Covid-19 e, in particolare, dopo il primo discorso del Presidente Macron del 12 marzo 2020, alcuni costituzionalisti avevano previsto che l'*état d'urgence* sarebbe stato, ancora una volta, il regime giuridico scelto per fronteggiare il diffondersi della malattia, configurandosi un caso di "calamità pubblica"<sup>10</sup>. Invece, inopinatamente, è stato istituito un nuovo regime d'eccezione: l'*état d'urgence sanitaire*.

La ragione ufficiale del nuovo istituto giuridico, indicata nel progetto di legge e nello studio d'impatto<sup>11</sup>, è quella della eccezionalità dell'emergenza: la crisi sanitaria del Covid-19 "da un secolo, non ha precedenti" e "per la sua portata, inimmaginabile fino ad ora" esige una risposta all'altezza del fenomeno, una risposta "che non poteva essere immaginata quando le disposizioni legislative e regolamentari esistenti sono state concepite".

La legge del 23 marzo 2020 ha introdotto nel Codice *de la santé publique* un nuovo Capitolo I bis, all'interno del Titolo III relativo alle "Minacce e crisi sanitarie gravi". In base ai nuovi articoli L. 3131-12 et L. 3131-13, "lo stato d'emergenza sanitaria può essere dichiarato in tutto o in parte del territorio nazionale (...) in caso di catastrofe sanitaria che metta in pericolo, per la sua natura e la sua gravità, la salute della popolazione". Il regime è instaurato "per decreto del Consiglio dei ministri sulla base del rapporto predisposto dal ministro della salute" e sulla base dei "dati scientifici" che "sono resi pubblici".

Se nei fatti il nuovo regime di emergenza sanitaria s'ispira in larga parte a quello istituito dalla legge del 1955, esso presenta tuttavia alcune peculiarità<sup>12</sup>. Prima di tutto, a differenza dell'*état*

---

<sup>5</sup> Art. 36 Cost.

<sup>6</sup> L'articolo 16 è stato applicato solo una volta nella storia della V Repubblica, dal 23 aprile al 29 settembre 1961.

<sup>7</sup> *Conseil d'État, Heyriès*, 28 juin 1918, n. 63412.

<sup>8</sup> L'*état d'urgence* è stato decretato durante la guerra di Algeria: nel 1955, nel 1958, dal 1961 al 1962; durante i conflitti insorti nei territori d'oltre mare dal 1985 al 1987; nel 2005 a seguito delle proteste insorte nelle periferie delle grandi città; e a seguito degli atti terroristici dal 2015 al 2017.

<sup>9</sup> Leggi n. 2015-1501 del 20 novembre 2015; n. 2016-987 del 21 luglio 2016; e n. 2016-1767 del 19 dicembre 2016.

<sup>10</sup> Art. 1, legge n. 55-385 del 3 aprile 1955. V., su questo dibattito, O. BEAUD, *La surprenante invocation de l'article 16 dans le débat sur le report du second tour des élections municipales*, in *JP Blog* del 23 marzo 2020.

<sup>11</sup> V. SENAT, *Etude d'impact projet de loi prorogant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*.

<sup>12</sup> In dottrina, si è dibattuto sull'utilità della creazione di un quinto regime di eccezione: v. A. LEVADE, *État d'urgence sanitaire: à nouveau péril, nouveau régime d'exception*, in *La semaine juridique*, n. 13, 30 marzo 2020, 613 ss.; J. PETIT,

*d'urgence*, dichiarato per decreto per una durata di dodici giorni prima di dover essere autorizzato per legge, *l'état d'urgence sanitaire* può essere autorizzato dal Parlamento fino a un mese<sup>13</sup>.

Inoltre, il nuovo regime di eccezione concentra in modo molto più significativo il potere di decisione nelle mani del governo centrale. Il Primo Ministro è il protagonista indiscusso di questo regime. Egli può adottare per "*décret réglementaire*" - un atto amministrativo privo di forza di legge - misure che limitano la libertà di movimento, la libertà di impresa e la libertà di riunione<sup>14</sup>, nel rispetto del principio di proporzionalità e tenendo conto delle circostanze di tempo e di luogo<sup>15</sup>. Il ministro della salute è invece competente a stabilire prescrivere "*par arrêté motivé*" - e cioè attraverso un provvedimento amministrativo motivato - "tutte le misure relative all'organizzazione e al funzionamento del sistema sanitario e tutte le misure individuali necessarie per l'applicazione delle misure prescritte dal Primo ministro"<sup>16</sup>. I prefetti, che nell'*état d'urgence* svolgono un ruolo importante, nel caso dell'*état d'urgence sanitaire* intervengono solamente se abilitati dal primo ministro o dal ministro della salute<sup>17</sup>. Sotto questo profilo, la differenza con la situazione italiana è evidente. Se in Italia, il periodo dell'emergenza sanitaria è stato ed è dominato da grandi conflitti politici e giuridici sul riparto delle competenze tra Stato, regioni e comuni<sup>18</sup>, in Francia, tale dibattito non c'è stato perché la scelta è stata quella di accentrare il potere decisionale. La tradizione francese di uno Stato centrale forte, scarsamente decentralizzato, ha permesso che tale accentramento decisionale non creasse di fatto grande scalpore.

Totalmente inedita rispetto all'*état d'urgence* è poi l'istituzione del comitato scientifico (*comité de scientifiques*). Si tratta di un organo che viene formato nel caso in cui venga dichiarato lo stato d'emergenza sanitaria e che resta in carica fino alla fine dello stato d'eccezione<sup>19</sup>. Il suo compito è descritto in termini molto generali e, di fatto, il comitato svolge un ruolo di "garante scientifico della decisione politica"<sup>20</sup>. Nel nuovo regime si confrontano e si bilanciano così il potere politico e il potere scientifico<sup>21</sup>. I dati scientifici svolgono un ruolo decisivo nell'elaborazione dell'azione pubblica. Lo si può constatare sia nel momento della dichiarazione dell'*état d'urgence sanitaire* - deliberato anche sulla base di "dati scientifici" -, sia durante il periodo di eccezione, in cui i provvedimenti sono in larga parte guidati dai pareri espressi dal Comitato. Di conseguenza, se durante *l'état d'urgence* si tratta essenzialmente di trovare un equilibrio tra il rispetto delle libertà e la garanzia dell'ordine pubblico, *l'état d'urgence sanitaire* impone di operare un nuovo bilanciamento, capace di tenere conto anche del parere scientifico, a discapito, a volte, di quello politico.

In definitiva, si tratta di un regime di eccezione che impone restrizioni ancora più gravi ai principi dello Stato di diritto e, in particolare, a quelli della separazione dei poteri e della tutela delle libertà fondamentali, e che attribuisce una parte del potere decisorio ad un organo tecnico, che sfugge al circuito democratico della rappresentanza

---

*L'état d'urgence sanitaire*, in AJDA, n.15/2020, 27 aprile 2020, 833 ss.; A. GELBLAT e L. MARGUET, *État d'urgence sanitaire : la doctrine dans tous ses états ?*, in *La Revue des droits de l'homme* (<https://journals.openedition.org/revdh/>), avril 2020.

<sup>13</sup> È il *Conseil d'État* che nel suo parere sulla legge ha suggerito, "*eu égard à la nature d'une catastrophe sanitaire*", di prolungare questo termine rispetto al regime dell'*état d'urgence*. La legge del 23 marzo 2020 ha introdotto una deroga a questo termine, dichiarando *l'état d'urgence sanitaire* per due mesi (art. 4).

<sup>14</sup> Art. L. 3131-15, *Code de la santé publique*.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> Art. L. 3131-16, *Code de la santé publique*.

<sup>17</sup> Art. L. 3131-17, *Code de la santé publique*.

<sup>18</sup> Basti vedere la giurisprudenza amministrativa in merito in *La Giustizia amministrativa, Emergenza Covid-19* (<https://www.giustizia-amministrativa.it/covid19-focus-covid19>).

<sup>19</sup> Art. L. 3131-19, *Code de la santé publique*.

<sup>20</sup> A. LEVADE, *État d'urgence sanitaire: à nouveau péril, nouveau régime d'exception*, cit., 615.

<sup>21</sup> J. PETIT, *L'état d'urgence sanitaire*, cit., 836.

Per questo motivo, il Parlamento francese ha previsto l'*état d'urgence sanitaire* solo in via sperimentale e temporanea. La legge del 23 marzo 2020 prevede infatti che questo regime sia valido fino al 1° aprile 2021. Dopodiché, il Parlamento valuterà se mantenerlo nell'ordinamento, con le eventuali modifiche apparse necessarie, qualora se ne sia constatata l'utilità<sup>22</sup>.

Se questo controllo parlamentare avverrà presumibilmente *ex post*, l'*état d'urgence sanitaire* attualmente in corso non è tuttavia sprovvisto di sistemi di controllo.

Un controllo politico anzitutto, in quanto l'Assemblea nazionale e il Senato devono essere informati delle misure prese dall'esecutivo e possono richiedere ulteriori informazioni al fine di valutarle<sup>23</sup>. E poi, ed è ciò che qui più rileva, un controllo giurisdizionale esercitato sia dal giudice amministrativo che dal giudice costituzionale.

L'articolo L. 3131-18 ricorda infatti che l'*état d'urgence sanitaire* è sottoposto al controllo del giudice amministrativo che può sindacare sulle misure amministrative adottate attraverso due procedure cautelari, quella del *référé-suspension* et quella del *référé-liberté*. Per quanto riguarda il controllo di costituzionalità, oltre al controllo *a posteriori* che, come vedremo, è stato nei fatti disincentivato, il controllo *a priori* ha permesso al *Conseil constitutionnel* di giudicare della costituzionalità della legge organica del 24 marzo 2020 e della legge del 9 maggio 2020 che ha prorogato lo stato di emergenza sanitaria fino al 10 luglio 2020.

Il controllo operato in Francia dal giudice amministrativo e dal giudice costituzionale sulle misure adottate per far fronte all'epidemia riveste un grande interesse per il lettore italiano per diversi motivi. Innanzitutto, in ragione della diversità delle procedure e della diversa ripartizione delle competenze giurisdizionali nei due ordinamenti, la giurisprudenza amministrativa francese in materia è più ricca ed articolata di quella italiana<sup>24</sup>. L'analisi della giurisprudenza francese è quindi istruttiva poiché permette di riflettere in generale sul ruolo del giudice in periodo di crisi e, in particolare, sull'articolazione del suo potere rispetto a quello politico.

## 2. Le ragioni di una giurisprudenza ricca (a differenza del caso italiano)

Al fine di comprendere le dinamiche giurisprudenziali che hanno caratterizzato il periodo di lotta all'epidemia in Francia, è necessario chiarire, brevemente, da un lato, il riparto delle competenze tra il giudice ordinario e il giudice amministrativo e, dall'altro, il controllo esercitato dal *Conseil constitutionnel* in questo ordinamento.

In Francia, il riparto delle competenze non segue il criterio tradizionale italiano, fondato essenzialmente sul bene da tutelare<sup>25</sup>. Il giudice amministrativo francese protegge sia i diritti soggettivi che gli interessi legittimi. Benché la questione dei criteri di riparto di competenze sia molto articolata e nutra tuttora accesi dibattiti dottrinari<sup>26</sup>, semplificando, possiamo affermare che

---

<sup>22</sup> P. BAS, *Rapport fait au nom de la commission des lois du Sénat*, n. 381, 25.

<sup>23</sup> Art. L. 3131-13, *Code de la santé publique*.

<sup>24</sup> Sulla giurisprudenza italiana relativa alle misure di contrasto al Covid-19, v. A. VUOLO, *Il sindacato di legittimità sulle misure di contrasto all'epidemia*, in *Diritti Regionali* ([www.dirittiregionali.it](http://www.dirittiregionali.it)), n. 2/2020.

<sup>25</sup> Nella nota sentenza n. 204/2004, la Corte costituzionale ha ribadito i principi che ispirano la legge del 1865 e che distinguono le competenze tra il giudice ordinario e il giudice amministrativo in base alla lesione, rispettivamente, di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo. Tale intervento della Corte si è reso necessario poiché, a partire dagli anni Settanta, il legislatore ha cominciato a istituire dei "blocchi di competenze", cioè ad affidare al giudice amministrativo la competenza su intere materie. Il giudice amministrativo si è così trovato a giudicare anche dei diritti soggettivi. La sentenza della Corte non impedisce che questo accada, ma limita il ricorso a questa pratica legislativa. Per una presentazione generale della questione, v. R. GAROFOLI e G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Molfetta, NeldirittoEditore, 2019, 1841 ss.

<sup>26</sup> Per un'analisi sintetica, v. P.-L. FRIER, J. PETIT, *Droit administratif*, Paris, LGDJ, 2014, 449-486.

laddove la pubblica amministrazione è coinvolta questo giustifica l'intervento del giudice amministrativo. I principi di base sono infatti quelli espressi dalla legge del 16-24 agosto 1790, secondo il quale le funzioni giudiziarie devono restare separate da quelle amministrative<sup>27</sup>, e dal decreto del 2 settembre 1795 (16 *fructidor an III*), che vieta ai tribunali di giudicare gli atti dell'amministrazione.

Questo spiega l'esistenza in Francia, a differenza dell'Italia, di due procedure cautelari che hanno svolto un ruolo essenziale per la tutela dei diritti durante il regime d'eccezione. Si tratta della procedura d'urgenza del *référé-liberté*, istituita nel 2000<sup>28</sup>, che permette a un individuo, ad un'associazione e financo ad una persona giuridica di diritto pubblico<sup>29</sup> di adire il giudice amministrativo al fine di far cessare una "violazione grave e manifestamente illegale di una libertà fondamentale"<sup>30</sup> da parte di un'autorità amministrativa o di un organismo privato delegatario di un servizio pubblico. Le condizioni per cui il *référé-liberté* venga accolto dal giudice sono tre: dev'essere dimostrata l'urgenza particolare, deve trattarsi della violazione di una libertà fondamentale, e la violazione dev'essere grave e manifestamente illegale<sup>31</sup>. Nel caso in cui sussistano questi tre presupposti, il giudice entro 48 ore al massimo deve disporre le misure necessarie per preservare la libertà violata, ingiungendo all'amministrazione di rispettarle. Benché non possa annullare l'atto amministrativo che ha originato la violazione, poiché questo potrà essere fatto solo in un secondo tempo da parte del giudice che deciderà più approfonditamente sul merito della questione, il giudice del *référé-liberté* può comunque ordinare la sospensione dell'atto.

Ulteriore procedura cautelare utilizzabile è quella del *référé-suspension*<sup>32</sup>, che permette di sospendere l'atto amministrativo in presenza di condizioni meno stringenti<sup>33</sup>.

Dal 22 marzo ad oggi, 350 dossier legati al Covid sono stati depositati presso la cancelleria del *Conseil d'État*, tra i quali 218 domande di *référé-libertés* o *suspension*; 198 decisioni sono state rese, di cui 57 in udienza pubblica. Gli oggetti dei ricorsi sono stati i più diversi e hanno riguardato questioni che anche in Italia hanno sollevato un dibattito politico e giuridico acceso: le riunioni nei luoghi di culto, la sorveglianza delle persone attraverso l'utilizzo di droni, lo *screening* delle persone malate di Covid-19 e residenti in case di riposo, le misure da adottare per proteggere il personale penitenziario o i senza tetto, la chiusura dei mercati, la proroga dei termini delle custodie cautelari, la protezione degli avvocati, il funzionamento delle giurisdizioni ordinarie e amministrative, la prescrizione della cloroquina ai malati di Covid-19 e financo l'utilizzo della bicicletta durante il confinamento.

Come già si era verificato durante lo stato d'emergenza terroristica in Francia, il ricorso d'urgenza al giudice amministrativo è diventato lo strumento con cui i cittadini contestano e contrastano l'azione politica del governo. In effetti, benché si tratti di una procedura cautelare, il giudice amministrativo può per questa via incidere in modo definitivo su di un provvedimento amministrativo, ingiungendo all'amministrazione di modificarlo o di sospenderlo, con un inevitabile impatto anche politico. In tal senso le procedure di *référé*, e in particolare quella di *référé-libertés*,

---

<sup>27</sup> Art. 13: « *Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront séparées des fonctions administratives ; les juges ne pourront (...) troubler (...) les opérations des corps administratifs ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions* ».

<sup>28</sup> Legge n. 2000-597 del 30 giugno 2000 che istituisce diverse procedure d'urgenza.

<sup>29</sup> *Conseil d'État*, Sect., 18 gennaio 2001, *Cne de Venelles*.

<sup>30</sup> Art. L. 521-2, *Code de la justice administrative*.

<sup>31</sup> P.-L. FRIER, J. PETIT, *Droit administratif*, cit., 516-517.

<sup>32</sup> Art. L. 521-1, *Code de la justice administrative*.

<sup>33</sup> È sufficiente che la legalità del provvedimento appaia discutibile, che ci sia urgenza di far cessare una violazione grave e immediata di un interesse pubblico, di un interesse privato o di altri interessi che il ricorrente intende difendere: *Conseil d'État*, Sect., 19 gennaio 2001, *Conf. Nat. Radios libres*.

costituiscono un efficace e rapido strumento di tutela dei diritti dei singoli e delle collettività, migliorando contestualmente la capacità di risposta complessiva del sistema politico.

Anche in Italia il giudice amministrativo è stato protagonista del primo periodo dell'emergenza e, come in Francia, le procedure d'urgenza, e quindi la tutela cautelare, hanno svolto un ruolo di primo piano<sup>34</sup>. Tuttavia, si è trattato sostanzialmente di dirimere conflitti di competenze tra lo Stato centrale e le autonomie comunali e regionali<sup>35</sup>, la tutela dei diritti soggettivi esulando dalle competenze del giudice amministrativo italiano, eccezione fatta per alcuni ambiti tassativamente indicati<sup>36</sup>. Per quanto riguarda poi l'intervento del giudice civile, nella fase dell'emergenza epidemica esso è rimasto in un "cono d'ombra"<sup>37</sup>. Di conseguenza, in Italia non c'è stato un controllo giurisdizionale d'urgenza sulle misure adottate dal governo per far fronte all'epidemia analogo a quello francese.

Per quanto riguarda il *Conseil constitutionnel*, grazie all'esistenza, accanto al controllo incidentale, della procedura di controllo preventiva, esso ha potuto esprimersi tempestivamente sulla costituzionalità della legislazione di emergenza. L'articolo 61 della Costituzione francese prevede infatti che il *Conseil constitutionnel* giudichi obbligatoriamente della costituzionalità delle leggi organiche e che per le altre leggi possa essere adito, in modo facoltativo, da alcune istituzioni – il Presidente della Repubblica, i Presidenti dell'Assemblea nazionale e del Senato, il Primo ministro – e da una minoranza parlamentare – 60 senatori e/o 60 deputati. Il giudice costituzionale si è così espresso sulla legge organica del 30 marzo 2020<sup>38</sup> e sulla legge dell'11 maggio 2020, che prolunga lo stato di emergenza sanitaria<sup>39</sup>. In Italia, l'assenza di una procedura analoga sommata al fatto che non sono state sollevate questioni di legittimità né in via incidentale, né in via principale spiega la mancanza, per il momento, di un intervento da parte della Corte costituzionale<sup>40</sup>.

In Francia, le misure di contrasto all'epidemia sono state sottoposte a un controllo giurisdizionale intenso, rispetto a quanto si è verificato nell'ordinamento italiano. Tuttavia, le decisioni adottate sono state in larga misura favorevoli, per non dire indulgenti, nei confronti delle scelte dell'esecutivo e della maggioranza parlamentare. Se in questo una parte della dottrina ha riconosciuto una certa continuità con il generale atteggiamento del *Conseil d'État* e del *Conseil constitutionnel* nei confronti dei provvedimenti del Parlamento e del Governo<sup>41</sup>, a chi scrive sembra invece che la giurisprudenza di crisi riveli una prevalenza non solo molto forte, ma addirittura eccezionale, del ruolo politico che le due autorità esercitano accanto a quello giurisdizionale<sup>42</sup>. Entrambe le giurisdizioni hanno fatto ricorso allo stato d'eccezione per giustificare le deroghe importanti alla loro funzione di garanzia in

---

<sup>34</sup> V. A. VUOLO, *Il sindacato di legittimità sulle misure di contrasto all'epidemia*, cit.

<sup>35</sup> V. *La Giustizia amministrativa, Emergenza Covid-19* (<https://www.giustizia-amministrativa.it/covid19-focus-covid19>), cit..

<sup>36</sup> Art. 133, Codice del processo amministrativo.

<sup>37</sup> A. VUOLO, *Il sindacato di legittimità sulle misure di contrasto all'epidemia*, cit.

<sup>38</sup> Legge organica n. 2020-365 del 30 marzo 2020 *d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*.

<sup>39</sup> Legge n. 2020-546 dell'11 maggio 2020 *prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*.

<sup>40</sup> A. VUOLO, *Il sindacato di legittimità sulle misure di contrasto all'epidemia*, cit.

<sup>41</sup> V. sul *Conseil d'État*, v. B. BONNET, *Le Conseil d'État et le covid-19. Quand le Conseil d'État porte l'État de droit sur ses épaules*, in *La semaine juridique*, 1° giugno 2020, 995 ss.; A. GELBLAT e L. MARGUET, *État d'urgence sanitaire : la doctrine dans tous ses états ?*, cit. Sul *Conseil constitutionnel*, v. V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Le Conseil constitutionnel face à lui-même. À propos de la décision n. 2020-799 DC du 26 mars 2020*, in *La Revue des droits de l'homme* (<https://journals.openedition.org/revdh/>), aprile 2020; D. FALLON, *Prolongation de l'état d'urgence sanitaire: le Conseil constitutionnel reste confiné dans sa zone de confort*, in *JP Blog* (<http://blog.juspoliticum.com/>), 20 maggio 2020.

<sup>42</sup> In questo senso: C. SAUNIER, *La position délicate du juge des référés face à la crise sanitaire*, in *JP Blog* (<http://blog.juspoliticum.com/>) 11 aprile 2020; X. DUPRE DE BOULOIS, *On nous change notre référé...liberté*, in *Revue des droits et libertés fondamentaux* (<http://www.revuedlf.com/>), 2020, chron. 12; M.-O. PEYROUX-SISSOKO, *Quel rôle pour le Conseil d'État dans le confinement des libertés?*, in *Le blog Droit administratif* (<https://blogdroitadministratif.net/>), 04/05/2020.

tempo di epidemia. Il *Conseil d'État* e il *Conseil constitutionnel* hanno quindi globalmente accompagnato l'esecutivo, soprattutto nella prima fase dell'emergenza, con il duplice obiettivo di contribuire alla legittimazione delle misure anti-pandemiche e di facilitarne l'applicazione.

### 3. La giurisprudenza di crisi del Conseil d'État

Il *Conseil d'État* è senza dubbio l'istituzione che ha svolto il ruolo di maggiore importanza nel periodo dell'emergenza sanitaria. Questo è dovuto senza dubbio alla doppia funzione, consultiva e giurisdizionale che, come il suo omologo italiano, esso svolge<sup>43</sup>. Del resto, il *Conseil d'État* ha da sempre un ruolo centrale nel sistema politico e giurisdizionale francese. Di fronte alla grande instabilità costituzionale francese, dal 1799 – anno della sua istituzione - ai giorni nostri<sup>44</sup>, il *Conseil d'État* e il diritto amministrativo – di cui il *Conseil d'État* è la fonte principale – hanno rappresentato una “forza tranquilla”, dando continuità all'ordine giuridico malgrado le innumerevoli crisi politico-giuridiche.

Il contesto francese attuale, caratterizzato, come quello italiano, da una sfiducia generalizzata dei cittadini nei confronti delle istituzioni rappresentative, contribuisce ancora di più ad esaltare il ruolo del *Conseil d'État* come istituzione di garanzia<sup>45</sup>. Tuttavia, l'aumento dell'incidenza politica del sistema giudiziario è un'arma a doppio taglio<sup>46</sup>. In effetti, il *Conseil d'État* francese non può “tenere sulle sue spalle lo Stato di diritto”<sup>47</sup>, sia perché si tratta di un'aspettativa eccessiva - e lo sarebbe nei confronti di qualsiasi istituzione -, sia perché non è questo il suo ruolo<sup>48</sup>. Senza contare che in tal modo vengono di fatto sottratte competenze al Parlamento, vero depositario del potere di controllo sull'esecutivo, delegittimandolo ulteriormente.

È così avvenuto che il *Conseil d'État* francese durante il periodo dell'emergenza sanitaria sia stato al centro di un vero e proprio dibattito pubblico<sup>49</sup>. Violentemente attaccato da coloro che lo accusavano di comportarsi come il braccio armato dell'esecutivo<sup>50</sup> e d'essere sordo alle esigenze di garanzia dei diritti<sup>51</sup>, il *Conseil d'État* è stato invece difeso da coloro che lo hanno definito giudice “efficace e pragmatico”<sup>52</sup>, riconoscendo la difficoltà del compito consistente nel rinvenire, nel

---

<sup>43</sup> Il *Conseil d'État* è l'erede del *Conseil du Roi*, operante nell'*Ancien régime*. Fu istituito dalla Costituzione napoleonica del 1799 come organo consultivo e assunse una funzione anche giurisdizionale nel 1806, anno in cui venne istituita la commissione contenziosa (decreto dell'11 giugno 1806). Durante l'emergenza sanitaria, in due mesi, ha reso 300 pareri sulle leggi e i regolamenti, contribuendo spesso in modo determinante a orientare l'azione dell'esecutivo.

<sup>44</sup> In questo lasso temporale, si sono succedute ben otto Costituzioni.

<sup>45</sup> B. BONNET, *Le Conseil d'État et le covid-19*, cit.

<sup>46</sup> Per una riflessione generale sul punto, v. M. SHAPIRO, *The globalization of law*, in *Global legal studies journal*, 1993, XXXVII, 61; G. N. ROSENBERG, *The hollow hope: can courts bring about social change?*, Chicago, The University of Chicago Press, 1991.

<sup>47</sup> B. BONNET, *Le Conseil d'État et le covid-19*, cit.

<sup>48</sup> È quanto sostenuto dal vicepresidente del *Conseil d'État* BRUNO LASSERRE per difendere l'istituzione in un'intervista a *Le Monde* (<https://www.lemonde.fr/>): v. P. ROGER, *La ligne de crête du Conseil d'Etat en temps de crise du coronavirus*, 15 avril 2020.

<sup>49</sup> V. P. ROGER, *La ligne de crête du Conseil d'Etat en temps de crise du coronavirus*, cit.; P. GONZALES, *Le Conseil d'État veilleur d'armes du confinement*, in *Le Figaro* (<https://www.lefigaro.fr/>), 11 giugno 2020; A. GELBLAT e L. MARGUET, *État d'urgence sanitaire : la doctrine dans tous ses états ?*, cit.

<sup>50</sup> In particolare, v. la tribuna di WILLIAM BOURDON e VINCENT BRENGARTH in *Le Monde* (<https://www.lemonde.fr/>) 12 aprile 2020; C. SAUNIER, *La position délicate du juge des référés face à la crise sanitaire*, cit.

<sup>51</sup> X. DUPRE DE BOULOIS, *On nous change notre référé...liberté*, cit.

<sup>52</sup> B. BONNET, *Le Conseil d'État et le covid-19*, cit.



ristretto periodo temporale di 48 ore, il giusto equilibrio tra la tutela dei diritti soggettivi, l'interesse generale e i dati della scienza<sup>53</sup>.

In realtà, la giurisprudenza del *Conseil d'État* non è stata uniforme, ma si è evoluta in relazione allo stato di avanzamento dell'epidemia. Nel periodo iniziale, in cui il tasso di diffusione epidemica era molto elevato, il *Conseil d'État* è stato in effetti il "*veilleur d'armes du confinement*"<sup>54</sup>, la guardia armata del governo, l'istituzione che più di ogni altra ha operato affinché l'applicazione dei provvedimenti amministrativi fosse effettiva, anche a discapito della tutela dei diritti soggettivi. Tuttavia, a mano a mano che il rischio epidemico è diminuito, il giudice ha accordato maggiore importanza ai diritti individuali, contribuendo a riorganizzare le modalità del deconfinamento progressivo.

### 3.1 La prima fase: un giudice della crisi napoleonico

Nel periodo successivo all'adozione delle prime misure di confinamento, l'anima napoleonica della suprema giurisdizione amministrativa ha preso il sopravvento. In altri termini, rispetto ai periodi di normalità, si è accentuato il carattere originario del *Conseil d'État*, e cioè il suo essere una giurisdizione speciale dell'amministrazione, concepita per garantire il corretto funzionamento della macchina statale e proteggere l'interesse pubblico, anche a discapito dei diritti individuali<sup>55</sup>.

In questo senso, la procedura del *référé-liberté* è stata reinterpretata dal *Conseil d'État*, che l'ha concepita più come un controllo di tipo oggettivo che soggettivo. Questo gli ha permesso di limitare il suo potere giurisdizionale, mettendo al riparo il governo da ricorsi che avrebbero potuto destabilizzare la prima fase del confinamento.

Il *référé-liberté*, in effetti, è una procedura che spinge il giudice a effettuare un controllo concreto, al fine di valutare se una libertà fondamentale è *manifestamente* violata e se è urgente che sia posto fine, a titolo provvisorio, a questa violazione. Il giudice svolge allora un controllo sia soggettivo, nel senso che valuta se il diritto soggettivo del ricorrente è violato in modo manifesto, che oggettivo, perché censura l'illegalità dell'atto amministrativo.

Nella sua cosiddetta giurisprudenza "Covid", il *Conseil d'État* fin dalle prime decisioni, ha elaborato un nuovo *considérant* - inserito poi in tutte le *ordonnances* - che ha definito il ruolo particolare del giudice all'epoca dello stato d'emergenza sanitaria. Tale *considérant* restringe di fatto il margine d'azione del giudice del *référé* e ribalta l'oggetto del suo controllo.

Per quanto riguarda il primo aspetto, l'articolo L. 521-2 del Codice di giustizia amministrativa consente al giudice del *référé* di prendere "ogni misura necessaria alla tutela di una libertà fondamentale che una persona morale di diritto pubblico (...) ha violato in modo grave e manifestamente illegale". Il nuovo *considérant* del *Conseil d'État* ridisegna «*l'office du juge*» prevedendo che il giudice del *référé* "possa ordinare all'autorità amministrativa competente di adottare, a titolo provvisorio, misure di organizzazione dei servizi posti sotto la sua autorità, nel caso in cui si tratti di misure d'urgenza che gli appaiano necessarie per preservare, in tempi molto brevi, la libertà fondamentale violata in modo grave e manifestamente illegale"<sup>56</sup>.

L'autorità amministrativa può quindi ricevere istruzioni dal giudice solamente in relazione all'organizzazione del servizio pubblico. Inoltre, l'urgenza di tali misure deve essere particolarmente

---

<sup>53</sup> B. BONNET, *Le Conseil d'État et le covid-19*, cit.

<sup>54</sup> P. GONZALES, *Le Conseil d'État veilleur d'armes du confinement*, cit.

<sup>55</sup> Sull'evoluzione del *Conseil d'État* e, più in generale del diritto amministrativo francese, v. G. BIGOT, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, PUF, 2002.

<sup>56</sup> *Conseil d'État*, ord., 27 mars 2020, *GISTI et autres*, n. 439720, cons. 2

giustificata<sup>57</sup>. E ancora, la natura delle misure predisposte dal giudice per porre un termine alla violazione della libertà deve essere imperativamente provvisoria. Viene meno quindi il principio giurisprudenziale secondo il quale quando nessuna misura provvisoria possa efficacemente preservare l'esercizio effettivo della libertà fondamentale, il giudice può adottare una misura che produca un effetto definitivo<sup>58</sup>.

L'esercizio della funzione giurisdizionale d'urgenza è dunque ristretto e a questo si somma una limitazione significativa del suo potere di controllo. In effetti, a partire dalla seconda ordinanza "Covid", il *Conseil d'État* in ogni *ordonnance* specifica che "il carattere manifestamente illegale della violazione deve essere valutato tenendo conto dei mezzi di cui dispone l'autorità amministrativa competente e delle misure che essa ha già preso in quest'ambito"<sup>59</sup>. Questa indicazione è accompagnata, ogni volta, da lunghe descrizioni delle "circostanze" fattuali dello stato d'emergenza sanitario<sup>60</sup>.

L'attenzione spiccata per i fatti denota la "pragmaticità"<sup>61</sup> del giudice della crisi. In altri termini, le circostanze particolari dell'urgenza e le difficoltà che l'amministrazione concretamente si trova a dover fronteggiare sono costantemente tenute in considerazione al fine di valutare la richiesta del ricorrente e motivare la decisione. Così, se in tempi normali il giudice del *référé-liberté*, dopo aver condotto una rapida istruttoria sulla situazione concreta del ricorrente, valuta se l'amministrazione abbia commesso una violazione agendo o omettendo di agire in un determinato ambito, nella nuova situazione di emergenza sanitaria il giudice verifica piuttosto se l'amministrazione abbia fatto quello che doveva per preservare una certa libertà fondamentale nel quadro del contesto particolare di intervento. Questo permette al *Conseil d'État* di legittimare delle deroghe molto importanti alla tutela dei diritti, tanto più che il giudice rinuncia ai suoi poteri istruttori e nella maggior parte dei casi si limita a prendere atto delle note che gli vengono trasmesse dagli uffici ministeriali<sup>62</sup>, senza verificare gli effetti concreti delle misure amministrative contestate sulle situazioni soggettive dei ricorrenti.

Ad esempio, di fronte al ricorso d'urgenza presentato da alcuni detenuti che denunciavano la carenza nelle carceri di materiale e di misure igieniche per prevenire l'epidemia di Covid, il *Conseil d'État* ha rigettato il ricorso limitandosi a elencare le diverse istruzioni date dal ministero della Giustizia ai direttori degli istituti carcerari, senza compiere alcuna verifica sull'applicazione effettiva di tali misure<sup>63</sup>. E ancora, in un'ordinanza del 18 aprile, il *Conseil d'État* ha considerato che la mancata distribuzione di mascherine ai dipendenti "non costituisce, tenuto conto dei mezzi di cui dispone l'amministrazione e delle misure che ha già adottato, una carenza grave e manifestamente illegale"<sup>64</sup>.

---

<sup>57</sup> Il *considérant* 2 dell'*ordonnance* GISTI parla di "*urgence caractérisée*", mentre in tempo normale è richiesta la meno esigente "*urgence particulière*".

<sup>58</sup> Attraverso questo principio, il giudice del *référé* ha ampliato molto i suoi poteri: v. *Conseil d'État*, 31 maggio 2007, *Syndicat CFDT Interco 28*, R. 222, AJDA 2007.1237, chron. *Lenica et Boucher*.

<sup>59</sup> *Conseil d'État*, ord., 22 marzo 2020, *Syndicat jeunes médecins*, n. 439674, cons. 5.

<sup>60</sup> In particolare, il Consiglio di Stato ricorda in modo dettagliato le ragioni che hanno spinto il governo francese a dichiarare lo stato di emergenza sanitaria, precisa il carattere mondiale della pandemia riferendosi all'Organizzazione mondiale della Salute, fa il punto sugli atti legislativi e regolamentari adottati in Francia e ricorda l'autorizzazione concessa dall'Unione europea agli Stati membri di limitare la libera circolazione tra gli Stati. V, tra gli altri, *Conseil d'État*, ord., 27 mars 2020, *GISTI et autres*, n. 439720, cit., cons. 4-7.

<sup>61</sup> O. LE BOT, *Crise du coronavirus : le « pragmatisme » du juge du référé-liberté*, in JCP G, n.14, 6 aprile 2020, 434 ; B. BONNET, *Le Conseil d'État et le covid-19*, cit.

<sup>62</sup> J. SCHMITZ, *Le juge de l'urgence dans l'urgence sanitaire des prisons: exercice d'un droit de retrait ou démission ?* in AJDA, n. 23, 29 juin 2020, 1298-1307.

<sup>63</sup> *Conseil d'État*, ord., 8 aprile 2020, *Section française de l'observatoire international des prisons et autres*, n. 439827, §15-§19.

<sup>64</sup> *Conseil d'État*, ord., 18 aprile 2020, *Fédération des travailleurs de la métallurgie CGT (FTM-CGT)*, n. 440012, §15.

Si assiste quindi ad un cambiamento di paradigma<sup>65</sup>: la priorità del giudice non è più quella di verificare se l'amministrazione abbia violato la libertà fondamentale di uno o più individui, ma piuttosto quella di valutare se, rispetto al contesto della crisi, l'amministrazione ha reagito in modo adeguato. "L'economia generale del dispositivo governativo"<sup>66</sup>, la "strategia del governo"<sup>67</sup>, la "coerenza e l'efficacia dei provvedimenti amministrativi"<sup>68</sup> prevalgono sulla tutela delle libertà fondamentali.

Se tale approccio è comprensibile quando si tratta di provvedimenti amministrativi che, al fine di tutelare la salute pubblica, restringono temporaneamente delle libertà fondamentali quali la libertà di circolazione o di riunione<sup>69</sup>, quando invece si tratta di ricorsi che denunciano l'insufficienza delle misure prese dall'amministrazione per tutelare la salute degli individui, la rinuncia ai poteri istruttori da parte del giudice e l'avallo accordato in via teorica e generale ai provvedimenti amministrativi appaiono molto più contestabili<sup>70</sup>.

Il giudice dell'urgenza ha inoltre fortemente limitato il ruolo, che a volte assume, di co-amministratore. In effetti, in passato, il *Conseil d'État* si è servito della procedura di *référé* per costringere l'amministrazione a porre fine alla violazione di una libertà fondamentale, dando altresì indicazioni molto dettagliate sui provvedimenti da prendere<sup>71</sup>. Durante il periodo dell'emergenza sanitaria, solo una volta il giudice si è permesso di interferire così pesantemente nel ruolo dell'esecutivo. È accaduto in una delle primissime *ordonnances*, quella del 22 marzo 2020<sup>72</sup>, relativa alla richiesta da parte del sindacato dei "giovani medici" di ingiungere al primo ministro di adottare dei provvedimenti atti a perseguire il confinamento totale della popolazione, in funzione della lotta all'epidemia del Covid-19. Il *Conseil d'État* ha rigettato il ricorso<sup>73</sup> cogliendo al tempo stesso l'occasione per prevenire futuri ricorsi contro alcune misure di confinamento esistenti che, a suo giudizio, non erano sufficientemente precise. Facendosi co-amministratore, e andando ben al di là del *petitum*, il giudice amministrativo ha ingiunto al primo ministro e al ministro della salute di precisare o di riscrivere alcune misure limitatrici della libertà di circolazione, senza pronunciarsi tuttavia sulla loro legalità. In questo modo, il *Conseil d'État* accompagna l'esecutivo nel difficile compito di far fronte alla crisi, senza censure, ma piuttosto indicandogli la via per mettersi al riparo da ricorsi e contestazioni che potrebbero nuocere alla corretta applicazione dei provvedimenti di contrasto all'epidemia.

### 3.2 La seconda fase: un giudice di crisi garante dei diritti

---

<sup>65</sup> M.-O. PEYROUX-SISSOKO, *Quel rôle pour le Conseil d'État dans le confinement des libertés?* cit.

<sup>66</sup> *Conseil d'État*, ord., 1<sup>er</sup> aprile 2020, *Fédération nationale des marchés de France*, n°439762, §11.

<sup>67</sup> *Conseil d'État*, ord., 2 aprile 2020, *Fédération nationale droit au logement et autres*, n. 439763, §13; ord., 8 aprile 2020, *Section française de l'observatoire international des prisons et autres*, n. 439827, cit., §25; ord., 9 aprile 2020, *Association mouvement citoyen tous migrants et autres*, n. 439895, §§13 et 14.

<sup>68</sup> *Conseil d'État*, ord., 17 aprile 2020, *Commune de Sceaux*, n. 440057, §§5, 6 et 9.

<sup>69</sup> B. BONNET, *Le Conseil d'État et le covid-19*, cit.

<sup>70</sup> Nell'ord., 3 aprile 2020, *Syndicat des Avocats de France*, n. 439894, il *Conseil d'État* rigetta il ricorso intentato contro le *ordonnances* del ministero della giustizia che prorogano automaticamente i termini della custodia cautelare senza che sia previsto l'intervento del giudice penale. I rischi sanitari che tale misura provoca non sono presi in contro dal giudice: v. J.-B. PERRIER, *La prorogation de la détention provisoire, de plein droit et hors du droit*, in *Dalloz actualités*, 9 aprile 2020.

<sup>71</sup> V. *Conseil d'État*, ordd. 31 luglio 2017, *Commune de Calais*, n. 412125 e 412171; 21 giugno 2019, *Affaire de Grande-Synthe*, n. 431115, §8; 22 dicembre 2012, *Centre pénitentiaire des Baumettes*, n. 364584.

<sup>72</sup> *Conseil d'État*, 22 marzo 2020, *Demande de confinement total*, n. 439674.

<sup>73</sup> Il *Conseil d'État* ha considerato che tali misure sarebbero state controproducenti, poiché l'amministrazione non sarebbe stata in grado di organizzare l'approvvigionamento della popolazione su scala nazionale.

A questa prima fase, nella quale il *Conseil d'État* ha scelto di accompagnare e sostenere la politica emergenziale del governo, ne è seguita una seconda, caratterizzata da una maggiore attenzione per la tutela dei diritti individuali. Essa è coincisa con l'avvicinarsi della data dell'11 maggio, che segnava l'inizio del piano di deconfinamento progressivo, e con le risultanze scientifiche circa la diminuzione della diffusione epidemica in Francia.

Il cambiamento netto è annunciato dall'*ordonnance* del 7 maggio<sup>74</sup>, in cui il *Conseil d'État* si è pronunciato di nuovo sull'insufficienza delle misure igieniche adottate nelle carceri, e in particolare nel carcere di Ducos, in Martinica. I ricorrenti denunciano la violazione del diritto alla vita e al diritto di non essere sottoposti a trattamenti inumani e degradanti. A differenza dell'*ordonnance* del mese di aprile che trattava del medesimo problema<sup>75</sup>, questa volta il *Conseil d'État*, sempre nelle vesti di giudice di *référé*, ha condotto un'istruttoria attenta sull'applicazione concreta dei provvedimenti ministeriali all'interno del carcere di Ducos e effettuato un'udienza pubblica in modo che il contraddittorio potesse svolgersi anche oralmente. Inoltre, pur tenendo fermo il *considérant* che ormai contraddistingue la giurisprudenza "Covid", il giudice ha fatto nuovamente riferimento alla possibilità che gli è data, se necessario, di adottare misure definitive, al fine di far cessare la violazione della libertà fondamentale.

Anche se in definitiva il giudice si è limitato a ordinare al ministro della giustizia di mettere a disposizione delle mascherine per i detenuti in caso di contatti con l'esterno, l'*ordonnance* mostra chiaramente che il *Conseil d'État* ha operato un bilanciamento attento e informato tra i diritti dei detenuti, in quanto persone particolarmente vulnerabili<sup>76</sup>, e l'azione dell'amministrazione, sempre tenendo conto delle circostanze particolari imposte dalla pandemia.

Il 18 maggio, quando ormai il confinamento stretto della popolazione era venuto meno<sup>77</sup>, il giudice del *référé* ha abbandonato il paradigma organicista della prima fase e riaffermato con più determinazione il suo ruolo di garante delle libertà individuali di fronte alla pubblica amministrazione. Con una prima *ordonnance*, molto commentata<sup>78</sup>, il *Conseil d'État*, al fine di garantire la libertà di culto, ha ordinato al governo di far cessare il divieto generale e assoluto di riunione nei luoghi di culto e di adottare provvedimenti che siano proporzionati rispetto ai rischi sanitari della prima fase di deconfinamento<sup>79</sup>. Con una seconda *ordonnance*, il giudice del *référé* ha ingiunto allo Stato di porre fine immediatamente alla sorveglianza della popolazione parigina per mezzo dei droni, per verificare il rispetto delle regole dello stato di emergenza sanitaria. Secondo il giudice, la *privacy* non è adeguatamente garantita da questo tipo di controlli e la tutela del diritto alla riservatezza prevale, ormai, sulle esigenze di polizia.

Infine, il 13 giugno 2020, quando ormai, nonostante la permanenza dello stato d'emergenza sanitaria, ha avuto inizio la fase due del deconfinamento<sup>80</sup>, il *Conseil d'État* ha fatto cessare un altro divieto gravemente lesivo delle libertà, quello imposto dall'articolo 3 del decreto del 31 maggio 2020<sup>81</sup> che vieta la riunione di più di dieci persone in un luogo pubblico. In nome della libertà di riunione e della libertà di manifestazione, e preso atto della "diminuzione della circolazione del virus

---

<sup>74</sup> *Conseil d'État*, ord. del 7 maggio 2020, *Prison de Ducos*, n. 440151.

<sup>75</sup> *Conseil d'État*, ord., 8 aprile 2020, cit.

<sup>76</sup> *Conseil d'État*, ord. 7 maggio 2020, cit., cons. 8.

<sup>77</sup> L'11 maggio 2020 è iniziata la prima fase del deconfinamento.

<sup>78</sup> In Italia: A. LICASTRO, *La messe est servie. Un segnale forte dal Consiglio di Stato francese in materia di tutela della libertà religiosa*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 2020/II, 312.

<sup>79</sup> *Conseil d'État*, ord. 18 maggio 2020, nn. 440366, 440380, 440410, 440531, 440550, 440562, 440563, 440590.

<sup>80</sup> Il 2 giugno 2020 inizia in Francia la "fase due" del deconfinamento, che implica l'abolizione di numerosi divieti relativi agli spostamenti e ai luoghi di vita culturale sociale e sportiva (v. decreto 1° giugno 2020)

<sup>81</sup> Decreto n. 2020-663 del 31 maggio 2020 *prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire*.

in Francia da ormai nove settimane”<sup>82</sup>, il *Conseil d’État* ha sospeso l’esecuzione di tale divieto, rendendo quindi legale la manifestazione contro il razzismo prevista per quello stesso giorno a Parigi.

In definitiva, nella prima fase, certo molto delicata, dell’epidemia, il giudice amministrativo ha scelto di accompagnare il governo, non ostacolando la politica d’emergenza, ma al contrario giustificandola attraverso la sua giurisprudenza, con un intento pedagogico teso a costruire un consenso sociale, condizione necessaria per l’effettività della sua applicazione. La natura politica della giurisdizione amministrativa, concepita come un privilegio accordato all’amministrazione, ha quindi prevalso sulla sua seconda natura, quella di giudice garante dei diritti individuali di fronte agli abusi della pubblica amministrazione. Nella seconda fase, nel quadro del progressivo deconfinamento, il giudice del *référé* ha invece ritrovato il suo ruolo e ha contribuito in modo determinante alla protezione di diritti e libertà che continuavano irragionevolmente ad essere compressi.

#### 4. La giurisprudenza di crisi del *Conseil constitutionnel*: un giudice gaullista

Durante il periodo di emergenza sanitaria, il *Conseil constitutionnel* francese ha avuto occasione di pronunciarsi tramite il controllo *a priori* su due leggi, una organica, l’altra ordinaria, adottate entrambe per fronteggiare la pandemia.

In modo unanime, la dottrina che ha commentato tali decisioni ha definito “senza sorprese” la giurisprudenza “Covid” del *Conseil constitutionnel*<sup>83</sup>. La natura più politica che giurisdizionale del controllo effettuato dal giudice in quest’occasione è in effetti apparsa in linea con la struttura fondamentalmente politica di questa istituzione.

Il *Conseil constitutionnel* francese nasce infatti come organo essenzialmente politico, pensato da De Gaulle come strumento ulteriore dell’opera di razionalizzazione del regime parlamentare. Il suo compito doveva essere infatti quello di difendere l’esecutivo e le sue competenze costituzionali da intromissioni abusive da parte del parlamento. Politica è la sua composizione<sup>84</sup> e, fino a che non è stato introdotto il controllo costituzionale incidentale nel 2010<sup>85</sup>, fondamentalmente politico era anche il suo controllo, che interveniva prima della promulgazione della legge ed era quindi parte, in un certo senso, della procedura legislativa<sup>86</sup>.

A nostro parere, le due decisioni non si collocano in totale continuità con il passato, ma rivelano alcune peculiarità legate al periodo della crisi sanitaria. In effetti, negli anni, il *Conseil constitutionnel* si è in parte discostato dal ruolo politico che gli era stato affidato, rivendicando, in diverse circostanze, un ruolo più giurisdizionale e maggiormente teso alla protezione dei diritti<sup>87</sup>.

---

<sup>82</sup> *Conseil d’État*, ord. 13 giugno 2020, *Ligue des droits de l’homme et al.*, n. 440846, 440856, 441015, §14.

<sup>83</sup> D. FALLON, *Prolongation de l’état d’urgence sanitaire*, cit.; V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Le Conseil constitutionnel face à lui-même*, cit.; S. BENZINA, *La curieuse suspension des délais d’examen des questions prioritaires de constitutionnalité*, in *JP Blog* (<http://blog.juspoliticum.com/>) del 3 aprile 2020.

<sup>84</sup> I membri del *Conseil constitutionnel* sono nominati da tre autorità politiche, il Presidente della Repubblica, il Presidente del Senato e il Presidente dell’Assemblea nazionale (art. 56 Cost.).

<sup>85</sup> Su questa procedura si rinvia a P. COSTANZO, *La “nuova” Costituzione della Francia*, cit.; S. CATALANO, *La question prioritaire de constitutionnalité in Francia: analisi di una riforma attesa e dei suoi significati per la giustizia costituzionale italiana*, Napoli, Ed. Scientifiche, 2016; S. BENVENUTI, *La via francese alla giustizia costituzionale*, Napoli, 2016.

<sup>86</sup> In questo senso, v. la classificazione dei sistemi di giustizia costituzionale di A. VEDASCHI, *La giustizia costituzionale*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G. F. FERRARI, *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, 2009, 968 ss.

<sup>87</sup> Ci riferiamo in particolare alla giurisprudenza inaugurata negli anni Settanta, che ha attribuito valore costituzionale ai principi fondamentali repubblicani (*principes fondamentaux reconnus par les lois de la République - Conseil constitutionnel*, décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Liberté d’association*), alla Dichiarazione dei diritti del 1789

L'introduzione del controllo *a posteriori* sta poi contribuendo, anche se assai lentamente, a trasformare il funzionamento e la cultura dell'istituzione, nonché l'approccio dei suoi giudici<sup>88</sup>.

La giurisprudenza "Covid" ha invece come cancellato – per lo meno provvisoriamente - questi timidi progressi verso la giurisdizionalizzazione del *Conseil*.

In queste decisioni, il *Conseil constitutionnel* ha infatti derogato sia al principio di imparzialità del giudice costituzionale che a quello della supremazia della Costituzione. Per di più, malgrado la gravità di queste deroghe, la motivazione è apparsa insufficiente. Se le motivazioni del *Conseil constitutionnel* si caratterizzano da sempre per essere molto stringate, nelle due decisioni "Covid" lo stile è divenuto addirittura oracolare. A questo deve aggiungersi che le due leggi oggetto delle pronunce costituzionali riducono di fatto, con strumenti diversi, la possibilità che la legislazione di crisi sia controllata in via incidentale in tempi brevi, a discapito dell'"effetto utile" di tale procedura.

#### 4.1 La prima decisione di costituzionalità: il paradosso del controllo di una legge voluta dal Conseil constitutionnel

Il Professore Costanzo ha prontamente commentato la decisione n. 2020-799 DC del 26 marzo 2020 relativa alla legge organica n. 2020-365 *d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19* sottolineando in modo acuto sia la difficoltà della posizione in cui si è venuto a trovare il *Conseil constitutionnel* in ragione del contenuto della legge, sia la «singolarità» della scelta del giudice di dichiarare conforme una legge organica che presenta evidenti elementi di incostituzionalità<sup>89</sup>.

Per quanto riguarda il primo aspetto, il *Conseil constitutionnel* ha dovuto giudicare di una legge che riguarda il funzionamento del controllo di costituzionalità incidentale. In ragione delle difficoltà che l'epidemia ha posto al normale funzionamento del sistema giudiziario, il legislatore ha previsto che i termini per trasmettere e decidere delle questioni prioritarie di costituzionalità siano "sospesi" fino al 30 giugno 2020.

In effetti, come illustrato dal professore Costanzo, a differenza del caso italiano, la procedura di controllo di costituzionalità francese è ritmata da scadenze temporali precise: se il giudice *a quo* è di prima istanza o d'appello, decide "*sans délai*", quindi al più presto, della trasmissione della questione alla giurisdizione superiore, e cioè alla Corte di cassazione o al *Conseil d'État*<sup>90</sup>. Le due giurisdizioni supreme hanno a disposizione tre mesi per decidere se trasmettere la questione al *Conseil constitutionnel*<sup>91</sup>. Decorso questo termine, la questione di costituzionalità è trasmessa automaticamente al Consiglio<sup>92</sup>. Una volta adito, il *Conseil constitutionnel* ha a sua volta a disposizione tre mesi per decidere<sup>93</sup>. Tuttavia, nel caso in cui il giudice costituzionale non rispetti questo termine, nessuna sanzione è prevista. In effetti, se l'esigenza di applicare una scadenza al "controllo-filtro" delle giurisdizioni supreme è di ordine costituzionale (art. 61-1 Cost.), nessuna

---

(*Conseil constitutionnel*, Décision n. 73-51 DC del 27 dicembre 1973, *Taxation d'office*), al Preambolo della Costituzione del 1946 (*Conseil constitutionnel*, Décision n. 74-54 DC del 15 gennaio 1975, *IVG*). Rinviamo sul punto a L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2020.

<sup>88</sup> Sul punto v. D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 2016, 58 ss.

<sup>89</sup> P. COSTANZO, *Brevi note sulle soluzioni apprestate in Francia per contrastare la pandemia nei giudizi di costituzionalità*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 2020/1, 242.

<sup>90</sup> Art. 23-2, *Ordonnance organique* du 7 novembre 1958.

<sup>91</sup> Art. 23-4 e 23-5 dell'*Ordonnance organique*, cit.

<sup>92</sup> Art. 23-7 dell'*Ordonnance organique*, cit.

<sup>93</sup> Art. 23-10 dell'*Ordonnance organique*, cit.

regola o principio costituzionale impone alla legge organica di prevedere un tale termine per il controllo di costituzionalità<sup>94</sup>.

L'allungamento dei termini processuali non avrebbe quindi costituito, in sé, un grande problema sotto il profilo del rispetto della legalità costituzionale. Come specificato dal relatore del progetto di legge al Senato, l'esigenza di sospendere i termini risponde piuttosto "alla forte preoccupazione del *Conseil constitutionnel*" di non essere in grado di far fronte ad un aumento esponenziale delle questioni prioritarie di costituzionalità, nel caso in cui le giurisdizioni supreme non fossero riuscite a svolgere il loro ruolo di filtro<sup>95</sup>. La legge organica è stata quindi suggerita dal *Conseil constitutionnel* stesso, che è stato consultato dal legislatore in via informale<sup>96</sup>.

La "difficoltà della situazione" riguarda allora l'imparzialità oggettiva<sup>97</sup> del giudizio di costituzionalità, stante che il *Conseil constitutionnel* svolge, al tempo stesso, il ruolo di consulente/richiedente la legge e di giudice della costituzionalità della stessa. In questo senso, sembra violato l'art. 3 dell'*Ordonnance* del 7 novembre 1958, che stabilisce che i membri del *Conseil constitutionnel* debbano svolgere la loro funzione in modo imparziale.

La parzialità della posizione del Consiglio permette di spiegare le ragioni della "singolarità" della decisione. Poiché la legge organica "s'ha da fare", il giudice ammette un'incostituzionalità procedurale e accetta che, in periodo di crisi, la procedura incidentale di costituzionalità venga sostanzialmente marginalizzata.

Per quanto riguarda il primo punto, l'articolo 46 della Costituzione francese impone che se, come in questo caso, il governo ricorre alla procedura accelerata per adottare un progetto di legge organica, quindici giorni devono trascorrere tra il deposito del progetto al Senato e la discussione del testo. Ora, depositato il 18 marzo 2020 in Senato, il progetto di legge organica è discusso e approvato il 19 marzo in Senato, e adottato il giorno dopo dall'Assemblea nazionale.

La violazione è manifesta, ma il *Conseil constitutionnel* afferma che: "tenuto conto delle circostanze particolari della fattispecie, non c'è motivo di giudicare che questa legge organica sia stata adottata in violazione delle regole di procedura prevista all'articolo 46 della Costituzione"<sup>98</sup>.

Le non meglio specificate "circostanze particolari" giustificano quindi, per il Consiglio, la violazione di una norma costituzionale.

La formula utilizzata sembra in apparenza ispirata dalla giurisprudenza delle "circostanze eccezionali" elaborata dal *Conseil d'État* a partire dal 1918. Come illustrato in precedenza, questa teoria giustifica l'illegalità di un atto amministrativo tenuto conto del contesto in cui l'atto è stato adottato<sup>99</sup>. Tuttavia, il *Conseil constitutionnel* sembra in realtà aver voluto affermare piuttosto una teoria autonoma<sup>100</sup>. In effetti, la teoria sviluppata dal *Conseil d'État* impone al giudice di effettuare un controllo approfondito sul carattere eccezionale delle circostanze sia nel tempo che nello spazio<sup>101</sup>. Inoltre, dev'essere provato il legame esistente tra le circostanze eccezionali e l'illegalità

---

<sup>94</sup> Il *Conseil constitutionnel* ha superato i termini in una sola occasione: quando ha adito la Corte di giustizia dell'Unione europea di una questione pregiudiziale (*Conseil constitutionnel*, dec. 2013-314 P QPC, 4 aprile 2013).

<sup>95</sup> Cité par A. LEVADE, *QPC en suspens sanitaire*, in *La Semaine Juridique Edition Générale*, n. 15, 13 aprile 2020, 458.

<sup>96</sup> Il rapporto n. 381 consegnato il 19 marzo 2020 alla Commissione delle leggi del Senato rende noto che l'esecutivo ha raccolto il parere informale delle autorità giurisdizionali coinvolte dal progetto di legge organica, tra cui il *Conseil constitutionnel*. Sul punto v. P. CASSIA, *Le Conseil constitutionnel déchire la Constitution*, in *Mediapart* (<https://blogs.mediapart.fr/>), 27 mars 2020.

<sup>97</sup> CEDH, 1 ott. 1982, *Piersack c/Belgique*, A, n. 53, §30.

<sup>98</sup> *Conseil constitutionnel*, dec. n. 2020-799 DC 26 marzo 2020, §3.

<sup>99</sup> *Conseil d'État*, *Heyriès*, cit.

<sup>100</sup> In questo senso, M. CARPENTIER, *L'arrêt Heyriès du Conseil constitutionnel?*, in *JP Blog* (<http://blog.juspoliticum.com/>) del 4 aprile 2020.

<sup>101</sup> *Conseil d'État Ass.*, 16 avril 1948, *Sieur Laugier*.

commessa<sup>102</sup>. La logica del giudice costituzionale è invece molto meno stringente: la formula scelta lascia intendere che il *Conseil constitutionnel* si astiene dal ricercare se il legislatore, da un lato, si trovasse effettivamente nell'impossibilità di agire in conformità con la Costituzione e, dall'altro, se la scelta legislativa fatta fosse necessaria e proporzionata. In modo più sbrigativo, il *Conseil constitutionnel* considera che l'emergenza sanitaria assolve la legge da tutti i vizi di costituzionalità, per lo meno sotto il profilo procedurale.

Data l'indubbia pericolosità dell'introduzione di una sorta di immunità costituzionale in favore della legislazione di crisi, rassicura il riferimento del giudice costituzionale all' "espèce", la fattispecie. Sembrerebbe infatti che il *Conseil constitutionnel* non abbia voluto creare un nuovo standard applicabile a tutte le situazioni di crisi, ma che, più modestamente, abbia introdotto una deroga al rispetto della Costituzione ascrivibile esclusivamente all'urgenza generata dall'epidemia del Covid-19<sup>103</sup>.

A questo punto, c'è da chiedersi se la sospensione dei termini per trasmettere e per decidere delle questioni prioritarie di costituzionalità fosse una misura così urgente da giustificare la violazione dell'articolo 46 della Costituzione, oltreché la forzatura del principio di imparzialità del giudizio di costituzionalità.

Sembrerebbe di no.

Innanzitutto, stante il numero delle questioni prioritarie pendenti di fronte al *Conseil constitutionnel* il 26 marzo 2020, l'adozione quindici giorni dopo della legge organica da parte del Senato non avrebbe indotto la violazione del termine dei tre mesi del giudizio di costituzionalità<sup>104</sup>. Per quanto riguarda le giurisdizioni supreme e il rischio che, incapaci di esercitare il loro ruolo di filtro, provocassero "l'engorgement" del *Conseil constitutionnel*, anche qui dei dubbi esistono sulla fondatezza di questo timore. Certamente, rispetto alla Corte costituzionale italiana, il personale e i servizi del *Conseil constitutionnel* sono ridotti. Tuttavia, a marzo 2020, 54 questioni prioritarie erano pendenti di fronte alla Corte di cassazione e al *Conseil d'État*; un numero quindi non esorbitante, a cui il *Conseil* avrebbe potuto fare fronte<sup>105</sup>, organizzando a distanza il lavoro dei giudici, tanto più che si tratta di una procedura già interamente dematerializzata<sup>106</sup>.

Il sospetto di alcuni costituzionalisti è allora che la sospensione d'urgenza dei termini abbia perseguito un diverso scopo, e cioè abbia inteso frenare le questioni prioritarie di costituzionalità che, nel periodo dell'urgenza, avrebbero potuto costituire un ostacolo all'applicazione della legislazione di crisi. Certo, come sottolineato dal *Conseil constitutionnel* nella sua decisione, durante questo periodo provvisorio, i ricorsi incidentali possono comunque essere presentati ed esaminati dal Consiglio<sup>107</sup>. Tuttavia, molto dipende dalla volontà dei giudici supremi e costituzionali di trasmettere e decidere rapidamente le questioni prioritarie<sup>108</sup>.

Questo sospetto sembra fondato in quanto, durante il dibattito parlamentare del progetto di legge organica, l'opposizione ha proposto un emendamento chiedendo che i termini di trasmissione e di esame delle questioni prioritarie di costituzionalità relative alle disposizioni della legge d'urgenza del 23 marzo 2020 venissero mantenuti<sup>109</sup>. I deputati sostenevano che, in questo modo,

---

<sup>102</sup> È necessario che l'amministrazione si sia trovata nell'impossibilità di agire legalmente e che la risposta data sia necessaria e proporzionata alle circostanze.

<sup>103</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Le Conseil constitutionnel face à lui-même*, cit.

<sup>104</sup> V. M. CARPENTIER, *L'arrêt Heyriès du Conseil constitutionnel?*, cit.

<sup>105</sup> V. S. BENZINA, *La curieuse suspension des délais d'examen des questions prioritaires de constitutionnalité*, cit.

<sup>106</sup> Per una comparazione sul *modus operandi* italiano e francese in materia, v. P. COSTANZO, *Brevi note sulle soluzioni apprestate in Francia per contrastare la pandemia nei giudizi di costituzionalità*, cit.

<sup>107</sup> *Conseil constitutionnel*, dec. n. 2020-799 DC, cit.

<sup>108</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Le Conseil constitutionnel face à lui-même*, cit.

<sup>109</sup> Legge n. 2020-290 del 23 marzo 2020, d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, nonchè Assemblée Nationale, Séance publique / Samedi 21 mars 2020.



dato che per esigenze di celerità la legge d'urgenza non è stata sottoposta al controllo di costituzionalità preventivo, "i cittadini non sarebbero stati privati (del tutto) del controllo del *Conseil constitutionnel*"<sup>110</sup>.

Per comprendere il senso di questa richiesta è necessario precisare che, a differenza del controllo di costituzionalità italiano, il controllo incidentale francese è concepito come una procedura relativamente rapida, finalizzata non solo all'obiettivo astratto di abrogare<sup>111</sup> la norma incostituzionale, ma anche all'obiettivo concreto di "produrre un effetto utile", cioè di avere, in tempi brevi, un impatto positivo sulla tutela dei diritti nel giudizio *a quo*. È questo, per altro, uno dei motivi<sup>112</sup> per cui il legislatore ha previsto delle scadenze temporali tassative per trasmettere e decidere le questioni pregiudiziali<sup>113</sup>.

In generale, il *Conseil constitutionnel* non solo rispetta sistematicamente il termine dei tre mesi, ma in media decide anche prima di tale scadenza<sup>114</sup>. Potenzialmente, il giudice costituzionale francese avrebbe quindi potuto svolgere un ruolo di controllo sull'attività legislativa della maggioranza parlamentare, e quindi indirettamente sull'esecutivo, nel periodo delicato dell'emergenza sanitaria.

Ora, rigettando l'emendamento dell'opposizione, il legislatore organico ha consentito che i giudici, se lo avessero voluto, potessero rallentare i tempi del controllo. In questo modo, le decisioni del *Conseil constitutionnel* sulle misure di crisi sarebbero intervenute quando ormai "i provvedimenti restrittivi dei diritti e delle libertà hanno già prodotto i loro effetti"<sup>115</sup>. E così è stato. Il 14 maggio 2020, la Corte di cassazione ha trasmesso tre questioni pregiudiziali relative ad alcuni articoli del Codice della salute pubblica modificati dalla legge sull'emergenza sanitaria del 23 marzo<sup>116</sup> e, il 27 maggio, due questioni relative a due norme della legge del 23 marzo stessa<sup>117</sup>. La decisione sulla prima delle tre QPC del 14 maggio sarà presa il 26 giugno 2020 e riguarda le sanzioni applicate in caso di violazione delle regole sanitarie, sanzioni che sembrano non rispettare il diritto a un ricorso effettivo, il principio di legalità in materia penale, il principio di necessità e proporzionalità della pena<sup>118</sup>. Dato che la maggior parte delle regole oggetto di tale norma sono ora decadute, la decisione del Consiglio interverrà in effetti troppo tardi, se si ragiona in termini di "effetto utile".

In definitiva, la decisione n. 2020-799 DC presenta molteplici profili preoccupanti sul piano del rispetto dello Stato di diritto costituzionale: la parzialità del giudizio, la legittimazione della violazione della Costituzione senza l'intervento di un controllo sulla proporzionalità della legge e senza una definizione della "particolarità" delle circostanze evocate, ed infine la ratificazione

---

<sup>110</sup> Amendement n. 3, Jean-Christophe Lagarde, cit. V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Le Conseil constitutionnel face à lui-même*, cit., 11.

<sup>111</sup> La decisione di non conformità costituzionale produce effetti *ex nunc*.

<sup>112</sup> L'altro motivo è quello di impedire che il controllo di costituzionalità allunghi eccessivamente i tempi processuali.

<sup>113</sup> Le due ragioni si comprendono anche alla luce del fatto che la questione prioritaria di costituzionalità deve concorrere con il controllo di convenzionalità, esercitato a partire dalla fine degli anni Settanta, dai giudici ordinari (Cour cass., *Jacques Vabre*, 24 maggio 1975) e poi, negli anni Ottanta, anche dai giudici amministrativi (*Conseil d'État, Nicolo*, 20 oct. 1989). Come la dottrina italiana sa bene, i casi di doppia pregiudizialità pongono a confronto due strumenti processuali, il controllo di convenzionalità e quello di costituzionalità, che hanno tempi, ma anche effetti diversi. Per rendere più attrattivo il nuovo controllo incidentale, il legislatore costituzionale francese ha voluto fare in modo che i tempi della decisione fossero relativamente rapidi.

<sup>114</sup> Il tempo medio in cui una QPC è decisa è di 75 giorni, v. CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Rapport d'activité 2019* (<https://www.conseil-constitutionnel.fr/rapport-activite-2019-numerique>).

<sup>115</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Le Conseil constitutionnel face à lui-même*, cit., 10.

<sup>116</sup> Aff. n. 2020-846; 2020-847; 2020-848.

<sup>117</sup> Aff. n. 2020-851; 2020-852.

<sup>118</sup> *Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 13 mai 2020*

implicita della volontà del legislatore di limitare il controllo giurisdizionale nel periodo più critico della pandemia.

Si tratta quindi, a nostro avviso, di una giurisprudenza sorprendente, che non deve essere banalizzata, e la cui applicazione deve essere limitata nel quadro del periodo eccezionale della crisi epidemica del Covid-19.

#### 4.2 La seconda decisione di costituzionalità: un controllo al servizio della strategia legittimante dell'esecutivo

Il 9 maggio 2020, dopo una settimana di dibattiti, il Senato e l'Assemblea nazionale hanno adottato la legge che, da un lato, ha prorogato fino al 10 luglio 2020 lo stato d'emergenza sanitaria e, dall'altro, ha integrato la regolamentazione indicando quali provvedimenti l'esecutivo può adottare nella prospettiva di un graduale deconfinamento. In particolare, la legge disciplina il trattamento dei dati personali destinati a tracciare le persone affette da Covid-19 o suscettibili di esserlo. La legge solleva quindi delle questioni importanti in relazione al bilanciamento tra il diritto alla salute e la protezione di dati sensibili.

Il presidente della Repubblica, il presidente del Senato, sessanta senatori e sessanta deputati hanno adito il *Conseil constitutionnel* affinché esercitasse un controllo *a priori*, sulla base dell'articolo 61 della Costituzione francese. Con grande rapidità, il *Conseil constitutionnel* ha adottato una decisione di conformità l'11 maggio e la legge è stata promulgata il giorno stesso.

Anche questa seconda decisione "Covid" è stata definita dalla dottrina "*sans surprise*"<sup>119</sup>, suscitando ancora meno interesse della prima<sup>120</sup>. Tuttavia, a nostro parere, essa è degna di nota poiché si pone in continuità con la prima decisione e conferma l'esistenza di una giurisprudenza costituzionale di crisi, contraddistinta da alcune peculiarità.

In primo luogo, è interessante osservare che il *Conseil constitutionnel* è stato adito anche dal Presidente della Repubblica. Si tratta di un evento raro. In effetti, è solo la terza volta che il Presidente richiede il controllo di costituzionalità *a priori* al *Conseil constitutionnel*. Il primo Presidente a farlo fu François Hollande nel 2015 e il secondo è stato Emmanuel Macron nel 2019, ed ora, nel 2020<sup>121</sup>.

La lettura del quesito scritto dal Presidente<sup>122</sup> rivela chiaramente la strategia perseguita attraverso il rinvio della legge al *Conseil*. Il Presidente non solleva dei dubbi sulla costituzionalità delle norme approvate dalla "sua" maggioranza parlamentare, ma piuttosto spiega le difficoltà in cui l'esecutivo e il parlamento si trovano nella lotta contro la pandemia, il carattere eccezionale delle misure prese "in deroga al diritto comune", sottolinea l'attenzione con cui il Parlamento ha cercato di conciliare la protezione della salute pubblica e quella dei diritti e delle libertà e, in nome del suo ruolo di garante della Costituzione<sup>123</sup>, conclude chiedendo al *Conseil constitutionnel* di verificare la

---

<sup>119</sup> D. FALLON, *Prolongation de l'état d'urgence sanitaire*, cit.

<sup>120</sup> Pochi gli articoli di commento alla decisione: D. FALLON, cit.; V. SIZAIRE, *Consolidation du domaine de la liberté. À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2020-800 DC du 11 mai 2020*, in *Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF* (<https://journals.openedition.org/revdh/7616>), 28 mai 2020, 7; J.-E. GICQUEL, *La loi du 11 mai 2020 validée en urgence par le Conseil constitutionnel*, in *La Gazette du Palais* (<https://www.gazette-du-palais.fr/>), 2 juin 2020, n. 20, 3; P. RRAPI, *Le Préambule de la Constitution de 1946, fondement constitutionnel de l'état d'urgence*, in *Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF* (<https://journals.openedition.org/revdh/7616>), 8 juin 2020, 9.

<sup>121</sup> *Conseil constitutionnel*, dec. n. 2015-713 DC del 23 luglio 2015; dec. n. 2019-780 DC del 4 aprile 2019.

<sup>122</sup> *Saisine du Président de la République*

<sup>123</sup> Art. 5 Cost.

conformità alla Costituzione delle norme relative all'isolamento e alla quarantena delle persone malate e al trattamento dei loro dati personali<sup>124</sup>.

Ciò che il Presidente domanda al giudice costituzionale non è quindi di censurare il testo, ma di ottenere un "brevetto di costituzionalità", in modo che la legge, in seguito, sia al riparo da contestazioni sia di tipo politico che giudiziario. Da un lato, il ricorso presidenziale è quindi un artificio politico per far sì che le scelte della maggioranza parlamentare siano legittimate e quindi rispettate ed applicate. Dall'altro lato, la sollecitazione di un controllo *a priori* è una strategia che tende a impedire che il controllo incidentale possa operare in seguito o che, in ogni caso, venga limitato. Infatti, la questione prioritaria di costituzionalità per essere trasmessa dalle giurisdizioni-filtro e poi decisa dal *Conseil constitutionnel* deve essere "nuova"<sup>125</sup>; è necessario in altri termini che la stessa questione non sia stata posta al *Conseil constitutionnel* nel quadro di un precedente controllo, sia esso preventivo o incidentale. Solo se vi è stato un "cambiamento delle circostanze", il giudice costituzionale può infatti giudicare nuovamente di una stessa norma<sup>126</sup>.

La precedente esperienza dell'*état d'urgence* è stata d'insegnamento a questo proposito. In effetti, nel 2015, il Primo ministro di allora, Manuel Valls, aveva invitato i parlamentari a non adire il *Conseil constitutionnel* per la verifica *a priori* della legge che prorogava lo stato d'emergenza<sup>127</sup>. La ragione addotta era che "c'è sempre un rischio quando si adisce il *Conseil constitutionnel*"<sup>128</sup>. Al di là della gravità di una tale affermazione da parte di un primo ministro che manifesta senza imbarazzo la sua visione del controllo di costituzionalità come un ostacolo fastidioso alla volontà dell'esecutivo, il risultato di questa strategia è stato che, una volta promulgata, la legge è stata oggetto di innumerevoli questioni prioritarie di costituzionalità.

Memore del passato, l'esecutivo attuale è stato ben più scaltro. La legge del 23 marzo 2020 che ha creato e dichiarato l'*état d'urgence sanitaire* non è stata controllata *a priori*. Tuttavia, come abbiamo visto, la legge organica del 26 marzo prorogando i termini per la trasmissione e la trattazione delle QPC ha di fatto impedito che le questioni pregiudiziali relative a questa legge si moltiplicassero. La legge del 12 maggio 2020 invece è stata sottoposta a un controllo preventivo, ottenendo l'agognato "brevetto di costituzionalità".

Il Presidente Macron ha "rischiato" che la legge venisse censurata? Possiamo affermare con sicurezza di no. Se ci fosse stato il minimo rischio, sicuramente la legge non sarebbe stata rinviata al *Conseil constitutionnel*. E difatti, il giudice costituzionale ha risposto positivamente all'appello, facendo esattamente quello che si attendeva da lui: una decisione di conformità scritta in quarantotto ore, in cui il Consiglio corregge gli aspetti che ledono in modo più manifesto i diritti, in modo che in seguito la legge possa essere applicata senza intoppi.

Colpisce prima di tutto la rapidità della risposta del Consiglio. L'articolo 61 prevede che il giudice costituzionale abbia un mese per decidere quando è sollecitato il controllo *a priori*. Certo, la situazione d'urgenza imponeva – ufficiosamente - che il Consiglio decidesse in tempi più brevi, poiché il 24 maggio scadeva il termine dell'*état d'urgence sanitaire* dichiarato dalla legge del 23 marzo. Tuttavia, la deferenza del *Conseil constitutionnel* nei confronti dell'esecutivo è stata tale che, adito il sabato, esso ha pubblicato la decisione il lunedì. Certamente, in via informale, il *Conseil constitutionnel* doveva essere stato avvertito del fatto che sarebbe stato adito, e sicuramente aveva anticipato cominciando a studiare il progetto di legge<sup>129</sup>. Nonostante ciò, il tempo della riflessione

---

<sup>124</sup> Artt. 1, 2 e 3, della legge dell'11 maggio 2020, cit.

<sup>125</sup> Art. 23-2, *ordonnance* n. 58-1067, 7 novembre 1958.

<sup>126</sup> *Ibid.*

<sup>127</sup> Legge n. 2015-1501 del 20 novembre 2015.

<sup>128</sup> V. F. SAVONITTO, *Etat d'urgence et risque d'inconstitutionnalité*, in *Revue des droits et libertés fondamentaux* (<http://www.revuedlf.com/>), chron. 15, 2016.

<sup>129</sup> D. FALLON, *Prolongation de l'état d'urgence sanitaire*, cit.

appare molto ridotto. Il sacrificio del tempo necessario alla decisione in ragione dell'urgenza è già in sé una scelta che fa prevalere la ragione politica su quella giuridica.

Per quanto riguarda il contenuto della decisione, il *Conseil constitutionnel* pronuncia una sola censura, per il resto privilegia la tecnica della "riserva di interpretazione"<sup>130</sup>, e cioè indica al legislatore come dev'essere interpretata o riscritta la norma affinché essa sia conforme alla Costituzione. Come indica anche l'esperienza italiana delle decisioni manipolative, questa tecnica permette di "salvare" la norma e di orientare rapidamente i suoi interpreti in un senso costituzionalmente conforme. Non deve quindi sorprendere che, nel contesto dell'urgenza, il *Conseil constitutionnel* privilegi la riserva d'interpretazione rispetto alla censura.

La motivazione è come al solito stringata e in alcuni casi del tutto assente<sup>131</sup>. Quando il Consiglio svela il suo ragionamento, ci si accorge che esso opera il tradizionale test di proporzionalità in cui, dapprima, il giudice si chiede se il diritto o la libertà invocati sono stati violati. Nel caso in cui la violazione sia constatata, il giudice verifica che essa sia giustificata da un motivo di interesse generale e che sia proporzionata rispetto all'obiettivo perseguito. Nella fattispecie, il *Conseil constitutionnel* considera che le misure di isolamento dei malati e quelle relative alla raccolta e alla condivisione dei dati relativi alle persone affette da Covid-19 ledono la libertà individuale e il diritto alla protezione dei dati personali, ma sono giustificate dall'esigenza costituzionale di protezione della salute pubblica. Il controllo della proporzionalità delle norme, tuttavia, si limita alla verifica dell'adeguatezza della misura rispetto all'obiettivo perseguito e alla constatazione dell'esistenza di garanzie legislative. Il giudice costituzionale francese non valuta quindi la necessità della misura, e cioè se esistano dei provvedimenti diversi, meno restrittivi delle libertà, che potrebbero raggiungere lo stesso scopo.

Nel complesso si tratta quindi di una pronuncia che permette al legislatore di promulgare in tempi rapidi la legge e di proteggere la sua applicazione da eventuali questioni pregiudiziali di costituzionalità. Il *Conseil constitutionnel* si rivela in questo contesto un prezioso alleato dell'esecutivo. La crisi esalta la natura politica del Consiglio e del suo ruolo al punto da condurlo a collaborare attivamente con il legislatore per limitare la sua stessa attività nell'ambito del controllo incidentale.

## 5. Conclusione

La crisi ha ravvivato la natura politica del *Conseil d'État* e del *Conseil constitutionnel*. Di fronte all'esigenza di tutelare la salute pubblica, le due autorità hanno collaborato con l'esecutivo affinché lo stato di emergenza sanitaria venisse accettato e potesse trovare un'applicazione effettiva.

Tuttavia, una differenza fondamentale distingue le due autorità. Il *Conseil d'État* ha avuto cura di esplicitare quale fosse l'ufficio del giudice amministrativo dell'urgenza durante la crisi, motivando sulla base delle circostanze la scelta di far prevalere gli interessi collettivi su quelli individuali. La modulazione del bilanciamento dei diritti in funzione del tasso di diffusione epidemico ha poi confermato la capacità del giudice amministrativo di sanzionare e rettificare i provvedimenti amministrativi illegittimi, contribuendo in modo determinante al ripristino progressivo dello Stato di diritto.

---

<sup>130</sup> *Conseil constitutionnel*, dec. n. 2020-800 DC dell'11 maggio 2020, §43, §70, §67, §73, §74. Sulle "riserve di interpretazione", v. S. CATALANO, *La question prioritaire de constitutionnalité in Francia*, cit., 213 ss.

<sup>131</sup> V. §13 : *les dispositions contestées « ne sont pas non plus entachées d'incompétence négative »* ; §44 : *les dispositions contrôlées « ne méconnaissent pas non plus le droit à un recours juridictionnel effectif »* ; §47 : *elles « ne méconnaissent pas non plus le droit de mener une vie familiale normale »* ; §78 : *les dispositions examinées « ne sont pas non plus entachées d'incompétence négative ou inintelligibles »*.

Il *Conseil constitutionnel*, invece, è rimasto muto sulle ragioni che lo hanno condotto a legittimare una deroga a una norma costituzionale, muto sull'espressione sibillina "circostanze particolari" che sembra accordare una sorta di immunità alla legislazione di crisi, muto sul respingimento dei dubbi di costituzionalità sollevati dall'opposizione parlamentare su alcune norme della legge dell'11 maggio. L'assenza di motivazione esalta ancor più la natura politica del *Conseil constitutionnel*, mentre il *Conseil d'État*, sebbene abbia fatto prevalere in linea di massima la ragione politica su quella giuridica nella prima fase del confinamento, non abdica completamente al suo ruolo di giurisdizione.

Questa differenza conferma il diverso peso che le due istituzioni hanno nell'ordinamento francese: il *Conseil d'État* è un'autorità di riferimento sia per l'esecutivo – che se ne avvale come consigliere – sia per i cittadini – che se ne avvalgono come garante delle libertà; ed ecco perché ci si attende che quest'organo – e non il *Conseil constitutionnel* - "porti sulle sue spalle lo Stato di diritto"<sup>132</sup>. Il *Conseil constitutionnel*, invece, malgrado la sua evoluzione rispetto alle origini gaulliste, resta un organo essenzialmente sottomesso alle logiche della politica, poiché politici sono la maggior parte dei suoi membri e fondamentale è la procedura di controllo preventiva. Questo spiega la disillusione della dottrina nei confronti delle sue capacità ad affermarsi come un'istituzione giurisdizionale posta a tutela dei diritti dei cittadini.

Certamente, la giurisprudenza "Covid" del *Conseil d'État* e del *Conseil constitutionnel* sono destinate ad arricchirsi, oltre al fatto che a breve si svilupperanno anche la giurisprudenza penale e civile in materia. Molto probabilmente, com'è già avvenuto nel periodo dell'*état d'urgence*<sup>133</sup>, la giurisprudenza costituzionale, con il venir meno del rischio sanitario, tenderà a far prevalere la ragione giuridica su quella politica.

Tuttavia, se è vero che è nei periodi di eccezione che si rivela la vera natura delle istituzioni, la giurisprudenza di crisi ha dato conferma del diverso ruolo del *Conseil d'État* e del *Conseil constitutionnel* in Francia, e della strada, ancora molto lunga per quest'ultimo, per diventare una giurisdizione a pieno titolo come lo sono i suoi omologhi europei.

---

<sup>132</sup> Secondo l'espressione utilizzata da BAPTISTE BONNET nel suo articolo *Le Conseil d'État et le covid-19. Quand le Conseil d'État porte l'État de droit sur ses épaules*, cit.

<sup>133</sup> Durante lo stato d'emergenza terroristico – dichiarato tra novembre 2015 e novembre 2017 – numerose questioni incidentali sono state sollevate davanti al Consiglio. In un primo tempo, nessuna disposizione è stata dichiarata incostituzionale. In seguito, alcune dichiarazioni d'incostituzionalità sono state pronunciate, ma gli effetti sono stati modulati nel tempo al fine di non ostacolare la lotta al terrorismo. Di fatto, solo quando l'emergenza è finita il *Conseil constitutionnel* ha censurato delle norme producendo degli effetti immediati : V. CHAMPEIL-DESPLATS, *L'état d'urgence devant le Conseil constitutionnel ou quand l'État de droit s'accommode de normes inconstitutionnelles*, in S. HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2018, 151-167.

DONATELLA MORANA

## Sulla fundamentalità perduta (e forse ritrovata) del diritto e dell'interesse della collettività alla salute: metamorfosi di una garanzia costituzionale, dal caso ILVA ai tempi della pandemia

SOMMARIO: 1. Perduta e ritrovata: l'andamento carsico della fundamentalità in tema di salute. – 2. Alla ricerca della rilevanza pratica della fundamentalità. – 3. La giurisprudenza costituzionale sul caso ILVA: la fundamentalità *tamquam non esset*. – 4. Sistema costituzionale dei diritti, primarietà e fundamentalità.

### 1. Perduta e ritrovata: l'andamento carsico della fundamentalità in tema di salute

Nel licenziare questo breve contributo dedicato a Pasquale Costanzo – con l'intento di onorare uno Studioso il cui pensiero ha arricchito la dottrina costituzionalistica, stimolandola a confrontarsi con problematiche inedite e cruciali per la società contemporanea – il contesto della riflessione è così profondamente mutato, nel volgere dell'ultimo periodo, da scoraggiare un'asettica trattazione sulle posizioni giuridiche soggettive riconosciute dalla Costituzione italiana a presidio del bene salute.

La sensibilità ordinamentale nei confronti del diritto alla salute e del correlato interesse della collettività, infatti, non è più quella di qualche settimana fa. È come se l'assetto delle priorità si fosse subitaneamente "riplasmato" – per usare un'immagine proprio di Costanzo – allo scopo di fronteggiare il grave pericolo, mostrando le potenzialità dello Stato costituzionale di fornire una risposta a situazioni imprevedibili conservando le sue premesse giuridico-assiologiche<sup>1</sup>.

L'emergenza sanitaria determinata dalla pandemia in atto ha fatto riscoprire, purtroppo in circostanze tragiche, il significato esperienziale della fundamentalità del diritto alla salute, a partire dalla vita quotidiana di ciascuno di noi.

E lo stesso svelamento ha segnato il piano propriamente normativo, dove il carattere fondamentale tante volte dimenticato o "annacquato" dal legislatore in improvvidi bilanciamenti – e scarsamente valorizzato anche dalla giurisprudenza costituzionale, come si dirà – sembra acquistare ora un significato limpido e autonomo. Significato che, ci si augura, possa consolidarsi anche quando l'attuale condizione emergenziale sarà giunta a conclusione.

In un momento in cui ragioni di sanità pubblica e tutela della salute dominano la dimensione individuale e quella collettiva, l'ordinamento sembra insomma accorgersi nuovamente della fundamentalità contemplata nell'art. 32 della Costituzione.

Sanità e salute, com'è noto, rinviano a beni diversi e non coincidenti: ma senz'altro la tutela della prima, perseguita con gli strumenti pubblicistici, diventa un presupposto essenziale per il godimento della seconda. Nelle ultime settimane, infatti, le sopravvenute necessità poste dalla pandemia hanno mostrato l'inadeguatezza di quell'approccio, anche giurisprudenziale, che è pervenuto a negare un autonomo significato normativo al carattere fondamentale riconosciuto dalla Costituzione al diritto alla salute (e solo a tale diritto, tra tutti quelli di rango costituzionale)<sup>2</sup> e al

---

<sup>1</sup> Cfr. P. COSTANZO, *Avete detto "diritti digitali?"*, in *Tecniche normative* ([www.tecniche normative.it](http://www.tecniche normative.it)), 13 luglio 2016, 4, dove, con un'incisiva e illuminante osservazione che travalica lo specifico oggetto dello scritto in cui è contenuta, Egli nota: «se può indicarsi una qualità rilevante dello Stato costituzionale è la sua capacità di continuamente riplasmarsi, pur tenendo ferme le sue basi giuridico-assiologiche».

<sup>2</sup> Com'è noto, in tutta la Parte prima della Costituzione (dedicata ai diritti e doveri dei cittadini) l'aggettivo «fondamentale» viene impiegato soltanto nell'art. 32; esso ricorre, poi, per qualificare i Principi sotto cui sono rubricati i primi dodici articoli della Carta, nonché, nella Parte seconda, con riguardo a talune norme relative al bilancio dello Stato (art. 81 Cost.) ed al riparto di competenze tra lo Stato e le Regioni (artt. 117, 122 e 123); infine, la XVIII disposizione

corrispondente interesse della collettività (e solo a tale interesse, tra tutti quelli protetti dalla Carta)<sup>3</sup>. Mi riferisco, in particolare, alla giurisprudenza costituzionale sul “caso ILVA”, per la quale la fondamentale testualmente riconosciuta nell’art. 32 Cost. sembra essere priva di una dimensione normativa propria e peculiare.

Sia nella sentenza n. 85/2013 che nella sentenza n. 58/2018, infatti, pur pervenendo a soluzioni che, sul piano sostanziale, si discostano profondamente – e che forse tradiscono, proprio nella diversità delle soluzioni rinvenute, il segno di una auspicata evoluzione dello stesso approccio giurisprudenziale – le argomentazioni del Giudice delle leggi sono saldamente arroccate su una premessa interpretativa: l’espresa fondamentale del diritto alla salute non indica una posizione di primazia, non è in grado di orientare l’interprete, non consente di privilegiare la salute rispetto ad altri e concorrenti beni costituzionali... insomma, è sprovvista di autonomo significato normativo. Verrebbe da dire: una qualificazione “meramente formale”, se non fosse che tale categoria, anche per le fonti normative, ha da tempo mostrato la sua essenziale inconsistenza.

Rispetto a tale approccio (sul quale si tornerà *infra*, § 3), balza agli occhi la diversa “sensibilità” della recentissima normazione di emergenza, che pospone il godimento di altri diritti (pur costituzionali) alla tutela della salute, sacrificando alle ragioni di sanità pubblica sia talune libertà, sia qualche diritto sociale<sup>4</sup>. Cosicché, se nel dibattito dottrinale è stata ampiamente segnalata la dubbia costituzionalità degli strumenti normativi utilizzati rispetto alla pervasività degli effetti limitativi che ne derivano per i diritti individuali<sup>5</sup>, nessuna perplessità è sembrata invece trasparire

---

finale stabilisce che «la Costituzione dovrà essere fedelmente osservata come legge fondamentale della Repubblica da tutti i cittadini e dagli organi dello Stato».

<sup>3</sup> Nel senso che il carattere della fondamentale debba intendersi riferito, nell’art. 32 Cost., non solo al “diritto dell’individuo” ma anche all’“interesse della collettività”, V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. soc.*, 1982, 564. La Corte costituzionale si era incidentalmente pronunciata in tal senso nella sent. n. 149/1969, affermando che i controlli nei confronti di coloro che preparano e commerciano sostanze di uso agrario e prodotti agrari sono predisposti «anche al fine di una rigorosa e necessaria tutela della salute pubblica e, cioè, di un diritto dell’individuo e di un interesse della collettività che l’art. 32 della Costituzione considera fondamentali» (corsivo aggiunto).

<sup>4</sup> La finalità esclusiva perseguita dagli atti normativi adottati in via d’urgenza per far fronte all’emergenza determinata dal COVID-19 è chiaramente quella della protezione della sanità pubblica. In vista di tale finalità, considerata prioritaria e prevalente rispetto a eventuali altri interessi contrapposti, vengono rese possibili limitazioni significative, quando non drastiche, di un numero cospicuo di diritti costituzionali. Lo scopo è individuato con chiarezza sia nell’art. 1, comma 1, del d.-l. n. 6 del 23 febbraio 2020, sia nell’art. 1, comma 1, del d.-l. n. 19 del 25 marzo 2020 (decreto-legge con il quale si abroga e sostituisce il precedente): quest’ultima disposizione, in particolare, stabilisce che le previste misure limitative possono essere attuate «per contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus COVID-19, su specifiche parti del territorio nazionale ovvero, occorrendo, sulla totalità di esso». Il medesimo scopo, ovviamente, sorregge i numerosi atti (e segnatamente i molteplici d.P.C.M. che si sono susseguiti a partire dalla fine del mese di febbraio 2020) con cui sono state concretamente introdotte le limitazioni previste dai menzionati decreti-legge. Per quel che concerne i diritti costituzionali che risultano interessati dalle misure restrittive, il numero di essi è particolarmente ampio, includendo tra gli altri la libertà di circolazione, la libertà di riunione, la libertà di iniziativa economica, la libertà religiosa, il diritto al lavoro, il diritto all’istruzione. Per una raccolta completa e costantemente aggiornata degli atti normativi e amministrativi adottati per fronteggiare la pandemia, cfr. C. Drigo - A. Morelli (a cura di), *Dossier. L’emergenza sanitaria da COVID-19. Normativa, atti amministrativi, giurisprudenza, bibliografia*, in *Diritti Regionali* ([www.dirittiregionali.it](http://www.dirittiregionali.it)); nonché, precedentemente, E. JORIO, *Interventi normativi d’urgenza in tema di contrasto al Coronavirus: una rassegna ragionata*, in *Corti supreme e salute*, 1/2020.

<sup>5</sup> Tra i numerosissimi interventi critici apparsi nelle ultime settimane, e che non è possibile segnalare in questa sede, cfr. L.A. 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* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 23 marzo 2020; G.L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), Studi, 2020/I, 200 ss.; R. DI MARIA, *Il binomio “riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali” in tempo di COVID-19: una questione non soltanto “di principio”*, in *Diritti Regionali* ([www.dirittiregionali.it](http://www.dirittiregionali.it)), 1/2020, 507 ss. nonché R. CERCHI - A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell’emergenza sanitaria covid-19: prime riflessioni*, ivi, 648 ss.

(almeno nella prima fase di risposta emergenziale alla pandemia) in ordine alla inevitabile prevalenza del diritto e dell'interesse fondamentali tutelati dall'art. 32 Cost.<sup>6</sup>, pur sempre nel rispetto delle specifiche garanzie costituzionali riconosciute per i singoli diritti "limitati"<sup>7</sup>. Anzi, forse proprio dalla riferibilità della (pari) fundamentalità tanto al diritto quanto all'interesse della collettività possono trarsi conseguenze sul carattere necessario dell'intervento della Repubblica per tutelare il bene salute, contemperando i due profili (individuale e collettivo) indicati con chiarezza nella disposizione costituzionale<sup>8</sup>. L'inerzia dei pubblici poteri, insomma, non sarebbe una strada percorribile nell'ottica costituzionale. D'altra parte, va evidenziato altresì che le misure emergenziali volte a contrastare la diffusione del virus non possono debordare in illegittimi interventi lesivi della salute individuale<sup>9</sup>.

Per chi scrive, si potrebbe allora essere in presenza di una rivincita (ottenuta purtroppo a caro prezzo) della fundamentalità che sembrava perduta. Accompagnata però da una considerazione che è insieme amara e perplessa: sono forse le dimensioni, spaziali e personali, della diffusione del pericolo per la salute individuale a determinare l'orientamento dell'attività ermeneutica e di quella normativa? La salute è destinata a tornare fondamentale esclusivamente quando vi è il rischio di un contagio di dimensione nazionale (in un contesto pandemico), mentre può non esserlo quando lo stesso problema riguardi "solo" una collettività regionale o locale?

Se la questione dovesse seguire questo andamento interpretativo carsico, i motivi per essere tranquilli non sarebbero in verità molti.

---

<sup>6</sup> Emblematico di tale atteggiamento il decreto presidenziale della III sezione del Consiglio di Stato del 30 marzo 2020 (n. 02825/2020 reg. ric.), dove si afferma: «[...] In tale quadro, per la prima volta dal dopoguerra, si sono definite ed applicate disposizioni fortemente compressive di diritti anche fondamentali della persona - dal libero movimento, al lavoro, alla *privacy* - in nome di un valore di ancor più primario e generale rango costituzionale, la salute pubblica, e cioè la salute della generalità dei cittadini, messa in pericolo dalla permanenza di comportamenti individuali (pur pienamente riconosciuti in via ordinaria dall'Ordinamento, ma) potenzialmente tali da diffondere il contagio, secondo le evidenze scientifiche e le tragiche statistiche del periodo; [...] Per queste ragioni, la gravità del danno individuale non può condurre a derogare, limitare, comprimere la *primaria esigenza di cautela avanzata nell'interesse della collettività, corrispondente ad un interesse nazionale dell'Italia oggi non superabile in alcun modo*» (corsivi aggiunti).

Sulla proiezione solidaristica del diritto alla salute e sul "valore superiore" che assume l'interesse della collettività alla salute in situazioni di gravissima emergenza sanitaria, in grado di giustificare severe limitazioni ai diritti costituzionali, M. NOCCELLI, *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 13 marzo 2020.

<sup>7</sup> Come osservato da F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 22 aprile 2020, 5, «ritenere che la tutela della salute giustifichi l'introduzione di limitazioni agli altri diritti costituzionali» non significa «negare che la Costituzione imponga comunque l'osservanza di garanzie procedurali», dal momento che «le garanzie, laddove un singolo comportamento o un singolo atto violino una pluralità di diritti di libertà, si sommano e si integrano a vicenda».

<sup>8</sup> Ve n'è traccia, ad esempio, nelle considerazioni di B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), n. 6/2020, 18 marzo 2020, V, il quale, nell'evidenziare il necessario contemperamento tra la dimensione individuale e quella collettiva del diritto alla salute ex art. 32 Cost., sottolinea come, «facendo riferimento ad uno schema di ragionamento che deriva dai testi costituzionali europei, [...] questo necessario bilanciamento costituisce un tratto che definisce, ai sensi dell'art. 4, comma 2, TUE, l'identità nazionale italiana, non rendendo possibili soluzioni drastiche di deliberato scarso controllo sulla diffusione del virus, come quelle che sembravano profilarsi per il Regno Unito» (corsivo aggiunto).

<sup>9</sup> Segnala incidentalmente A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti Regionali* ([www.dirittiregionali.it](http://www.dirittiregionali.it)), 1/2020, 524 e s., come, tra le «reali e ineludibili» esigenze perseguite dai provvedimenti che hanno introdotto misure di contenimento del contagio, vi sia anche quella di «contemperare interessi vari e confliggenti (tra cui la salvaguardia delle attività produttive, dell'iniziativa economica, del diritto allo studio e della stessa salute di singoli individui, che potrebbe essere compromessa dalle misure dirette a combattere la diffusione del Covid-19)» (corsivo aggiunto).



## 2. Alla ricerca della rilevanza pratica della fundamentalità

Il limitato uso dell'aggettivo fondamentale nella Carta costituzionale conduce a ritenere, con la dottrina più avvertita, che l'utilizzo di tale qualificazione nell'art. 32 sia volto a «rafforzare ed elevare la garanzia» predisposta per la salute<sup>10</sup>.

Tuttavia, non è altrettanto immediato individuare quale siano le conseguenze di tale “rafforzamento”: quale sia, insomma, la rilevanza pratica della fundamentalità in un'interpretazione sistematica delle norme costituzionali sui diritti.

In proposito, credo occorra prendere le mosse da tre sintetiche considerazioni.

Anzitutto, la fundamentalità non rappresenta, nell'ordinamento costituzionale italiano, la categoria riassuntiva dei diritti costituzionali, dal momento che l'art. 2 della Costituzione, diversamente da quanto rinvenibile in altri testi costituzionali e nelle carte internazionali del secondo dopoguerra, ha preferito ricorrere alla categoria dell'inviolabilità per individuare il tratto unificante dei diritti dell'uomo.

Senza entrare nel merito del dibattito sul carattere aperto o chiuso di tale clausola<sup>11</sup>, non credo possa disconoscersi che il linguaggio costituzionale dell'art. 2 abbia carattere significativo: intenda, cioè, significare una precisa scelta di differenziazione lessicale operata in Assemblea costituente.

Se ci si pone nella prospettiva di valorizzare e non sminuire le formulazioni costituzionali, ne consegue – ed è questa la seconda considerazione – che inviolabilità e fundamentalità non possono considerarsi qualificazioni equivalenti tra di loro<sup>12</sup> e che nessuna delle due, per altro verso, può coincidere con l'assolutezza di un diritto.

L'assolutezza, infatti, attiene pacificamente alla struttura dei diritti soggettivi, alla loro opponibilità *erga omnes*, e non discende quindi necessariamente dal riconoscimento costituzionale della posizione giuridica soggettiva. L'inviolabilità, invece, accompagna la costituzionalizzazione di un diritto: secondo l'opinione che pare più convincente, essa offre maggiore “protezione” e “stabilità” ad alcune situazioni giuridiche soggettive (già in principio “protette” dalla rigidità costituzionale) nei confronti dell'esercizio del potere di revisione costituzionale, assicurando quindi una garanzia “aggiuntiva” anche verso possibili intrusioni liberticide da parte del detentore della potestà normativa più penetrante<sup>13</sup>. La distinzione non esclude, peraltro, che il diritto *fondamentale* alla salute sia al contempo anche *inviolabile*: al contrario, tale diritto condivide con gli altri diritti dell'uomo la speciale protezione dell'inviolabilità intesa (quantomeno) come necessaria permanenza nel novero dei diritti costituzionali (e dunque come *garanzia di esistenza*)<sup>14</sup> assicurata

<sup>10</sup> Così M. LUCIANI, voce *Salute*, I) *Diritto alla salute-dir. cost.*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 4.

<sup>11</sup> Su tale dibattito v. da ultimo P. RIDOLA, *Il principio libertà nello Stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Torino, 2018, 188 ss., al quale si rinvia anche per l'analisi delle diverse interpretazioni della categoria dell'inviolabilità; sullo stesso tema cfr. altresì L. PIROZZI, *Aspetti costituzionalistici dei “nuovi diritti”*, Roma, 2007, 21 ss.

<sup>12</sup> Ma in senso contrario, se si intende correttamente, M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. soc.*, 1980, 774, nonché C. BOTTARI, *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, Milano, 1991, 23. La distinzione tra inviolabilità e fundamentalità è invece accolta da C. PINELLI, *Diritto pubblico*, Bologna, 2018, 370, il quale, tuttavia, dopo aver rilevato che l'inviolabilità «non ci dice molto sui rapporti intercorrenti tra i diritti», soprattutto all'interno dei cataloghi costituzionali, ritiene giustificato proprio per tale ragione il fatto che, «nonostante la Costituzione la impieghi solo in riferimento al diritto alla salute (art. 32), molti giuristi preferiscano da tempo ricorrere alla locuzione “diritti fondamentali” in luogo di “diritti inviolabili”, pur volendo sempre designare i diritti costituzionalmente garantiti». Da qui anche l'ulteriore considerazione dell'A. per la quale la locuzione “diritti fondamentali” ne presupporrebbe (sempre) l'inviolabilità.

<sup>13</sup> Sulla nozione di inviolabilità v., per tutti, P. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, 145, nonché Id., *Inviolabilità dei diritti*, in *Enc. dir.*, XXII, 1972, 712 ss., spec. 727 s.

<sup>14</sup> Sulla distinzione tra “garanzia di esistenza” e “garanzia di contenuto” dei diritti inviolabili, v. ancora P. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, cit., 176. Secondo tale impostazione, il

dall'art. 2 Cost. Non è la fundamentalità del diritto alla salute, insomma, a determinare il suo essere altresì assoluto e inviolabile. Seguendo una simile impostazione si finirebbe, infatti, per negare che tali caratteri (assolutezza e inviolabilità) siano propri anche di altri diritti costituzionalmente garantiti, benché questi ultimi non siano dalla Carta qualificati come fondamentali: conseguenza che appare, ovviamente, inaccettabile.

La terza e ultima considerazione, che precede logicamente ogni ricerca dedicata alla rilevanza pratica della fundamentalità, riguarda la necessità di impegnarsi nella individuazione dell'autonomo significato attribuibile alla previsione dell'art. 32 Cost.

Una volta accettata la non equivalenza di significato, nel contesto della Costituzione, tra gli aggettivi *fondamentale* e *inviolabile*, occorre evitare la trappola dell'insignificante normativo, rinunciando a ricostruire un senso normativo proprio della qualificazione in esame. Si è sostenuto, ad esempio, che «il fatto che la salute sia un “diritto fondamentale” non rileva, giuridicamente, poiché ciò non offre alcun chiarimento in ordine alla consistenza di una situazione giuridica soggettiva (diritto soggettivo, interesse legittimo) comunque da “verificare”»<sup>15</sup>. Ora, non c'è dubbio che la fundamentalità nulla possa predicare sulla situazione giuridica di diritto soggettivo o di interesse legittimo: ma a ben guardare l'“irrelevanza” rispetto a tale profilo non implica affatto una irrilevanza giuridica della qualificazione sotto ogni altro profilo. Questo genere di impostazione, in altre parole, sembra confondere l'aspetto della fundamentalità, che definisce uno specifico regime costituzionale del diritto alla salute, con la struttura del diritto e, conseguentemente, con la posizione soggettiva con la quale esso si identifica in sede di tutela giurisdizionale.

Le considerazioni appena svolte rafforzano, allora, la preferibilità di quell'approccio ermeneutico che nella ricostruzione del sistema dei diritti costituzionali si propone di valorizzare, sempre e al massimo grado, le formulazioni contenute nella Carta. Debbono pertanto essere queste ultime e il loro tenore letterale a rappresentare il dato di partenza da cui muovere nell'interpretazione, se si vuole evitare il rischio di soggettive precomprensioni del fenomeno normativo e arbitrarie svalutazioni delle scelte operate dal Costituente: scelte il cui più immediato precipitato, è appena il caso di sottolinearlo, va rinvenuto proprio nell'utilizzo cosciente e non casuale di determinate parole.

In questa direzione continua a offrire un valido punto di riferimento quella tesi che individua la rilevanza della fundamentalità, espressamente assegnata al diritto alla salute, nel suo essere un criterio per la risoluzione delle antinomie di natura, per così dire, intercostituzionale: quando cioè si manifesti un contrasto tra la tutela del diritto alla salute e quella di altri diritti di pari rango costituzionale e tale contrasto non possa essere risolto attraverso il criterio di specialità per mancanza di un'esplicita previsione in tal senso<sup>16</sup>.

---

richiamo contenuto nell'art. 2 Cost. comporta un irrigidimento della disciplina costituzionale dei rispettivi diritti, che dovrebbe proteggere contro il rischio dell'abrogazione non dello specifico contenuto costituzionale inerente a ciascuno di essi (che anzi è «variamente modificabile a seconda delle possibili future esigenze»), ma più semplicemente «della loro simultanea compresenza in Costituzione», da cui deriva «come risultante una determinata strutturazione del fondamentale rapporto dialettico fra autorità e libertà» (*ivi*, 158 s.). Per una diversa lettura dell'inviolabilità, che sottolinea la necessità di «coniugare l'attenzione al testo con la sensibilità al contesto», considerando che «ampiezza e contenuto della inviolabilità dei diritti sono condizionati dalla loro “sistemazione” nel quadro costituzionale, ma quest'ultima è, a sua volta, non il prodotto di astratte costruzioni dogmatiche ma dell'ispirazione della costituzione e delle sottostanti tavole di valori materiali», v. ancora P. RIDOLA, *Il principio libertà nello Stato costituzionale*, cit., 192 s.

<sup>15</sup> Così L. PRINCIPATO, *Il diritto costituzionale alla salute: molteplici facoltà più o meno disponibili da parte del legislatore o differenti situazioni giuridiche soggettive*, in *Giur. cost.*, 1999, 2512-2513. In senso analogo v. F. BASSI, *Lesione del diritto alla salute e responsabilità della p.a.*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, I, Padova, 1998, 350 e 354.

<sup>16</sup> Così P. GROSSI, *Diritti fondamentali e diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, in *Id.*, *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, II ed., Padova, 2008, 2, che nota, a tale proposito, come, nel caso di antinomia tra due o più diritti o principi costituzionali, non sia possibile applicare né il criterio cronologico, trattandosi di un conflitto tra

In tali ipotesi, la prescrizione della fundamentalità si pone come «un ulteriore ed incontestabile strumento che agevola lo studioso e l'operatore pratico» nell'affrontare il problema del superamento delle antinomie: «sembra, infatti, evidente che la contraddizione fra due principii o fra un principio ed una regola o fra due regole non possa che superarsi in favore di quello o di quella che risulti testualmente – e non secondo la simpatia dell'interprete – chiamata fondamentale rispetto all'altro od all'altra, che, privi di una tale qualificazione, sono evidentemente nei loro confronti da considerarsi secondari»<sup>17</sup>. Dunque, seguendo tale interpretazione del carattere fondamentale del diritto alla salute, quest'ultimo assume una sorta di "prevalenza" nei confronti di altri diritti che – pur essendo costituzionalmente garantiti – siano al contempo privi della qualificazione in questione.

Peraltro, la prevalenza di cui si parla non implica alcun automatismo: resta compito dell'interprete, anche ricorrendo a questo elemento ermeneutico che arricchisce la sua "cassetta degli attrezzi" e statuisce una precedenza logica rispetto ad altri diritti che non sono qualificati come fondamentali, ricostruire nelle diverse circostanze gli effetti concreti di siffatta prevalenza; ciò che sembra precluso all'interprete, però, è *negare* che tale prevalenza sussista e dissolverla nella generica e indistinta affermazione di una comune fundamentalità di tutti i diritti costituzionali.

Discorso analogo può essere svolto con riferimento all'interesse della collettività alla salute: anche tale interesse, al pari del corrispondente diritto dell'individuo, deve ritenersi fondamentale, come già accennato<sup>18</sup>.

Ovviamente, la pari fundamentalità (del diritto e dell'interesse) non offre alcun ausilio interpretativo nei casi in cui entrino in reciproca tensione le due dimensioni (individuale e collettiva) tutelate nell'art. 32 Cost.: la fundamentalità smarrisce infatti la sua valenza risolutiva quando il contrasto si pone tra posizioni che beneficiano entrambe di tale qualifica. È la stessa Costituzione, d'altra parte, ad indicare questo effetto reciprocamente "neutralizzante". Ad esempio, il diritto alla salute non prevale sempre e in assoluto sull'interesse della collettività alla salute, poiché quest'ultimo può giustificare un trattamento sanitario obbligatorio, pur con le garanzie ed i limiti indicati nella stessa disposizione costituzionale. Ma l'interesse della collettività alla salute non potrà mai arrivare a funzionalizzare il godimento del diritto individuale, che deve conservare il suo profilo di libertà rispetto alla cura ed alle scelte terapeutiche. In un certo senso, e in modo corrispondente all'ordine in cui l'art. 32 Cost. menziona (prima) il diritto dell'individuo e (poi) l'interesse della collettività, la tutela del diritto rappresenta la "regola", quella dell'interesse della collettività – nel caso in cui comprima la libertà del singolo rispetto alla salute individuale ed entri quindi in "contrasto" con essa – si configura come l'"eccezione"<sup>19</sup>.

Il significato della fundamentalità torna invece ad avere un ruolo interpretativo autonomo

---

norme «comprese e compresenti nello stesso testo costituzionale», né quello gerarchico, dal momento che l'antinomia si riferisce a norme dotate di pari forza formale.

<sup>17</sup> Cfr. ancora P. GROSSI, *Diritti fondamentali e diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, cit., 4.

<sup>18</sup> V. *supra* § 1. Può aggiungersi che anche l'elemento testuale depone a favore di tale interpretazione, stante la formulazione dell'art. 32, comma 1 (che premette l'aggettivo ad entrambi). Tuttavia, essa non trova inequivoca conferma nei lavori preparatori dell'art. 32 in seno all'Assemblea costituente. L'art. 26 del Progetto presentato all'Assemblea costituente (da cui sarebbe poi derivato il vigente art. 32 Cost.) non conteneva alcun riferimento al carattere della fundamentalità; questo venne introdotto nel testo discusso e poi approvato in seno all'Assemblea nella seduta del 24 aprile 1947 (v. l'emendamento dell'on. CARONIA, in CAMERA DEI DEPUTATI-SEGRETARIATO GENERALE, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori*, II, Roma, 1970, 1214) con riferimento solo al diritto dell'individuo, mentre l'interesse della collettività era qualificato «generale».

<sup>19</sup> Evidenziarono la sussistenza di un rapporto da regola a eccezione nella disciplina costituzionale sulla tutela del diritto alla salute e del correlato interesse della collettività, L. CARLASSARE, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in R. Alessi (a cura di), *L'amministrazione sanitaria*, Vicenza, 1967, 110 s., nonché D. VINCENZI AMATO, *Art. 32, 2° comma*, in G. Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1976, 174 s.

quando l'antinomia si manifesti tra più interessi parimenti costituzionali. Da questo punto di vista, infatti, il carattere "fondamentale" dell'interesse collettivo alla salute ne determina la prevalenza su altri interessi della collettività, pur costituzionalmente garantiti, che dovessero di volta in volta porsi in contrasto con esso; tale prevalenza dovrebbe costituire un "vincolo di preferenza" per il legislatore ed un parametro di cui tener conto nel sindacato di costituzionalità.

### *3. La giurisprudenza costituzionale sul caso ILVA: la fundamentalità tamquam non esset*

La linea interpretativa appena esposta non ha tuttavia trovato il conforto della giurisprudenza costituzionale. Al contrario, in almeno un paio di decisioni adottate nell'ultimo decennio, la Corte costituzionale ha radicalmente smentito ogni rilevanza pratica della fundamentalità predicata nell'art. 32 Cost.

Si tratta, come già ricordato, delle pronunce, intervenute a distanza di circa cinque anni l'una dall'altra, aventi a oggetto la disciplina introdotta in via d'urgenza dal Governo – rispettivamente, nel 2012 e nel 2015 – per far fronte, tra l'altro, alla crisi dell'impianto siderurgico ex ILVA di Taranto (successivamente confluito in Arcelor Mittal Italia) considerato quale stabilimento industriale di interesse strategico nazionale<sup>20</sup>. Le misure previste si proponevano di "contemperare" il mantenimento dei livelli occupazionali nell'area tarantina, e dunque il lavoro e l'attività d'impresa, con le esigenze di tutela della salubrità dell'ambiente, della sicurezza e della salute dei lavoratori, in un contesto nel quale risultava via via sempre più acclarata la sussistenza di un nesso di causalità tra l'esposizione ambientale alle sostanze cancerogene inalabili prodotte dallo stabilimento ILVA e l'insorgenza di patologie oncologiche.

Gli interventi introdotti in questi (e in altri)<sup>21</sup> decreti c.d. salva ILVA, quindi, erano destinati a incidere su una pluralità di diritti costituzionali: non ultimo, ma purtroppo lasciato "sullo sfondo", quello alla salute degli abitanti delle zone adiacenti l'area siderurgica, anche qualora non direttamente impegnati nei processi produttivi. Aspetto, quest'ultimo, che troverà un chiaro riconoscimento giurisdizionale solo nel gennaio 2019, quando la Corte europea dei diritti dell'uomo condannerà l'Italia per violazione degli artt. 8 e 13 della Cedu, stante l'incapacità delle autorità nazionali di adottare tutte le misure necessarie per ridurre l'inquinamento ambientale ed assicurare la protezione effettiva della salute e del benessere di tutta la popolazione residente<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Le questioni di legittimità avevano ad oggetto alcune previsioni contenute, rispettivamente, nel d.-l. n. 207/2012 (recante disposizioni urgenti a tutela della salute, dell'ambiente e dei livelli di occupazione, in caso di crisi di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale), convertito, con modificazioni, in l. n. 231/2012, e nel d.-l. n. 92/2015 (recante misure urgenti in materia di rifiuti e di autorizzazione integrata ambientale, nonché per l'esercizio dell'attività d'impresa di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale), non convertito in legge ma sostanzialmente "salvato", nei suoi effetti, almeno parzialmente, dalla l. n. 132/2015 (di conversione di altro decreto).

<sup>21</sup> I decreti legge oggetto delle due pronunce della Corte non rappresentano infatti gli unici provvedimenti normativi adottati per far fronte alla crisi dello stabilimento tarantino: per una accurata disamina della disciplina adottata a partire dal 2012 e del relativo contenzioso, nonché per ulteriori riferimenti bibliografici, cfr. A. GIURICKOVIC DATO, *Il bilanciamento tra principi costituzionali e la nuova dialettica tra interessi alla luce della riforma Madia. Riflessioni in margine al 'caso Ilva'*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 12/2019, 19 giugno 2019.

<sup>22</sup> Corte EDU, sez. I, 24 gennaio 2019, *Cordella e altri c. Italia*. Sulla decisione v. C. LUZZI, *Il "caso Ilva" nel dialogo tra le Corti (osservazioni a margine della sentenza Cordella e altri c. Italia della Corte EDU)*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), Studi, 2019/II, 336, nonché S. ZIRULIA, *Ambiente e diritti umani nella sentenza della Corte di Strasburgo sul caso ILVA*, in *Diritto penale contemporaneo* ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)), 3/2019, 135 ss., S. FILIPPI, *ILVA: la Corte EDU condanna l'Italia per violazione degli art. 8 e 13 della Convenzione*, in *Diritti Comparati* ([www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it)), 28 gennaio 2019, S. CARRER, *Le armi spuntate dell'Italia contro l'inquinamento: la condanna della Corte EDU nel caso Ilva (Cordella ed altri c. Italia)*, in *Giurisprudenza Penale* ([www.giurisprudenzapenale.com/](http://www.giurisprudenzapenale.com/)), 2019, 2.

Sul piano interno, le citate sentenze della Corte costituzionale, come già accennato, pervengono a esiti opposti: con la sent. n. 85/2013 la Corte considera infondata la questione di legittimità costituzionale prospettata dal giudice remittente; con la sent. n. 58/2018, invece, si dichiara l'illegittimità costituzionale delle norme scrutinate. In entrambi i casi il giudizio si incentra sul bilanciamento operato dal legislatore: nel primo di essi, la Corte perviene a riconoscerne la ragionevolezza, ritenendolo un intervento che mira a «scongiurare una gravissima crisi occupazionale», in una fase di recessione economica nazionale ed internazionale, «senza tuttavia sottovalutare la grave compromissione della salubrità dell'ambiente e quindi della salute delle popolazioni presenti nelle zone limitrofe»<sup>23</sup>; nell'altro caso, invece, viene ravvisato il carattere irragionevole e sproporzionato dell'atto normativo esaminato, dal momento che il legislatore non ha tenuto «in adeguata considerazione le esigenze di tutela della salute, sicurezza e incolumità dei lavoratori, a fronte di situazioni che espongono questi ultimi a rischio della stessa vita»<sup>24</sup>. È la stessa Corte ad enfatizzare, nella sent. n. 58/2018, la diversità delle due scelte legislative, sottolineando come, «a differenza di quanto avvenuto nel 2012», il legislatore del 2015 abbia «finito col privilegiare in modo eccessivo l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva, trascurando del tutto le esigenze di diritti costituzionali inviolabili legati alla tutela della salute e della vita stessa (artt. 2 e 32 Cost.), cui deve ritenersi inscindibilmente connesso il diritto al lavoro in ambiente sicuro e non pericoloso (art. 4 e 35 Cost.)».

E tuttavia, indipendentemente dalla soluzione adottata e dal giudizio espresso sul bilanciamento operato dal legislatore, le pronunce della Corte condividono un tratto comune, che è quello che più interessa in questa sede: la svalutazione del carattere della fundamentalità contenuto nell'art. 32 Cost.

Nella prima decisione tale approccio è argomentato e scandagliato in profondità (in particolare, nel punto 9 delle considerazioni in diritto), anche per la necessità di rispondere ad una specifica interpretazione proposta dal giudice *a quo*; nella sent. n. 58/2018, invece, il richiamo alle argomentazioni della sent. 85/2013, per quanto esplicito, è sintetico: la Corte, pur omettendo di ribadire la netta posizione svalutativa nei confronti della fundamentalità formulata nella pronuncia del 2013, ne ripropone comunque la sostanziale validità, senza prenderne le distanze. L'impostazione interpretativa pare confermata, *a contrario*, anche dall'utilizzo che la Corte fa dell'aggettivo fondamentale nella stessa sent. n. 58/2018, laddove, riferendosi alla tutela della salute, alla tutela della vita ed al diritto al lavoro in ambiente sicuro, evidenzia come «il sacrificio *di tali fondamentali valori tutelati dalla Costituzione* porta a ritenere che la normativa impugnata non rispetti i limiti che la Costituzione impone all'attività d'impresa la quale, ai sensi dell'art. 41 Cost., si deve esplicitare sempre in modo da non recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» (corsivo aggiunto). Tutti beni giuridici fondamentali, dunque, parimenti fondamentali (e tutti qualificati come valori, peraltro).

---

<sup>23</sup> Così Corte cost., sent. n. 85/2013. Considerazioni analoghe sono svolte nella sent. n. 182/2017, in cui la Corte costituzionale, nel pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di alcune norme del d.-l. n. 98/2016, ribadisce che anche tale intervento normativo (al pari dei precedenti provvedimenti aventi ad oggetto lo stabilimento ILVA di Taranto) risponde alla *ratio* «di realizzare un ragionevole bilanciamento tra una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti: da un lato, l'interesse nazionale alla prosecuzione dell'attività di uno stabilimento avente natura strategica e il mantenimento dei livelli occupazionali; dall'altro, l'interesse a che l'attività produttiva prosegua nel rispetto dell'ambiente circostante e della salute degli individui».

<sup>24</sup> Così Corte cost., sent. n. 58/2018. Sulla decisione cfr. S. FREGA, *L'Ilva di Taranto di nuovo di fronte alla Corte costituzionale (osservazioni alla sentenza n. 58 del 2018)*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), Studi, 2018/II, 468 ss., G. AMENDOLA, *Ilva e il diritto alla salute. La Corte costituzionale ci ripensa?*, in *Questione Giustizia* ([www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it)), 10 aprile 2018, nonché, con condivisibili notazioni critiche sull'espansione della tecnica del bilanciamento rispetto alle scelte di "preferenza" già operate nella Costituzione, E. AFFANNATO, *L'ILVA di Taranto dinanzi a un nuovo bilanciamento tra diritti*, in *ISSIRFA* (<http://www.issirfa.cnr.it/>), giugno 2018.

#### *4. Sistema costituzionale dei diritti, primarietà e fundamentalità*

Come appena osservato, è nella sent. n. 85/2013 che la Corte afferma in modo *tranchant* il carattere non divisibile dell'assunto del giudice remittente «secondo cui l'aggettivo "fondamentale", contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un "carattere preminente" del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona».

Nel respingere le censure di legittimità prospettate anche in relazione al parametro dell'art. 32 Cost., la Corte afferma che la «*ratio* della disciplina censurata consiste nella realizzazione di un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute (art. 32 Cost.), da cui deriva il diritto all'ambiente salubre, e al lavoro (art. 4 Cost.), da cui deriva l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso». La scelta del legislatore sarebbe idonea, secondo la pronuncia, a esprimere un bilanciamento non illegittimo perché garantirebbe un equilibrio tra valori (interessi e diritti) costituzionalmente tutelati rispondente ai criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, senza sacrificarne il rispettivo "nucleo essenziale".

Due i principali argomenti utilizzati dalla Corte per arrivare a tale conclusione.

Il primo fa leva sull'idea che i diritti costituzionali «si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri». Sviluppando un iter argomentativo già abbozzato in precedenti pronunce, la Corte osserva che la tutela dei diritti costituzionali deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro». E aggiunge: «se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona».

Il secondo argomento si incentra sul carattere pluralista della Costituzione italiana, che «richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi»: bilanciamento rimesso al legislatore e ovviamente sottoposto al giudizio della stessa Corte in sede di controllo.

Nella prospettiva della sentenza, i due argomenti consentirebbero, da un lato, di respingere l'assunto che l'aggettivo «fondamentale», contenuto nell'art. 32 Cost., sia rivelatore di un «carattere preminente» del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona; dall'altro, che la definizione dell'ambiente e della salute come «valori primari» implichi una rigida gerarchia tra diritti fondamentali. La qualificazione come «primari» dei valori dell'ambiente e della salute starebbe a significare infatti «che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto»<sup>25</sup>. Cosicché, come già anticipato, occorre trovare di volta in volta un «punto di equilibrio» che per sua natura non può non essere che «dinamico e non prefissato in anticipo»: equilibrio che «deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale»<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Sulla «primarietà» dei valori costituzionali che «non legittima un primato assoluto in una ipotetica scala gerarchica dei valori costituzionali, ma origina la necessità che essi debbano sempre essere presi in considerazione nei concreti bilanciamenti operati dal legislatore ordinario e dalle pubbliche amministrazioni» v. già, con riferimento all'ambiente e alla tutela del paesaggio, tra le altre, Corte cost., sent. n. 196/2004.

<sup>26</sup> La Corte giunge quindi ad affermare, sulla base di tali premesse, che la disciplina legislativa sull'autorizzazione integrata ambientale (AIA), quale strumento per l'individuazione «del punto di equilibrio in ordine all'accettabilità e alla

Le riportate affermazioni contenute nella sent. n. 85/2013 si prestano ad alcune brevi considerazioni critiche.

Anzitutto, nell'osservare che «*tutti i diritti fondamentali* tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca» (corsivo aggiunto), si manifesta *in re ipsa*, ancora una volta, la totale irrilevanza della specifica fundamentalità contemplata nell'art. 32 Cost.: è evidente, infatti, che se il Giudice delle leggi definisce *tutti* i diritti costituzionali come fondamentali, tanto più in una pronuncia il cui iter argomentativo smentisce seccamente un'ordinanza di rimessione che tentava invece di far valere la peculiare fundamentalità del diritto alla salute, allora vuol dire che per quest'ultima non vi è proprio modo di ottenere rilievo.

Ma tralasciando questo profilo, se si vuole formale o terminologico, la Corte afferma poi che i diritti, per così dire, formano "sistema" e che nessun diritto può risultare prevalente in via assoluta – e soprattutto, deve aggiungersi, in via astratta – sugli altri diritti, parimenti costituzionali.

Ora, non v'è dubbio che l'idea che i diritti costituzionali costituiscano un sistema sia senz'altro condivisibile. Anzi, a tale riguardo può aggiungersi che è proprio il riconoscimento del sistema dei diritti costituzionali a sorreggere la citata tesi della inviolabilità *ex art. 2 Cost.* come *garanzia di esistenza* di essi. Inoltre, proprio la nozione di sistema consente di ricostruire il reciproco atteggiarsi dei diritti costituzionali per definirne il contenuto di ciascuno, le distinte facoltà che vi si ricollegano, gli specifici limiti a esso apportionabili e le garanzie che lo presidiano<sup>27</sup>.

Non vi è però ragione di ritenere che tale visione sistemica debba offuscare il carattere della fundamentalità utilizzato nell'art. 32 fino a privarlo di significato. Come già accennato, infatti, riconoscere un qualche effetto normativo a tale qualificazione non determina necessariamente l'automatica e schiacciante prevalenza della salute su qualunque altra posizione giuridica tutelata nella Costituzione (in qualunque tempo, in qualunque contesto, in qualsivoglia bilanciamento); quel che ne deriva, piuttosto, è il vincolo per l'interprete, a partire dal legislatore, di mettere a punto bilanciamenti in grado di perseguire altri interessi costituzionalmente tutelati senza incidere in modo dannoso sulla salute delle persone. La fundamentalità non esclude quindi una valutazione sulla ragionevolezza e sulla proporzionalità del bilanciamento effettuato dal legislatore: al contrario, potrebbe fornire a tale "impalpabile" valutazione una qualche forma di sicuro ancoraggio nell'argomentazione, con l'auspicio di una più ponderata decisione in tutti i casi in cui essa sia destinata ad avere conseguenze sul benessere psicofisico e sulla speranza di sopravvivenza degli individui e delle collettività.

Allo stesso tempo, non può non meravigliare l'estrema elasticità che nella giurisprudenza costituzionale caratterizza il concetto di primarietà riferito ai diritti costituzionali, se solo si consideri

---

gestione dei rischi che derivano dall'attività oggetto dell'autorizzazione», assicurati «un non irragionevole bilanciamento tra i principi della tutela della salute e dell'occupazione» e non sia quindi orientata – come invece sostenuto dal giudice *a quo* – «al totale annientamento del primo». Sui limiti alla "sindacabilità" di tale bilanciamento da parte dei giudici (e della stessa Corte) si rinvia al commento di V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 2013*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 3/2013, 1 ss., nonché in *Giur. cost.*, 2013, 1494 ss.; sulla decisione, sempre in *Giur. cost.*, 2013, cfr. D. PULITANO, *Giudici tarantini e Corte costituzionale davanti alla prima legge ILVA*, 1498 ss., R. BIN, *Giurisdizione e amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza "Ilva"*, ivi, 1505 ss., e G. SERENO, *Alcune discutibili affermazioni della Corte sulle leggi in luogo di provvedimento*, ivi, 1511 ss.; v. anche L. GENINATTI SATÈ, *"Caso Ilva": la tutela dell'ambiente attraverso la rivalutazione del carattere formale del diritto (una prima lettura di Corte cost., sent. n. 85/2013)*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 16 maggio 2013, e M. BONI, *La politiche pubbliche dell'emergenza tra bilanciamento e «ragionevole» compressione dei diritti: brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva (n. 85/2013)*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 3/2014, 5 febbraio 2014.

<sup>27</sup> Sulle conseguenze di una lettura sistemica dei diritti costituzionali sia consentito rinviare a D. MORANA, *Alcune considerazioni sui rapporti tra le libertà costituzionali: strumentalità, specialità, integrazione*, in AA.VV., *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, a cura di A. D'Atena, Milano, 2012, 941 ss.

che nella sent. n. 88/1979 – unanimemente considerata la pronuncia che avvia, finalmente e tardivamente, il pieno riconoscimento del diritto alla salute nell'ordinamento italiano – è proprio facendo leva su tale carattere che la Corte fa uscire il diritto alla salute dal limbo della programmaticità e ne afferma la sicura valenza orizzontale. In quella pronuncia, infatti, sulla base del riconoscimento che la salute è tutelata dall'art. 32 Cost. «non solo come interesse della collettività, ma anche e *soprattutto* come diritto fondamentale dell'individuo», ha affermato che quest'ultimo «si configura come un diritto primario ed assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati [...] da ricomprendere tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione».

Infine, e a margine delle considerazioni svolte, va osservato che il carattere della fundamentalità qualifica anche i *principi* dei primi dodici articoli della Costituzione. E ciò solleva l'interrogativo se la fundamentalità di tali *principi* si riverberi anche sui *diritti* riconosciuti in alcune di quelle disposizioni, come avviene, ad esempio, per il diritto al lavoro affermato nell'art. 4 Cost.<sup>28</sup>. Ossia, proprio uno di quei diritti che giustificherebbero, ad avviso della Corte, la soccombenza del bene salute rispetto all'esigenza occupazionale e produttiva nell'area tarantina. Le pronunce sugli atti normativi riguardanti l'ILVA avrebbero potuto rappresentare l'occasione per affrontare e fornire una risposta a tale interrogativo; occasione evidentemente non colta, dal momento che questo aspetto non trova alcuno spazio nell'argomentazione sviluppata dalla Corte.

In definitiva, qualificando *tutti* i diritti (o valori) come fondamentali, si segue una strada che mette integralmente tra parentesi il dato letterale dell'art. 32 Cost. e ci si muove, pertanto, verso una nozione di fundamentalità che appare sganciata dal lessico utilizzato dalla Costituzione repubblicana.

---

<sup>28</sup> Tale interrogativo può essere formulato solo se si ritenga che *principi* e *diritti* non siano la stessa cosa e che la "durezza" delle singole posizioni giuridiche soggettive non si appiattisca sulla portata generale delle norme che li riconoscono: non coincida cioè con quelle norme a spettro più ampio che, in una considerazione necessariamente relazionale della nozione di principio (rispetto alle norme che principio non sono), siano veicolo di veri e propri diritti soggettivi. Su tale aspetto si rinvia a A. D'ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale*, IV ed., Torino, 2018, 19 ss.





VINCENZO SCIARABBA

## Le misure locali di contrasto “totale” al gioco d’azzardo in tempo di pandemia nella prospettiva costituzionale

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Misure locali di contrasto alla pandemia e misure di contrasto al gioco d’azzardo: un accostamento contingente, ma forse utile. – 3. La lettura delle misure in questione in termini di contrapposizione di indirizzi politici sul terreno dei diritti e principi fondamentali. – 4. Alcune misure di particolare interesse nella prospettiva costituzionale: quadro di sintesi e considerazioni preliminari. – 5. I divieti di pubblicità e altre misure connesse. – 6. I divieti di messa a disposizione del patrimonio immobiliare dell’Amministrazione e altri divieti connessi. – 7. L’inibizione assoluta di giochi e scommesse nei centri storici o in determinate aree o tipi di edifici (a prescindere dal rispetto delle distanze minime dai luoghi sensibili). – 8. Le agevolazioni e in genere le diversificazioni di trattamento negli ambiti di competenza locale come strumento di contrasto al gioco d’azzardo. – 9. Cenni ricostruttivi circa l’uso di competenze degli enti territoriali per il perseguimento di finalità “politiche”... di tutela e attuazione di diritti e principi fondamentali. – 10. Riflessioni conclusive.

### 1. Introduzione

Il presente studio – dedicato con profonda stima al Prof. Costanzo – prende le mosse proprio da un Suo prezioso suggerimento circa il possibile argomento di un mio intervento a un convegno interdisciplinare che su suo impulso e con la sua regia avrebbe dovuto tenersi a Genova nel mese di maggio 2020 e che, per intuibili ragioni, si è dovuto rimandare.

Per avvicinarci alla tematica, può essere utile notare come proprio le tragiche vicende legate alla (miriade di interventi, o mancati interventi, volti a contrastare la) grave pandemia in corso abbiano riportato allo scoperto anche il problema, o meglio *i* problemi, anzitutto dell’individuazione del “livello territoriale” a cui è corretto (*de iure condito*) e sarebbe più utile (*de iure condendo*) prendere determinate decisioni (in particolare, decisioni che derogano o in vario modo si discostino da discipline generali e “ordinarie”, in nome della tutela di, e al contempo con – veri o presunti – effetti pregiudizievoli su, diritti, libertà e principi “fondamentali” o comunque dotati di un qualche rilievo dal punto di vista costituzionale)<sup>1</sup>; e – anche in relazione a ciò – dei presupposti, dei possibili oggetti, della portata, dei limiti, delle modalità di adozione (anche sotto il profilo, spesso trascurato, delle esigenze di coordinamento “orizzontale” e/o “verticale” con enti politici di pari livello o di livello superiore, ed eventualmente con enti e strutture di natura non politica) delle decisioni prese a livello territoriale, nonché, più in generale, dei rapporti tra misure comunali, misure regionali e decisioni prese a livello nazionale.

Si tratta, naturalmente, di temi classici del diritto costituzionale e degli studi sulla democrazia e/o sul federalismo; e anche il ben più limitato tema posto al centro (o, per certi versi, come punto di partenza) del presente lavoro – dedicato alle misure comunali di contrasto “totale”<sup>2</sup> al gioco d’azzardo – può essere approcciato in una simile, più ampia prospettiva di indagine e riflessione.

---

<sup>1</sup> Il tutto al di là, naturalmente, delle imprescindibili ma non esaustive coordinate direttamente ricavabili dalle riserve di legge (e talora di giurisdizione) e in genere dai precetti contenuti nella Costituzione (ad esempio negli articoli 117, 118 e 120, sotto il profilo “formale” delle competenze istituzionali; e negli articoli 16, 17, 32 e 41 sotto alcuni dei profili “sostanziali” in questo specifico caso rilevanti).

<sup>2</sup> Si rinvia al paragrafo 5 per i necessari chiarimenti sul punto.

## 2. Misure locali di contrasto alla pandemia e misure di contrasto al gioco d'azzardo: un accostamento contingente, ma forse utile

Una vicenda concreta – forse non così casuale e a nostro avviso anzi molto significativa – può essere richiamata allo scopo di “sigillare” icasticamente (ma anche sviluppare tra le righe) questa breve introduzione e al contempo aprire la strada alla successiva trattazione, avvalorando per più versi un accostamento teorico che potrebbe apparire (e per altri versi sicuramente è) alquanto forzato.

La vicenda, che può ricostruirsi in breve attraverso una semplice sequenza di fatti, è questa.

Tra la fine di febbraio e l'inizio del mese di marzo 2020 (tralasciando ovviamente il “sommerso”, ovvero i casi, anche precedenti, non rilevati per assenza di diagnosi) l'epidemia si diffonde, in parte contrastata da alcune misure adottate a vari livelli e in parte favorita (dall'adozione di misure inadeguate o addirittura controproducenti; e soprattutto) dalla mancata adozione (o mancata tempestiva adozione) di altre misure da parte dei soggetti che – soli o in alternativa ad altri – avrebbero potuto/dovuto provvedervi.

Tra le misure *non* adottate *a nessun livello*, fino alla metà del mese di marzo, vi era l'esplicita e generalizzata inibizione del gioco d'azzardo<sup>3</sup>, che, per le modalità attraverso le quali, nelle sue varie forme, legalmente poteva e (allo stato attuale) può svolgersi, con tutta evidenza aumentava (e aumenta) le occasioni di contagio (specie se in mancanza di accorgimenti non sempre adottabili e/o verificabili).

Solo in data 14 marzo 2015, anche a fronte della particolare gravità della situazione a livello locale (e della conseguente diffusione della consapevolezza della necessità di misure di contenimento più efficaci di quelle adottate fino a quel momento a livello nazionale e regionale), il sindaco di Bergamo adottava un'ordinanza<sup>4</sup> che prescriveva la «sospensione immediata di *tutte* le tipologie di gioco lecito che prevedono vincite in denaro (a titolo esemplificativo e non esaustivo new slot gratta e vinci, 10 e lotto)» nelle tabaccherie e in tutti i locali in cui, “nei periodi ordinari”, si svolgono attività miste, inclusi i bar.

Nei giorni successivi provvedimenti identici o simili furono adottati da numerosi altri Comuni – o anche Regioni<sup>5</sup> – in varie parti d'Italia.

---

<sup>3</sup> A livello nazionale, e solo con il d.p.c.m. dell'8 marzo 2020 (*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*), ci si era limitati a sospendere le attività di “sale giochi, sale scommesse e sale bingo”, mentre il successivo d.p.c.m. dell'11 marzo (*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale*), con il quale si sospendevano in generale le attività commerciali al dettaglio, prevedeva espressamente all'articolo 1, n. 1) che restassero aperti i tabaccai. Inidonea al pieno raggiungimento dello scopo (e anche da qui la necessità degli interventi a livello comunale di cui si dirà subito oltre nel testo) sembra essere stata anche la direttiva emessa il 12 marzo 2020 dall'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, indirizzata a tutti i concessionari del gioco pubblico e alle rivendite di generi di monopolio (tabaccai) e richiedente – senza peraltro prevedere (o fare in alcun modo riferimento alla possibilità di) sanzioni per l'ipotesi di mancato allineamento a quanto richiesto – il blocco delle slot machines e la disattivazione di monitor e televisori al fine di impedire la permanenza degli avventori all'interno dei locali per l'attività di gioco.

<sup>4</sup> Comune di Bergamo, ordinanza n. 13 del 14 marzo 2020 (*Ulteriori misure per la prevenzione del contagio da covid-19. Limitazione delle attività di gioco presso i tabaccai*). Può valer la pena ricordare, anche in vista delle considerazioni che si faranno oltre, che nel comunicare pubblicamente la notizia, il sindaco aggiungeva, rivolgendosi ai cittadini bergamaschi, che «se in queste settimane doveste perdere l'abitudine a buttare soldi nel gioco d'azzardo...tanto meglio!».

<sup>5</sup> Cfr. l'art. 3 dell'ordinanza contingibile e urgente n. 6 del 19 marzo 2020 (*Ulteriori misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19*) della Regione Sicilia (adottata sull'espresso fondamento dell'art. 32, comma 3, della legge 23 dicembre 1978, n. 833 in materia di igiene e sanità pubblica), che, al comma 4, dispone che «[n]elle rivendite di tabacchi è vietato l'uso di apparecchi da intrattenimento e per il gioco».

Procedendo in ordine sparso, e in via puramente esemplificativa, possono ricordarsi gli interventi dei Comuni di Orzinuovi (in provincia di Brescia)<sup>6</sup>, Cologno al Serio (provincia di Bergamo)<sup>7</sup>, Bucciano (Benevento)<sup>8</sup>, Benevento, Prato<sup>9</sup>, Messina, Cagliari, Minturno (Latina), Paderno Dugnano (città metropolitana di Milano), Barletta, Brescia<sup>10</sup>, Olgiate Olona (Varese)<sup>11</sup>.

Solo a questo punto, in data 21 marzo 2020, a livello nazionale, l’Agenzia Dogane e Monopoli comunicava di aver adottato, con determinazione direttoriale Prot. 96788/RU, «provvedimenti contenenti misure necessarie per il contenimento del contagio da COVID-19», disponendo per le tabaccherie e per gli altri esercizi per i quali non vigeva obbligo di chiusura la sospensione con effetto immediato del gioco operato con dispositivi elettronici del tipo “slot machines”, comunque denominati, nonché la sospensione (immediata o quasi immediata a seconda dei casi) della raccolta – anche online – e delle «conseguenti attività estrazionali» (al fine di «ulteriormente limitare gli spostamenti ed il contatto dei soggetti la cui presenza risulterebbe necessaria per il corretto svolgimento delle citate attività») dei giochi «“SuperEnalotto”, “Superstar”, “Sivincetutto SuperEnalotto”, “Lotto tradizionale”, “Eurojackpot”», come pure «delle scommesse che implicano una certificazione da parte di personale dell’Agenzia».

Da notare, al riguardo, la mancata inclusione in tale divieto della vendita di “Gratta&Vinci”; circostanza che, anche nel periodo successivo (ossia nel periodo di vigenza dei divieti adottati a livello nazionale), ha indotto molti enti territoriali ad adottare o rinnovare misure più restrittive<sup>12</sup>.

E significativa è anche la circostanza che in seguito – quando a livello nazionale è stata disposta, a partire già dal 27 aprile, la progressiva ripresa delle attività connesse ai vari giochi a premi, alle scommesse e all’uso delle slot-machine – il sindaco di Bergamo, supportato e/o seguito da altri esponenti istituzionali (sindaci ma anche presidenti di Regione), abbia subito pubblicamente annunciato l’intenzione di rinnovo dei più stringenti divieti adottati per il territorio comunale, criticando apertamente e aspramente le scelte prese a livello nazionale.

---

<sup>6</sup> Comune di Orzinuovi, ordinanza sindacale n. 16 del 20 marzo 2020 (*Ulteriori misure per la prevenzione del contagio da COVID-19. Ordinanza contingibile e urgente per la limitazione delle attività di gioco presso i tabaccai*).

<sup>7</sup> Comune di Cologno al Serio, ordinanza sindacale n. 1514 del 16 marzo 2020 (*Ulteriori misure per la prevenzione del contagio da COVID-19. Ordinanza contingibile ed urgente per la limitazione delle attività di gioco presso i tabaccai*).

<sup>8</sup> Comune di Bucciano, ordinanza n. 5 del 16 marzo 2020 (*Ordinanza contingibile e urgente ai sensi dell’art. 50, comma 5, del D.Lgs. 267/2000 relativa all’adozione di misure eccezionali volte a contrastare la diffusione del contagio da COVID-19 – Sospensione dell’esercizio dei giochi all’interno delle rivendite di Tabacchi (ad es. lotto, 10 e lotto, new slot e vendita gratta e vinci e assimilati)*). Tale provvedimento, poi rinnovato più volte per le ragioni che emergeranno oltre, risulta di particolare interesse per più motivi sui quali, pur in presenza di forti elementi di collegamento con le tematiche di fondo del presente lavoro, non ci si può dilungare in questa sede (tali motivi e tali elementi di collegamento possono tuttavia essere ricavati direttamente dalla lettura dell’intero provvedimento).

<sup>9</sup> Comune di Prato, ordinanza n. 621 del 16 marzo 2020 (*Ulteriori misure per la prevenzione del contagio da COVID-19. Ordinanza contingibile ed urgente per la limitazione delle attività di gioco presso i tabaccai*). Anche tale provvedimento presenta diversi motivi di interesse, per i quali, come nel caso precedente, si rinvia alla lettura del testo.

<sup>10</sup> Comune di Brescia, ordinanza del 17 marzo 2020 prot. n. 61518/2020 (*Ulteriori misure per la prevenzione del contagio da COVID-19. Ordinanza contingibile ed urgente per la limitazione delle attività di gioco presso i tabaccai*).

<sup>11</sup> Comune di Olgiate Olona, ordinanza n. 26 del 19 marzo 2020 (*Ulteriori misure per la prevenzione del contagio da COVID-19 [sic]. Ordinanza contingibile e urgente per la limitazione delle attività di gioco presso i tabaccai*).

<sup>12</sup> Cfr. ad esempio l’ordinanza n. 15 del 3 aprile 2020 (*Ulteriori misure per la prevenzione del contagio da COVID-19. Ordinanza contingibile ed urgente per la limitazione delle attività di gioco lecito presso tutti gli esercizi commerciali*) sempre del Comune di Bergamo, con la quale si è disposta «con decorrenza immediata e fino a cessate esigenze emergenziali la sospensione con effetto immediato, presso tutti gli esercizi commerciali, del gioco lecito con vincita in denaro, operato con dispositivi elettronici del tipo “slot machines”, comunque denominati, dei giochi numerici (a titolo esemplificativo e non esaustivo *winforlife, winforlife vincicasa, 10&lotto, Millionday* ect.) compresi i gratta e vinci, delle scommesse su eventi sportivi e non sportivi, nonché la disattivazione di monitor e televisori al fine di impedire la permanenza degli avventori per motivi di gioco all’interno dei locali».

Si è così assistito, anche in questa fase (la cosiddetta “fase 2”), a un nuovo proliferare di ordinanze comunali volte a prolungare o introdurre divieti e/o restrizioni finalizzate a impedire, contenere o comunque disciplinare, ad esempio nelle modalità di fornitura/fruizione dei servizi<sup>13</sup>, la riespansione (prevista a livello nazionale) delle attività nel complessivo e articolato (per non dire “intricato”<sup>14</sup>) settore dei giochi e delle scommesse.

### 3. La lettura delle misure in questione in termini di contrapposizione di indirizzi politici sul terreno dei diritti e principi fondamentali

Le vicende e le misure qui richiamate pongono interrogativi e sollecitano riflessioni che vanno ben al di là dei confini del presente scritto.

Ciò che però sicuramente e agevolmente può ricavarsi dall'accostamento – e addirittura intreccio e pur occasionale coincidenza – tra interventi locali di contrasto alla pandemia e interventi di contrasto (attraverso divieti vari e in genere mediante discipline restrittive; ma anche, come vedremo, in altre forme più sofisticate) del gioco d'azzardo è la presenza di un elemento comune di notevole interesse in una prospettiva costituzionale: e cioè l'emersione di una sostanziale (e più o meno manifesta) *contrapposizione* di (si può bene dire, per i motivi che si illustreranno poco oltre) *indirizzi politici* tra enti locali e governo nazionale.

La possibilità di indirizzi politici diversi e talora opposti tra vari enti territoriali non solo è cosa nota, scontata e fisiologica<sup>15</sup>, ma rappresenta addirittura la ragione di fondo per cui le Costituzioni contemporanee tendono a prevedere l'esistenza di diversi livelli di governo, cercando di disciplinarne le competenze e i rapporti in modi tali da massimizzare i vantaggi e minimizzare gli svantaggi di un simile pluralismo politico e istituzionale, considerato al contempo inevitabile e opportuno.

Nel caso (anzi, con le dovute differenze, nei casi) di specie, la lettura delle misure locali e delle sottese dinamiche in termini di *contrapposizione di indirizzi politici* rispetto al livello di governo nazionale – lettura che a prima vista potrebbe apparire “esagerata” – sembra giustificata anche e in particolare dall'essere spesso tali misure in diretta o indiretta relazione (nei sensi e con le implicazioni che si andranno a chiarire) con diritti, libertà e principi di rango costituzionale o comunque qualificabili come “fondamentali”<sup>16</sup>.

E se è vero, naturalmente, che non ogni scelta che ha ricadute sulla tutela di diritti e principi di tal sorta può per questo qualificarsi come una scelta “politica”, è vero anche che, nei settori ai quali si sta qui facendo riferimento, *l'obiettivo di tutelare* – a fronte di altri concorrenti interessi (o, tutt'al

<sup>13</sup> V. in questo senso, ad esempio, un altro dei provvedimenti adottati dal Comune di Bergamo, e in specie l'ordinanza del 12 maggio 2020 (*Ulteriori misure per la prevenzione del contagio da COVID-19. Ordinanza contingibile ed urgente per la limitazione delle attività di gioco presso tutti gli esercizi commerciali*), nella quale, da un lato si è «consentita la ripresa del gioco del *Millionday*, *SuperEnalotto*, *SuperStar*, *SiVinceTutto SuperEnalotto*, “*Eurojackpot*”, “*Lotto Tradizionale*”», e dall'altro si è disposto che «[è] consentita la vendita di lotterie istantanee (più comunemente chiamata “gratta e vinci”), ma non è possibile rimuovere la speciale vernice che ricopre la combinazione del tagliando all'interno del punto vendita e nelle immediate vicinanze dello stesso», e che «[n]on sono consentiti i giochi che prevedono più di una estrazione nell'arco delle 24 ore come “*10 e lotto*”, “*Winforlife*” e “*Winforlife Vincicasa*”».

<sup>14</sup> Per motivi da ricondursi anche a una tipica logica commerciale, per cui, a fini di aumento dei consumi e quindi dei profitti, si punta tra l'altro sul continuo ampliamento e sulla diversificazione dell'offerta, allo scopo di fornire nuovi stimoli e “bisogni” agli utenti/consumatori.

<sup>15</sup> In effetti, come si è osservato, già nel disegno costituzionale del 1948 «[l']autonomia legislativa regionale spezza la catena gerarchica e diviene il presupposto dell'autonomia politica dei territori, perché *consente ai loro governi di perseguire un indirizzo politico diverso da quello imposto per legge dal Parlamento nazionale*»: R. BIN, *La crisi delle Regioni. Che fare?*, in AA. VV., *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Milano, Giuffrè, 2015, 163 ss., spec. 169.

<sup>16</sup> Per motivi (in larga parte intuibili) sui quali non è qui il caso di soffermarsi.

più, libertà) di natura essenzialmente economica – taluni *diritti e principi fondamentali* (tra cui rientra, limitandosi ora a un unico richiamo essenziale, la salute, in varie sue dimensioni<sup>17</sup>; ma emergerà come il discorso coinvolga diversi altri diritti e principi<sup>18</sup>) ha rappresentato, in modo sostanzialmente diretto e quasi esaustivo, *il presupposto, il terreno e la posta dello scontro* tra enti locali (che appunto si sono fatti in questi casi paladini di tali diritti e principi introducendo divieti e misure variamente volte alla loro protezione e attuazione) e Stato (che ha invece riservato maggior considerazione ad altre istanze, per motivi il più nobile dei quali, in riferimento al gioco d’azzardo, è probabilmente la volontà di garantirsi un più alto gettito fiscale<sup>19</sup>).

In questa prospettiva, si ritiene che l’interesse per «[i]l contesto normativo generato [nel settore di nostro interesse] a livello comunale» vada nel nostro caso addirittura *oltre* la già importante circostanza, opportunamente evidenziata, che tale contesto normativo «ha rappresentato una sorta di “laboratorio”, ove sono state sperimentate nuove soluzioni per rispondere alle problematiche emergenti nel contesto sociale»<sup>20</sup>: e ciò segnatamente in ragione del fatto che non sembra condivisibile fino in fondo – e di qui, a nostro avviso, la “specialità costituzionale” (e un certo fascino teorico, oltre che l’importanza pratica) delle misure su cui verte il presente scritto – la lettura secondo la quale, «[c]ome avvenuto in altri ambiti materiali [...], tali provvedimenti, in una sorta di fenomeno “ascensionale”, sono [...sarebbero] stati riadattati e adottati dal legislatore nazionale, che ha [...avrebbe: v. quanto osservato in nota] fatto propria anche la filosofia di fondo che li ispirava»<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> Come è noto – e la circostanza è cruciale – la riconducibilità degli interventi di contrasto alla diffusione del gioco d’azzardo primariamente a istanze di *tutela della salute* (e dunque a un ambito di competenza concorrente) è stata con nettezza affermata dalla Corte costituzionale e dal Consiglio di Stato. In tal modo il giudice delle leggi (e, “a cascata”, il giudice amministrativo) ha, in particolare, spianato la strada a misure normative adottate a livello regionale, con importantissime ricadute (quando non anche con prese di posizione più dirette ed esplicite) sulle possibilità di intervento dei Comuni, sgombrando il campo da quelle obiezioni che avrebbero voluto escludere tali possibilità in nome della riserva alla competenza esclusiva statale della “materia” dell’*ordine pubblico* e della *sicurezza*, alla quale avrebbero solamente dovuto ricondursi tutte le misure comunque incidenti sulle attività di cui si discute.

<sup>18</sup> Tra cui sembra importante inserire anche il principio, spesso lasciato in ombra, sancito dall’art. 47 della Costituzione secondo cui «La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme»; e il principio, anch’esso purtroppo pressoché dimenticato, secondo cui «[o]gni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un’attività o una funzione *che concorra al progresso materiale o spirituale della società*» (art. 4).

<sup>19</sup> Laddove, peraltro, è stato autorevolmente evidenziato come in realtà, considerando tutti «gli effetti nocivi, sul piano familiare, sociale ed economico della ludopatia o gioco d’azzardo patologico» (...ma il discorso sembra valere ancor più estendendolo in generale al “consumo di massa” di gioco d’azzardo, a prescindere dall’emergere di vere e proprie “patologie” in senso stretto), le «conseguenze finali» risultino «complessivamente a saldo negativo anche sul piano esclusivamente finanziario» rispetto alle «tanto sbandierate esigenze di introiti nel bilancio dello Stato», che «fanno assurgere a apparente dignità la non occasionale ritrosia statale a limitare il gioco d’azzardo, anche in presenza di conclamati seri rischi socio-sanitari, per ragioni di carattere economico dello Stato stesso (o forse dell’iniziativa privata ... dei gestori)»: così, con ammirevole trasparenza e nettezza (supportata da rigorose argomentazioni relative anche agli aspetti fiscali, ai criteri di riparto dei proventi del gioco tra Stato e concessionari, alle ricadute in termini di mancati consumi di altro genere...), l’ex Presidente della Corte costituzionale Riccardo Chieppa: cfr. R. CHIEPPA, *Gioco d’azzardo: rischi e pericoli, ritardi e timidezza dello Stato e competenza delle Regioni e Comuni nelle azioni di contrasto alle dilaganti patologie (ludopatia o gap)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, 3, 1118 ss., spec. 1125-1126.

<sup>20</sup> Le citazioni sono tratte da S. Rossi, *Una pronuncia di rigetto in rito e una posta in gioco ancora da definire: i sindaci no slot e i loro poteri*, in *Le Regioni*, 2015, nonché in *Forum di Quaderni costituzionali*, ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)) 11 gennaio 2015.

<sup>21</sup> Così S. Rossi, *Una pronuncia di rigetto in rito cit.*

In effetti, sembrano esservi molte ottime ragioni a supporto di una simile interpretazione della realtà, che tuttavia si ritiene (in parte) viziata da un eccesso di ottimismo e/o di generalizzazione, quantomeno laddove giunge ad affermare che il legislatore nazionale, nel riadattare ed adottare provvedimenti inizialmente introdotti a livello locale, avrebbe «fatto propria anche la filosofia di fondo che li ispirava»: cosa che non sembra potersi affermare in modo “pieno” nemmeno con riguardo a quegli aspetti in riferimento ai quali questo “moto ascendente” si è maggiormente verificato; e, soprattutto, è da escludersi con riguardo ad *altri* aspetti, in relazione ai quali, anzi, sembra emergere – dai fatti se non dalle dichiarazioni – una... (ecco il punto che si rimarcava) *contrapposizione* di “filosofie di fondo” (per riprendere

#### 4. Alcune misure di particolare interesse nella prospettiva costituzionale: quadro di sintesi e considerazioni preliminari

Tutto ciò premesso, si può provare a sviluppare il discorso concentrandosi su due principali (macro)categorie di misure di particolare interesse nella prospettiva costituzionale.

Si tratta di misure diverse dalle più note e diffuse *limitazioni temporali* (disciplina della fasce orarie in cui possono svolgersi le attività connesse a giochi d'azzardo e scommesse) e *logistiche* (fissazione di "distanze minime" tra una serie di luoghi variamente individuati e i locali in cui si svolgono le suddette attività), e accomunate dalla finalità – diretta o indiretta – di contrastare, ostacolare o comunque disincentivare... *in toto*, piuttosto che semplicemente "regolamentare", giochi d'azzardo e scommesse (nelle loro forme dilaganti negli ultimi decenni): finalità questa che, come si diceva, esprime e traduce (nei limiti del possibile) in azione una valutazione "politica" di fondo sull'opportunità di legittimare i fenomeni in questione radicalmente opposta rispetto a quella che, in modo più o meno pieno (e, si potrebbe dire, intimamente contraddittorio<sup>22</sup>) a seconda dei periodi di riferimento, è stata (esplicitamente o implicitamente) effettuata dal legislatore nazionale.

Rientrano in questo "insieme" di misure:

a) da una parte, taluni *divieti*, come quelli di pubblicità (v. par. 5); quelli di messa a disposizione di locali di proprietà o disponibilità pubblica a coloro che ne farebbero uso per svolgere attività legate a giochi d'azzardo e/o scommesse (par. 6); o, ancora, quelli che espressamente determinano una inibizione "assoluta" di tali attività in determinate aree, a prescindere dall'osservanza dei vari vincoli "relativi" derivanti dalla disciplina sulle distanze minime rispetto ai c.d. luoghi sensibili (par. 7);

b) dall'altro, quelle misure che introducono, in sostanza, *diversificazioni di trattamento*, sotto vari profili (*in primis* sul piano fiscale), tra i soggetti che (traendone maggior o minor profitto) forniscano servizi e favoriscano attività di questo genere ed i soggetti che non lo facciano, o che – magari proprio al fine di beneficiare in futuro dei vantaggi che, per effetto di tali discipline incentivanti/disincentivanti, conseguiranno da una simile scelta – smettano di farlo (par. 8).

Non ci si occuperà in questa sede di una serie di misure e norme adottate a livello *regionale*, che pure presenterebbero notevole interesse ai nostri fini per vari motivi, tra i quali la circostanza che alcune di esse si pongono a *fondamento* di – o espressamente *menzionano* e quindi, per così dire, avallano e/o "confermano" (e così contribuisco a *legittimare* su più piani) – competenze, compiti, funzioni, poteri o facoltà *dei Comuni*. Si tratta – può comunque ricordarsi in sintesi – di previsioni legislative che, pur concentrandosi prevalentemente solo su alcuni aspetti (tipicamente, distanze

---

l'espressione di cui sopra), e dunque di *indirizzi politici* (per riprendere l'espressione che si è ritenuto qui utile evocare). Contrapposizione di "filosofie" e di "indirizzi" alla cui base può intuitivamente porsi quella ormai evidente e "strutturale" contrapposizione di *interessi* (oltre che, per così dire, di "valutazione degli interessi") tra Stato ed enti locali, che deriva dall'essere inversamente proporzionale, per il primo e per i secondi, il rapporto tra i *vantaggi* (anzitutto sul piano degli introiti fiscali: in capo, quasi totalmente, *allo Stato*) e gli *svantaggi* (sul piano socio-economico, culturale, familiare, socio-assistenziale e, in senso più o meno lato, sanitario: il tutto, in questo caso, a carico – o comunque più o meno direttamente in danno – *degli enti territoriali*, a cominciare dai Comuni) della diffusione del gioco d'azzardo.

<sup>22</sup> Di «evidente schizofrenia» con riguardo alla «progressiva implementazione dell'offerta ludica da parte dello Stato» ragiona S. Rossi, *Una pronuncia di rigetto in rito* cit.; sulla stessa linea, E. LONGO, *La "ludopatia" e il contrasto al gioco d'azzardo nell'ultima legislazione regionale: un esame a partire da due recenti leggi toscane*, in *Osservatoriosullefonti.it* ([www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it)), 2018, 2, osserva come «[l]'atteggiamento dello Stato italiano sul punto scont[i] un'ambiguità di fondo [...]. L'amministrazione statale, infatti, *liberalizza e promuove* tali pratiche e allo stesso tempo le *disapprova*, mettendo in atto forme *leggere* di dissuasione che purtroppo *raramente raggiungono concreti risultati*» (corsivi aggiunti).

minime e limitazioni orarie) e lasciandone quindi “scoperti” diversi altri (sui quali peraltro, significativamente, non sono affatto mancati interventi comunali anche di notevole rilievo, come vedremo), nel complesso hanno attribuito e/o riconosciuto un ruolo (non solo “esecutivo”, in termini più o meno vincolati e in ambiti più o meno ristretti, ma anche) “attivo”, innovativo e per certi versi *propulsivo* ai Comuni; pur non mancando, soprattutto nelle legislazioni più recenti di talune Regioni, approcci che – talora sotto le mentite spoglie di vere o presunte esigenze di uniformità delle discipline<sup>23</sup> a fini di loro maggior efficacia, altre volte in modo più diretto ed esplicito – sembrano volere porre un freno alle “fughe in avanti” dei Comuni. Quest’ultima dinamica, in effetti, sembra ricollegabile a un intento (se non proprio di fare, come pure in certi casi si è detto, “marcia indietro” nel merito rispetto a determinate soluzioni che negli anni precedenti erano state adottate<sup>24</sup>, almeno) di accentrare a livello regionale, nei limiti ovviamente in cui ciò sia possibile alla luce dei vincoli discendenti dalla legislazione (costituzionale e ordinaria) nazionale, ogni scelta “politica” circa il “bilanciamento”<sup>25</sup> tra gli interessi sottesi alla fornitura su larga scala di servizi legati a giochi d’azzardo e scommesse<sup>26</sup> e i diritti, i principi e le molteplici esigenze che spingono nel senso di un forte ridimensionamento, se non di una totale abolizione, di tali attività.

Appena il caso di segnalare, da ultimo, come in questo ambito un ruolo di primo piano sia stato svolto dalla giurisprudenza, costituzionale e comune (principalmente amministrativa), sullo sfondo altresì di quella comunitaria/eurounitaria<sup>27</sup>. Rinviando per una più ampia ricostruzione ad altra sede, ci si limiterà qui a qualche richiamo mirato ad alcune decisioni più direttamente rilevanti ai fini della trattazione.

### *5. I divieti di pubblicità e altre misure connesse*

Può iniziarsi, per mere ragioni di ordine espositivo, dai divieti di pubblicità (e da altre misure ad essi in qualche modo accostabili).

Pur se privi di ricadute dirette sulla possibilità teorica (e di norma pratica: ma v. oltre per una osservazione sul punto) di fornire – come gestori – ed utilizzare – come “consumatori” – i vari “prodotti” e servizi legati a giochi d’azzardo e scommesse, è evidente come simili divieti, in un settore la cui “spinta” risiede essenzialmente in pulsioni irrazionali (molto spesso al confine, o oltre il confine, del masochismo; e largamente ricollegabili a mode ed istinti emulativi), possano avere un significativo effetto di *riduzione* dei “consumi”; e, in determinate circostanze, potrebbero incidere sulla loro stessa *possibilità pratica* (così accadrebbe in riferimento a quegli esercizi, magari situati in

<sup>23</sup> Cfr. al riguardo l’art. 7 della legge della Regione Campania del 2 marzo 2020, n. 2, su cui si tornerà oltre.

<sup>24</sup> Cfr. sul punto G. MAROTTA, *Gli interventi di contrasto del disturbo da gioco d’azzardo (DGA): analisi della normativa e della giurisprudenza*, in *Corti supreme e salute* ([www.cortisupremeesalute.it](http://www.cortisupremeesalute.it)), 2019, 1.

<sup>25</sup> Ammesso e non concesso che di “bilanciamento” (in termini tecnici) si possa ragionare.

<sup>26</sup> Molto indicative (anche) in questo senso le disposizioni introdotte di recente in Campania, con la l.r. 2 marzo 2020, n. 2 (*Disposizioni per la prevenzione e la cura del disturbo da gioco d’azzardo e per la tutela sanitaria, sociale ed economica delle persone affette e dei loro familiari*). Ivi, all’interno di un unico articolo (l’articolo 7), da una parte, si richiama la necessità che i comuni «nel dare attuazione alla presente legge [...] garantisc[a]no la *coerenza con gli indirizzi normativi richiamati nella presente legge*» e rispettino i limiti posti dalla legge regionale «per garantire *esigenze di uniformità sul territorio regionale*»; e, dall’altra, espressamente si dispone che essi «adott[i]no *misure finalizzate alla tutela dei livelli occupazionali esistenti nel settore del gioco regolamentato e la salvaguardia degli investimenti organizzativi*» posti in essere dagli operatori autorizzati (fino alla data di *entrata in vigore* della nuova legge, si precisa).

<sup>27</sup> Sotto questo profilo, per la verità, sembra di poter “aprire e chiudere il discorso” limitandosi a citare un’unica decisione – la sentenza della Corte di giustizia 22 gennaio 2015, causa C-463/13, *Stanley International Betting e Stanleybet Malta*, pronunciata su rinvio pregiudiziale del nostro Consiglio di Stato – che, si ritiene, sgombra il campo una volta per tutte da quei tentativi di ricostruzione che vorrebbero ricavare dai vincoli europei degli elementi ostativi all’adozione di misure volte a contrastare efficacemente tale fenomeno.



zone poco frequentate, per i quali il divieto di pubblicità e la conseguente riduzione del gregge di “clienti” dovesse risultare fatale, con l’ulteriore eventuale conseguenza della rinuncia di determinati soggetti, meno propensi a spostamenti, a perseverare nelle proprie abitudini di gioco/consumo).

E, ai nostri fini, un ulteriore motivo di interesse di tali divieti risiede nel fatto che, a differenza di quanto è avvenuto per molte altre misure di contrasto al gioco, ad essi si è significativamente fatto ricorso, in modi e tempi diversi, a *tutti* i livelli territoriali, emergendo sotto questo profilo con concretezza l’impossibilità di limitarsi, nel settore in questione, a un approccio “statico” e formalistico che ricostruisca in modo schematico e rigido gli ambiti e i potenziali contenuti degli interventi dei vari enti nei termini esclusivistici di una netta separazione di competenza *ratione materiae*, su tale approccio sembrando invece far premio più sofisticate considerazioni teleologiche, caratterizzate segnatamente dal loro stretto collegamento, spesso esplicitato in forme ufficiali, con istanze di tutela di diritti e principi fondamentali o, comunque, con finalità di interesse generale pienamente in linea con il quadro assiologico costituzionale<sup>28</sup>.

Limitandosi qui alle misure comunali<sup>29</sup>, merita anzitutto di essere ricordato quanto disposto nel Regolamento sale da gioco e giochi leciti adottato dal Comune di Genova con delibera del Consiglio comunale n. 21/2013, in vigore dal 24 maggio 2013 e piuttosto noto essendo uno dei primi provvedimenti di questo genere approvati in Italia, preso poi a modello da altri Comuni, soprattutto dopo che la legittimità delle relative previsioni (anche) sul punto, messa inizialmente in discussione, è stata confermata dal giudice amministrativo (cfr. Tar Liguria, sez. II, sent. 5 febbraio 2014, n. 189).

Ivi si prevede infatti non solo il divieto di «esposizione esterne al locale di cartelli, manoscritti e/o proiezioni che pubblicizzano vincite temporali appena accadute o storiche» (art. 9, n. 14, seconda parte), ma anche un più generale divieto di «qualsiasi attività pubblicitaria relativa all’apertura o all’esercizio di sale da gioco» (art. 9, n. 15 e art. 16 j).

A un approccio simile si sono ispirati, come anticipato, diversi altri Comuni, in modo più o meno “pieno”, talora introducendo modulazioni peculiari e/o ulteriori precisazioni.

In virtù di una modifica approvata nel 2016<sup>30</sup>, ad esempio, il nuovo art. 16 bis del Regolamento per l’applicazione dell’imposta comunale sulla pubblicità e dei diritti sulle pubbliche affissioni del Comune di Alfonsine dispone che «[i]n tutto il territorio comunale è vietata la pubblicità di qualsiasi tipo di gioco d’azzardo, intendendosi per tale ogni gioco, lotteria, scommessa o concorso pronostico che consista nell’effettuare una puntata, scommessa o impiego di denaro o di altri beni al fine di ottenere una vincita al verificarsi di un evento futuro, sia in caso di gioco d’azzardo sia tramite operatori fissi, sia tramite operatori on line [...]», escludendosi invece dal divieto «i concorsi a premi,

---

<sup>28</sup> In una logica – si potrebbe forse arrivare a dire in riferimento alle misure locali – di *militanza* o forse semplicemente di *resistenza costituzionale* a fronte di scelte politiche nazionali che sembrano aver spesso privilegiato interessi estranei alla, o comunque recessivi nel quadro della, Carta fondamentale (né dotati di molto maggior pregio in riferimento al quadro normativo e giurisprudenziale europeo). E non è un caso che, in questo contesto, sia emersa e si sia consolidata una sorta di asse (su un piano oggettivo) tra quanto è stato fatto in sede politica a livello locale e quanto è stato statuito in sede giurisdizionale – ad opera, soprattutto, della Corte costituzionale e del Consiglio di Stato – a supporto delle misure adottate a livello comunale e regionale se non proprio a diretta censura della disciplina (o dell’inerzia) legislativa nazionale. Cfr., a questi riguardi, E. LONGO, *Regioni e diritti. La tutela dei diritti nelle leggi e negli statuti regionali*, Eum, Macerata, 2007, e ID., *La “ludopatia” e il contrasto al gioco d’azzardo nell’ultima legislazione regionale: un esame a partire da due recenti leggi toscane*, cit., nonché, con specifico riguardo alla posizione degli enti locali, P. COSTANZO, *Note introduttive alla Carta europea dei diritti dell’uomo nella città (quali competenze per gli statuti locali in materia di diritti?)*, in *Giur. It.*, 2011, 1445-1449.

<sup>29</sup> Per un esame delle norme locali, si rinvia a V. SCIARABBA, *Le misure comunali di contrasto “totale” al gioco d’azzardo*, in P. Costanzo (a cura), *Giochi e scommesse sotto la lente del giurista*, GUP, Genova, 2020, 219 ss.; sull’evoluzione della legislazione nazionale v. inoltre l’efficace ricostruzione critica di E. ALBANESI, *La disciplina dei giochi ed il contrasto alla ludopatia tra Stato e regioni. Giurisprudenza costituzionale e profili controversi in termini di metodo della legislazione*, ivi, 341 ss.

<sup>30</sup> Comune di Alfonsine, deliberazione del Consiglio comunale n. 31 del 14 giugno 2016.

indetti ai sensi di quanto disposto dal regolamento di cui al decreto del Presidente della [R]epubblica 26 ottobre 2001, n. 430; le lotterie, le tombole e le pesche o banchi di beneficenza, indetti da associazioni o fondazioni, disciplinati dagli articoli 14 e seguenti del codice civile, o dalle organizzazioni non lucrative di utilità sociale di cui all'articolo 10 del decreto legislativo 4 dicembre 1997, n. 460, e successive modificazioni; le lotterie nazionali».

Praticamente negli stessi giorni, il Regolamento per la disciplina delle sale giochi sul territorio comunale adottato dal Comune di Piacenza con delibera consiliare n. 20 del 27 maggio 2016 ha introdotto «il divieto di promuovere qualsiasi attività promozionale [sic] e/o pubblicitaria in occasione dell'apertura di sale giochi e di attrazione, nonché l'affissione di manifesti pubblicitari volti a promuovere l'apertura e la pratica del gioco ed i luoghi dove esso viene svolto» e «il divieto di reclamizzare l'esercizio di sale giochi ed attrazione».

E divieti simili si rinvengono, come si diceva, in molti altri Comuni. In alcuni casi, sono stati affrontati (anche o solo) aspetti più specifici.

Per esempio, nell'art. 4 del Regolamento comunale per le sale giochi e per l'installazione di apparecchi elettronici da intrattenimento o da gioco approvato dal Comune di Chivasso sempre nel 2016<sup>31</sup>, si prevede che «[s]ui mezzi di trasporto pubblico comunale, anche in appalto, è vietata la concessione di spazi pubblicitari relativi al gioco sui propri mezzi di trasporto», nonché (e pure in questo caso il divieto è introdotto "direttamente") che «[l]e società controllate o partecipate dall'Amministrazione comunale o alle quali l'Amministrazione stessa ha affidato incarichi per la gestione di servizi pubblici o di interesse pubblico non possono accogliere richieste di pubblicità relative all'esercizio del gioco lecito, sia attraverso sale dedicate sia attraverso l'installazione di apparecchi meccanici e congegni automatici, semiautomatici ed elettronici da trattenimento».

Tale previsione coincide con quella contenuta nell'art. 7, c. 4, del Regolamento per la prevenzione e il contrasto delle patologie e delle problematiche legate al Gioco d'azzardo lecito del Comune di Bergamo, adottato con deliberazione del Consiglio comunale del 6 giugno 2016 e poi modificato con deliberazione del 20 marzo 2017 (mentre nell'art. 6, c. 4 dello stesso regolamento si dispone, come in molti altri casi, che «[è] vietata l'esposizione all'interno e all'esterno dei locali di cartelli, di manoscritti, immagini e/o proiezioni che pubblicizzino le vincite appena o storicamente avvenute»).

Analoghe le previsioni contenute negli artt. 8 e 9 del Regolamento per la prevenzione e il contrasto delle patologie e delle problematiche legate al gioco d'azzardo lecito del Comune di Imola, adottato con deliberazione del Consiglio comunale n. 178 del 14 dicembre 2017, e nell'art. 9 del Regolamento per la prevenzione e il contrasto delle patologie e delle problematiche legate al gioco d'azzardo lecito adottato dal Comune di Bologna con delibera del Consiglio comunale n. 239 del 14 maggio 2018.

Il Comune di Empoli, con ulteriore "variante sul tema", ha previsto, all'interno del Regolamento per l'adozione di rotatorie approvato con deliberazione del Consiglio comunale n. 5 dell'11 febbraio 2015 (e finalizzato a disciplinare l'affidamento dell'allestimento e della manutenzione di rotatorie a soggetti esterni all'Amministrazione in cambio dell'autorizzazione alla posa di «cartelli istituzionali informativi» attraverso i quali «pubblicizzare il [loro] intervento e l'attività svolta»: cfr. artt. 2 e 6 del regolamento), che è «vietato collocare sulla targa/cartello [...], pena la decadenza immediata del contratto [...] ogni [...] forma di pubblicità o di propaganda [...] o di *promozione del gioco di azzardo in qualsiasi forma*» (art. 8).

Sorvolando sulle misure adottate da altri Comuni, possono piuttosto richiamarsi in questo contesto, essendo in qualche misura "speculari" e complementari rispetto ai divieti di pubblicità, quegli obblighi di esporre, in modo ben visibile, cartelli informativi, di natura sostanzialmente *dissuasiva*, sui rischi correlati al gioco e sui servizi di assistenza ai giocatori, come pure appositi test

---

<sup>31</sup> Precisamente con delibera del Consiglio comunale n. 53 del 27 ottobre 2016.

di autovalutazione e verifica del rischio da dipendenza<sup>32</sup>. In via puramente esemplificativa possono ricordarsi l'art. 4 del già citato Regolamento del Comune di Piacenza del 2016, l'art. 6 del (pure già richiamato) Regolamento del Comune di Bergamo, l'art. 7 del Regolamento per la prevenzione ed il contrasto delle patologie e delle problematiche legate al gioco d'azzardo lecito adottato dal Comune di Monza con delibera del Consiglio comunale n. 76 del 2 luglio 2018, e l'art. 7 del Regolamento per la prevenzione e il contrasto del gioco d'azzardo patologico adottato dal Comune di Pavia con delibera consiliare n. 10 del 22 marzo 2018.

#### 6. I divieti di messa a disposizione del patrimonio immobiliare dell'Amministrazione e altri divieti connessi

Tra le altre misure locali di contrasto al gioco d'azzardo, lasciando da parte, come si è detto, le note discipline restrittive in tema di orari e distanze, di notevole interesse – per la loro piena e immediata valenza prescrittiva, per i loro effetti pratici, per le loro importanti implicazioni teoriche<sup>33</sup> e, più in generale, per il loro significato e valore simbolico – sono, a livello comunale<sup>34</sup>, i *divieti di utilizzo del patrimonio immobiliare pubblico*, inteso in senso più o meno lato (e con inclusione, talora, dello stesso suolo pubblico), per lo svolgimento di attività relative a giochi o scommesse.

Anche in questo caso tra i primi e più significativi interventi può ricordarsi quello del Comune di Genova. La relativa disciplina è contenuta nel già citato Regolamento sale da gioco e giochi leciti del 2013, e riguarda un'ampia serie di attività: sale biliardi, sale giochi, agenzie per la raccolta di scommesse ippiche e sportive, sale vlt (videolottery), sale bingo, negozi dedicati al gioco.

Secondo l'art. 7, c. 6, del Regolamento, «[l]'esercizio delle attività di cui al presente titolo [cioè quelle appena richiamate] sono vietate [sic]: / - negli immobili di proprietà della Civica Amministrazione, che opererà inoltre affinché analogo divieto venga introdotto con riferimento agli immobili delle società partecipate della stessa; / - nei chioschi su suolo pubblico». Il comma 7 chiarisce che, «[n]el caso in cui tali attività fossero presenti in immobili locati o concessi dall'Amministrazione, non si procederà al rinnovo del contratto alla prima scadenza di legge» (corsi aggiunti, qui come sempre ove non diversamente specificato).

Assolutamente identica – nel testo (salve... due virgole) e anche nella numerazione – la disciplina contenuta nei commi 6 e 7 dell'art. 7 del Regolamento Sale da gioco e Giochi leciti del Comune di Napoli<sup>35</sup> adottato nel 2015 (in verità il comma 6 contiene anche divieti ulteriori e diversi, dei quali però, appunto perché riconducibili a un'altra categoria di misure, ci occuperemo più avanti).

Sempre nel napoletano, merita senz'altro di essere richiamata la dettagliata disciplina contenuta nel di poco più recente Regolamento per l'insediamento delle attività di sala pubblica da gioco e per l'installazione di giochi leciti in pubblici esercizi del Comune di Portici<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> Obblighi del genere sono rinvenibili anche all'interno delle legislazioni regionali: è questo il caso, ad esempio, della l.r. del Veneto 27 aprile 2015, n. 6 (art. 20, c. 6).

<sup>33</sup> È evidente e di massimo rilievo ai nostri fini, in particolare, la circostanza che tali misure esprimano una nettissima presa di posizione istituzionale di disfavore "assoluto" nei confronti del gioco d'azzardo *tout court*, ben al di là del profilo specifico, evocato ad altri fini, del mero contrasto al "gioco patologico".

<sup>34</sup> Ma in qualche caso, in tempi più recenti, anche a livello regionale (così, se non altro, in Emilia-Romagna).

<sup>35</sup> Comune di Napoli, Regolamento Sale da gioco e Giochi leciti approvato con deliberazione di Consiglio comunale n. 74 del 21 dicembre 2015.

<sup>36</sup> Adottato con Deliberazione del Consiglio comunale n. 8 del 19 febbraio 2016. L'art. 19, c. 4, di tale Regolamento prevede che «[l]'Amministrazione non concede o rilascia / - in locazione immobili di proprietà comunale per l'esercizio delle attività di cui al presente Regolamento, ivi compresa la installazione di giochi leciti in esercizi svolgenti altre attività / - in alcun caso, autorizzazioni all'installazione di giochi leciti negli esercizi pubblici, qualora gli stessi si trovino nei locali di proprietà del Comune o delle società partecipate, anche se concessi o locati a terzi; in esercizi insistenti su area

Simili, ma meno puntuali e comprensive, le previsioni contenute nell'art. 7, c. 3 del Regolamento delle sale da gioco d'azzardo lecito e per l'installazione di apparecchi da gioco adottato (pochi giorni dopo) dal Comune di Cremona<sup>37</sup>. E, sempre in provincia di Cremona può ricordarsi il "Regolamento per la prevenzione e il contrasto del gioco d'azzardo patologico" per l'ambito casalasco, approvato dall' "Assemblea dei sindaci" del relativo territorio il 29 marzo 2019 e adottato dal Consiglio comunale di Casalmaggiore il 25 settembre 2019<sup>38</sup>.

Anche il Comune di Bergamo ha adottato una disciplina sotto questo profilo (come pure sotto altri) di un certo interesse. Nei primi tre commi dell'art. 7 del citato Regolamento del 2016, sotto la rubrica "Ulteriori misure di contenimento del fenomeno", si prevede il divieto per l'Amministrazione comunale di procedere «alla locazione o concessione a qualsiasi titolo di immobili a soggetti che intendono aprire attività relative all'esercizio del gioco lecito, sia attraverso sale dedicate che attraverso l'installazione di apparecchi meccanici e congegni automatici, semiautomatici ed elettronici da trattenimento», precisandosi che, «[n]ei contratti stipulati, il divieto di esercizio di tali attività sarà espressamente indicato e *la loro attivazione in un momento successivo alla stipula sarà motivo di scioglimento anticipato del contratto stesso*», mentre «[n]el caso in cui le attività citate fossero presenti in immobili locati o concessi dall'Amministrazione comunale, *alla prima scadenza di legge non si procederà al rinnovo del contratto*».

Alle citate disposizioni corrispondono quelle dell'art. 8 del Regolamento – anch'esso già citato – adottato dal Comune di Monza il 2 luglio 2018. Simili, *ma esplicitamente e direttamente estese anche a tutte le Società controllate* dall'Amministrazione comunale, sono poi le previsioni contenute all'art. 9 del Regolamento per la prevenzione e il contrasto delle patologie e delle problematiche legate al gioco d'azzardo lecito del Comune di Imola del 14 dicembre 2017. E quasi identiche a queste ultime sono le previsioni dell'art. 9, c. 1 e 2, del Regolamento per la prevenzione e il contrasto delle patologie e delle problematiche legate al gioco d'azzardo lecito adottato dal Comune di Bologna con delibera del Consiglio comunale n. 239 del 14 maggio 2018.

Tra gli interventi più recenti, può segnalarsi infine – ma si tratta, lo si ricorda, di richiami puramente esemplificativi – il *Regolamento comunale per la prevenzione e il contrasto alle ludopatie* adottato dal Comune di Lioni (AV) con delibera consiliare del 20 luglio 2019 n. 41 e ispirato con tutta evidenza, come può desumersi perfino da un comune refuso sintattico (cfr. l'art. 7, c. 8), al regolamento del Comune di Genova del 2013.

#### *7. L'inibizione assoluta di giochi e scommesse nei centri storici o in determinate aree o tipi di edifici (a prescindere dal rispetto delle distanze minime dai luoghi sensibili)*

*pubblica* per la quale sia rilasciata apposita concessione, *compresi gli spazi esterni e dehors* / - ai titolari di *attività di somministrazione che detengono giochi leciti* all'interno del proprio locale *concessioni di occupazione suolo pubblico* / - alla prima scadenza utile, il *rinnovo del contratto* di locazione, comodato d'uso e/o concessione di suolo pubblico nel caso in cui tali attività fossero già presenti in immobili *di proprietà Comunale*, in immobili di proprietà di *società partecipate* o in *immobili privati che in passato hanno ottenuto una concessione di suolo pubblico*».

<sup>37</sup> Comune di Cremona, Regolamento delle sale da gioco d'azzardo lecito e per l'installazione di apparecchi da gioco di cui all'articolo 110, commi 6 e 7, del testo unico di pubblica sicurezza, approvato dal Consiglio comunale con deliberazione del 29 febbraio 2016.

<sup>38</sup> Ivi, all'art. 7, sotto la rubrica "Ulteriori misure di contenimento del fenomeno", si prevede che «[I]e Amministrazioni comunali dell'ambito casalasco non procedono alla locazione o concessione a qualsiasi titolo di immobili a soggetti che intendono aprire attività relative all'esercizio del gioco lecito, sia attraverso sale dedicate che attraverso l'installazione di apparecchi meccanici e congegni automatici, semiautomatici ed elettronici da trattenimento. / 2. Nei contratti stipulati, il divieto di esercizio di tali attività sarà espressamente indicato e la loro attivazione in un momento successivo alla stipula sarà motivo di scioglimento anticipato del contratto stesso. / 3. Nel caso in cui le attività citate fossero presenti in immobili locati o concessi dall'Amministrazione comunale, alla prima scadenza di legge non si procederà al rinnovo del contratto».

Un'altra "categoria" di misure di notevole interesse include quei divieti "assoluti" di installazione o prosecuzione di attività di gioco d'azzardo in determinate aree (o in determinati tipi di edifici), a prescindere dal rispetto delle distanze minime dai "luoghi sensibili".

Si tratta di misure adottate a livello comunale, talora (ma non sempre) trovando un diretto aggancio in previsioni legislative regionali<sup>39</sup>.

Un caso risalente e importante – anche per la vicenda giurisdizionale che ne è seguita e che è andata a "consolidare" le misure in questione<sup>40</sup> – è quello del Comune di Forti dei Marmi, ove, con delibera del Consiglio n. 25 del 30 aprile 2013, è stata vietata l'apertura di «agenzie di scommesse, sale bingo, ambienti dedicati all'installazione degli apparecchi VLT» all'interno del centro storico.

Ma misure simili sono state adottate anche in molti altri Comuni, nella stessa Regione e in altre.

In Emilia Romagna, può ancora ricordarsi, ad esempio, il citato Regolamento per la disciplina delle sale giochi del Comune di Piacenza, ove, all'art. 3, si prevede che «[l']apertura ed il trasferimento degli esercizi definiti al precedente art. 1 comma 2 [cioè le "sale giochi", da intendersi come «un luogo pubblico o aperto al pubblico o un circolo privato in cui siano presenti o comunque accessibili slot machine o tutte le forme di gioco lecito previste dalla normativa vigente»] sono vietati nella città storica e nel territorio rurale così come individuati dagli Strumenti Urbanistici vigenti, oltre che nelle fasce di rispetto stradale e cimiteriale».

Tra le misure adottate in altre Regioni meritano di essere richiamate quelle del Comune di Napoli: all'art. 7, c. 6, del Regolamento Sale da gioco e Giochi leciti del 21 dicembre 2015, oltre a inibirsi – come si è visto – l'esercizio delle attività di gioco negli immobili dell'Amministrazione e nei chioschi su suolo pubblico, si prevede per esse un generale divieto «nel perimetro del Centro antico cittadino», ricompreso nell'area tra una serie di vie puntualmente indicate e «anch'esse incluse nel perimetro interdetto», nonché «nell'area del Centro Storico delle Municipalità» così come perimetrata dal vigente piano regolatore (a conferma della legittimità di queste e altre previsioni del regolamento si segnalano, con argomentazioni talora di valenza più generale, le *sentenze del TAR Campania n. 1567 e n. 2347 del 2017 e le sentenze del Consiglio di Stato n. 4145 e n. 4147 del 2018*).

Il già citato Regolamento comunale per la prevenzione e il contrasto alle ludopatie del Comune di Lioni (AV) prevede all'art. 7, c. 8, il divieto di esercizio delle attività di gioco in pressoché tutte le forme – oltre che negli immobili comunali e nei chioschi su suolo pubblico – anche nell'intero «Perimetro del Centro Storico della città così come individuato dal vigente strumento urbanistico».

*In qualche caso, in alternativa o in aggiunta ai divieti di gioco in determinate zone (tipicamente, come abbiamo visto, i centri storici), si sono introdotti dei divieti (per così dire "trasversali") in relazione al tipo di edificio<sup>41</sup>, a prescindere dalla destinazione d'uso del medesimo (aspetto questo*

---

<sup>39</sup> È il caso della Toscana, dove l'adozione di misure a livello comunale è stata ricollegata a previsioni contenute nella l.r. 7 febbraio 2005, n. 28 (*Codice del Commercio*), la quale, in particolare, all'art. 98, c. 1, prevede che, «[a]l fine di valorizzare e tutelare aree di particolare interesse del proprio territorio, i comuni possono sottoporre l'attività commerciale a particolari limitazioni e prescrizioni, anche individuando attività o merceologie incompatibili con le esigenze di tutela e con la natura delle aree» (circa il *fondamento, l'ambito e i limiti delle competenze comunali in materia di "governo del territorio"* v. le precisazioni contenute nelle decisioni del TAR Toscana n. 1250 del 2015 e n. 27 del 2017 e del Consiglio di Stato n. 2598 del 2017 e n. 4200 del 2018).

<sup>40</sup> Cfr. la sentenza del TAR Toscana n. 1578 del 2013 e, soprattutto, la sentenza del Consiglio di Stato n. 1861 del 16 aprile 2014, entrambe nel senso della legittimità di simili misure e dei conseguenti provvedimenti di esecuzione.

<sup>41</sup> In particolare, può ricordarsi in questo senso il divieto di ubicare le attività di gioco e scommesse in edifici di interesse artistico o storico, introdotto ad esempio nel Regolamento comunale di Polizia Urbana per il decoro della città e la sicurezza dei cittadini del Comune di Pavia, approvato con deliberazione di Consiglio comunale n. 12 del 19 aprile 2011 e in seguito oggetto di modifiche.

*già ampiamente considerato da altre normative, per lo più nel quadro – e a logico completamento – della disciplina delle distanze minime, su cui non ci si sofferma nel presente lavoro).*

Tra i casi nei quali vi è stata una più forte "funzionalizzazione" degli strumenti di pianificazione urbanistica rispetto all'obiettivo di contrastare il gioco d'azzardo<sup>42</sup> (al di là, lo si ribadisce ancora, della mera previsione di vincoli relativi alle distanze minime rispetto a luoghi sensibili) vi è – tornando in Emilia Romagna – quello del Comune di Reggio Emilia, il cui regolamento urbanistico edilizio<sup>43</sup>, in virtù di una modifica approvata nel 2013<sup>44</sup>, ha classificato le attività ludico-ricreative svolte in pubbliche sale da gioco – comprese sale bingo, sale scommesse, quelle che utilizzano VLT e in genere gli apparecchi di cui all'art. 110 c. 6 del TULPS – all'interno di un uso specifico (nell'ambito del quale sono state ricomprese anche tutte quelle attività esercitate in locali aperti al pubblico ove si offrano servizi telematici di trasmissione dati, finalizzati al gioco d'azzardo ed alle scommesse di qualunque tipo, che recapitino tali dati anche al di fuori dei confini nazionali) e *ha circoscritto la possibilità di insediamento di tale uso nelle sole porzioni di territorio classificate come «ambiti specializzati per attività produttive esistenti»* (prevalentemente manifatturiere), il tutto solamente a seguito di apposita programmazione in sede di Piano operativo comunale e previa valutazione della sostenibilità socio-sanitaria, ambientale, territoriale dell'insediamento, con ciò *inibendo in modo assoluto l'avvio delle attività in questione in tutto il resto del territorio.*

Un simile approccio non è rimasto isolato ed è stato fatto proprio da diversi Comuni, nella stessa Regione e anche in altre.

Nel Regolamento Comunale sui criteri di installazione di nuovi apparecchi da intrattenimento con vincita in denaro e di sistemi da gioco Video Lottery, nonché di pratica ed esercizio del gioco d'azzardo e comunque dei giochi con vincita in denaro, leciti, comprese le scommesse<sup>45</sup> del Comune di Spresiano (TV), ad esempio, si è previsto che «[l]e sale gioco e le sale VLT [...], per la loro natura, possono essere localizzate [...] esclusivamente nella Z.T.O. (Zona Territoriale Omogenea) "D/2" - Zone per insediamenti commerciali e direzionali».

Alla luce di quanto si è visto in queste ultime pagine, ma con riguardo più in generale al complessivo approccio volto a porre al centro delle misure di contrasto al gioco d'azzardo gli aspetti "logistici", si vuol a questo punto fare qualche osservazione che si ricollega indirettamente ma fortemente all'oggetto e al taglio del presente lavoro nella misura in cui pone in evidenza, con stretta consequenzialità, le ragioni per cui *risultano di primario interesse nella prospettiva (della tutela del quadro normativo e assiologico) costituzionale, più che le misure volte a "regolamentare" (e con ciò legittimare) il gioco d'azzardo, le misure volte a contrastarlo in toto.*

E, in questo senso, perfino i divieti assoluti di gioco d'azzardo *in determinate aree*, pur risultando significativi e per molti versi utili (almeno a certe condizioni), mostrano per altri versi una natura ambigua, in un certo senso "ipocrita", un po' contraddittoria e addirittura potenzialmente controproducente. Non può infatti non rimarcarsi il rischio, giustamente evidenziato, che, in conseguenza di tali divieti e in genere delle misure adottate secondo l'approccio di cui sopra, «i

---

<sup>42</sup> Anche in questo caso non senza la possibilità di trovare appigli nella legislazione regionale, dal momento che la l.r. 4 luglio 2013, n. 5 (*Norme per il contrasto, la prevenzione, la riduzione del rischio della dipendenza dal gioco d'azzardo patologico, nonché delle problematiche delle patologie correlate*) dell'Emilia Romagna, all'art. 6, c. 2, ha espressamente previsto che, «[a]l fine di perseguire le finalità di cui all'articolo 1 della presente legge e gli obiettivi di cui all'articolo 2 della legge regionale 24 marzo 2000, n. 20 (*Disciplina generale sulla tutela e l'uso del territorio*), i Comuni possono dettare, nel rispetto delle pianificazioni di cui all'articolo 7, comma 10, del decreto legge n. 158 del 2012, convertito dalla legge n. 189 del 2012, *previsioni urbanistico-territoriali in ordine alla localizzazione delle sale da gioco [e delle sale scommesse, come si è poi precisato]*».

<sup>43</sup> Approvato con deliberazione del Consiglio comunale P.G. n. 5167/70 del 6 aprile 2011, ma poi, come si andrà subito a dire, oggetto di modifiche.

<sup>44</sup> Con deliberazione del Consiglio comunale P.G. n. 9602/51 del 25 marzo 2013.

<sup>45</sup> Approvato con deliberazione del Consiglio comunale n. 4 del 6 aprile 2016.

centri del gioco scompaiano dai centri abitati, ma ripropongano gli stessi pericoli nelle periferie»<sup>46</sup>, con effetti tra l'altro paradossali sotto il profilo dell'incidenza sociale del fenomeno, che in tal modo andrebbe prevedibilmente a concentrarsi e gravare sempre più, in ragione di elementi fattuali legati a luoghi di residenza e frequentazione abituali, sulle fasce di popolazione economicamente e culturalmente più fragili o comunque meno attrezzate<sup>47</sup>.

A supporto di tale timore assai realistico, è stata richiamato un dato molto indicativo e per più motivi preoccupante: e cioè che, stando a puntuali perizie effettuate nell'ambito di vicende giudiziarie<sup>48</sup>, è emerso come, almeno nei contesti di riferimento di tali perizie, le sale da gioco abbiano operato "in modo da rendere la localizzazione un parametro strategicamente non rilevante per la propria raccolta di gioco": più chiaramente, si è detto, "la raccolta di gioco complessivamente realizzata dalle sale gioco in un orizzonte temporale sufficientemente ampio (2011- 2017) risulta essere indipendente dalla loro distribuzione sul territorio"; sicché, come espressamente e molto significativamente giunge ad affermare il Consiglio di Stato, «la distanza degli esercizi dal baricentro dei vari comuni non costituisce un fattore incidente sulla capacità complessiva di raccolta degli esercizi medesimi»: ovvero, guardando l'altra faccia della medaglia, sull'entità complessiva del "consumo" da parte dei "fruitori" dei relativi "servizi"<sup>49</sup>!

#### 8. Le agevolazioni e in genere le diversificazioni di trattamento negli ambiti di competenza locale come strumento di contrasto al gioco d'azzardo

Alla luce di quanto si è da ultimo osservato emerge ancor più l'importanza di quel diverso approccio volto, come si andava dicendo, non semplicemente a regolamentare e per così dire "incanalare" le attività legate a giochi e scommesse, in particolare "riallocandole", sotto il profilo

---

<sup>46</sup> Così M. TIMO, *Le limitazioni all'esercizio delle sale giochi nella recente giurisprudenza del giudice amministrativo, in Corti supreme e salute* ([www.cortisupremeesalute.it](http://www.cortisupremeesalute.it)), 2019, 3, 613.

<sup>47</sup> Si noti più specificamente al riguardo come, nella stessa vicenda giudiziaria richiamata subito oltre, il consulente tecnico d'ufficio sia giunto alla "conclusione della sostanziale indifferenza, in termini di entità della raccolta e dei ricavi, della ricollocazione delle sale gioco" nelle aree disponibili in conseguenza del criterio distanziale sulla base dei seguenti, circostanziati rilievi, estremamente significativi in riferimento a quanto si stava dicendo: «che, per un verso, la spesa complessiva destinata ai diversi prodotti di gioco è molto più elevata nel caso di giocatori problematici e patologici [come emerge puntualmente da una allegata tabella], i quali, al contempo, sono molto più propensi allo spostamento verso i nuovi siti [come pure emerge da altra tabella], e che, per altro verso, la specializzazione dell'offerta sulle categorie dei giocatori ad elevato rischio è più redditizia per le imprese offerenti» (cfr. Consiglio di Stato, sent. n. 1618 del 2019).

<sup>48</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sent. n. 1618 del 2019, punto 10.1.4.2, richiamato da M. Timo nello scritto cit.

<sup>49</sup> La vicenda in esame, in effetti, risulta di particolare interesse perché mette allo scoperto, nel modo più concreto, quella contraddizione (e ipocrisia) di fondo di cui si diceva, sol che si pensi a quale, nel caso di specie, è stato l'effetto sul piano giuridico e sul piano pratico dell'aver accertato e posto in luce la scarsa o nulla incidenza delle misure (diciamo per intendersi) di delocalizzazione delle attività di gioco sui profitti delle imprese (e dunque, ecco il punto, anche, sulla complessiva "quantità" di gioco "consumata" dai consociati, in disparte quegli effetti di "rimodulazione qualitativa" del consumo precedentemente ricordati e a loro volta ulteriormente problematici se non paradossali).

L'effetto, si vuol dire, è stato quello di *trarre proprio da tale circostanza la conseguenza della legittimità dei divieti e in genere dei vincoli adottati* (per finalità, in teoria, di contrasto al gioco d'azzardo; *rectius*, lo sappiamo, di contrasto al gioco patologico, alla ludopatia ecc.). Divieti e vincoli che invece, si può dire semplificando (ma muovendosi con rigore nel quadro logico-giuridico del caso), *avrebbero rischiato di essere considerati illegittimi e annullati... qualora efficaci* (cioè qualora fossero risultati idonei a ridurre effettivamente i profitti delle imprese: e cioè, correlativamente, idonei a ridurre, secondo le teoriche finalità, le attività di "consumo"/*sperpero dei giocatori*)! In altri termini, ed estremizzando ancor di più, la logica seguita nella decisione sembrerebbe quasi tradire (e tradurre problematicamente su un piano giuridico) l'idea – tanto assurda in sé (e, ancora una volta, ipocrita) quanto purtroppo presente e operante nelle dinamiche reali – per cui divieti e limiti vari relativi al gioco d'azzardo sono ammissibili... commendevoli... finanche doverosi... *a patto che (alla prova dei fatti) non servano a nulla (o servano a poco)*...

appunto logistico<sup>50</sup> o anche sotto il profilo temporale, così in qualche modo (ri)legittimandole (pur con le più volte evidenziate ambiguità e contraddizioni) e addirittura, in certa misura, tutelandole; bensì a contrastare *in toto* tali attività, nei limiti naturalmente di quanto consentito dal complessivo quadro giuridico entro cui si collocano le misure adottate e adottabili dai Comuni.

E, come si era anticipato nel paragrafo 4, oltre alle varie misure ricordate fino a questo punto nella nostra prospettiva di analisi assumono speciale rilevanza quelle misure che introducono in diverse forme – anzitutto ma non soltanto, come vedremo, attraverso la leva fiscale/tributaria nei suoi vari “tentacoli”, sfruttando i relativi margini di modulazione – delle *diversificazioni di trattamento* tra i soggetti (privati o, come vedremo, anche pubblici) che forniscano servizi e/o favoriscano (o ancora, come pure vedremo, semplicemente consentano, “tollerino” o, a loro volta, non disincentivino) attività di gioco d’azzardo (in senso lato) ed i soggetti che invece con tali attività, per così dire, non abbiano a che fare o che – magari proprio per poter beneficiare dei vantaggi (o non subire gli svantaggi) appositamente previsti da tali discipline incentivanti/disincentivanti – decidano di... smettere di avere a che a fare.

Si delinea così, in altri termini, una sorta di *doppio binario*, davvero di notevolissimo significato anche per ciò che esso “esprime” in termini di complessiva visione e linea “politica”, o, come altrove si è detto, di “filosofia di fondo”: in tal modo, infatti, si manifesta una (generalizzata e assoluta) *stigmatizzazione istituzionale* di attività che, non potendo essere proibite del tutto dal momento che sono espressamente considerate lecite dalla disciplina nazionale, vengono tuttavia in quanto tali<sup>51</sup> *distinte* – sotto un profilo cruciale e, appunto, fortemente indicativo – *da tutte le altre attività economiche*<sup>52</sup>, al precipuo scopo<sup>53</sup> di *disincentivarle* (...e dunque auspicabilmente, per quanto l’obiettivo sia solo “ideale”, *eliminarle*; o quantomeno, e qui l’obiettivo non è più solo ideale, *ridurle nella misura maggiore possibile*).

Come appena accennato, tra i principali strumenti utilizzati (o utilizzabili) a questo fine vi sono quelli messi a disposizione dai (o, giungeremmo a dire, escogitati o escogitabili facendo un uso intelligente dei) vari poteri di “imposizione patrimoniale” di cui anche gli enti territoriali sono titolari.

Piuttosto diffuso, a livello regionale, è stato il ricorso – spesso attraverso previsioni coincidenti anche dal punto di vista “quantitativo” – a modulazioni dell’imposta regionale sulle attività produttive (IRAP) in funzione “premiante” o “incentivante” (rispetto alla *mancata offerta* o messa a disposizione di servizi e apparecchi per il gioco d’azzardo; e/o, specificamente, rispetto alla *cessazione/rimozione* di tali servizi o apparecchi) e disincentivante (rispetto alla prosecuzione delle attività in questione), le due cose, come si dirà subito, rappresentando spesso e per molti versi (...anche se non sempre e comunque non per tutti: v. oltre) le due facce di una stessa medaglia.

Nell’impossibilità di render conto in questa sede delle varie discipline, ci si limita a notare, al riguardo, come risultino indifferentemente – e molto spesso *cumulativamente* – utilizzate le due

---

<sup>50</sup> Sotto questo profilo assumono comunque un valore particolare, tale da suggerirne un diverso inquadramento, quei divieti assoluti (sui quali, proprio per tale motivo, ci si è qui soffermati) che, portando alla *completa* eliminazione degli esercizi da aree *di una certa estensione* (e con determinate caratteristiche), riescano a ottenere – o almeno sembrano potenzialmente idonei ad ottenere – un risultato complessivo di *ridimensionamento* del fenomeno.

<sup>51</sup> E dunque, appunto, in modo *generale*, e non – si noti – limitato alle sole (ipoteticamente isolabili) forme “patologiche” (o a concreto e specifico rischio di favorire forme di “fruizione” patologica) di tali attività.

<sup>52</sup> Laddove invece, come si tornerà a dire meglio nelle conclusioni (la questione essendo a nostro avviso assolutamente centrale), a livello nazionale si è assistito – secondo quanto è stato efficacemente osservato – a una tendenza opposta di avvicinamento/assimilazione tra le attività legate al gioco d’azzardo e tutte le altre attività economiche.

<sup>53</sup> Scopo non solo evidente, ma posto espressamente a fondamento (...di più, e la circostanza è ai nostri fini cruciale: a decisiva *giustificazione*) di tale distinzione di regime.



tecniche di base della *riduzione* dell'aliquota dell'imposta, in funzione *incentivante* o *premiabile*, e della *maggiorazione* di tale aliquota, in funzione *disincentivante*<sup>54</sup>.

Oltre alle agevolazioni e agli aggravii fiscali determinati dalle rimodulazioni dell'aliquota dell'IRAP, nelle normative regionali si rinvengono previsioni di tipo diverso ispirate tuttavia alla medesima logica (del "doppio binario", o comunque di una diversificazione di trattamento), e che spesso risultano di speciale interesse ai nostri fini in quanto fanno riferimento, in vari modi, al ruolo dei Comuni o comunque sono suscettibili di avere ricadute su di esso.

In via esemplificativa, possono segnalarsi quantomeno le seguenti previsioni.

Il comma 2 dell'art. 4 della l.r. del Lazio 5 Agosto 2013, n. 5 (*Disposizioni per la prevenzione e il trattamento del gioco d'azzardo patologico (GAP)*) dispone che «[i] comuni possono prevedere *incentivi* per i titolari di esercizi pubblici che *rimuovono* slot machine o videolottery o che scelgono di non installarle, secondo *criteri e modalità da determinare con appositi regolamenti comunali*».

In Valle d'Aosta – dove, con l'art. 9 della l.r. 15 giugno 2015, n. 14 (*Disposizioni in materia di prevenzione, contrasto e trattamento della dipendenza dal gioco d'azzardo patologico. Modificazioni alla legge regionale 29 marzo 2010, n. 11 (Politiche e iniziative regionali per la promozione della legalità e della sicurezza)*), si è istituito un apposito marchio regionale "Slot-Free - Regione autonoma Valle d'Aosta" – si è disposto, al terzo e ultimo comma del medesimo articolo, che «[i] Comuni possono prevedere, nel rispetto della disciplina in materia di aiuti di Stato, *agevolazioni sui tributi di propria competenza* a favore dei soggetti che conseguono il marchio» suddetto.

In Umbria, sotto la rubrica "*Marchio regionale 'No slot' e incentivi alla rimozione degli apparecchi per il gioco lecito*", l'art. 4 della l.r. 21 novembre 2014, n. 21 (*Norme per la prevenzione, il contrasto e la riduzione del rischio della dipendenza da gioco d'azzardo patologico*) dispone, nel suo testo attuale<sup>55</sup>, che «[è] istituito il marchio regionale "No Slot", rilasciato, *a cura dei comuni*, agli esercenti di pubblici esercizi, ai gestori di circoli privati e di altri luoghi deputati all'intrattenimento che *disinstallano* o *scelgono di non installare* apparecchi per il gioco lecito»; e, al comma 2, che «[l]a Regione, nella concessione di *finanziamenti, benefici e vantaggi economici comunque denominati*, considera *titolo di preferenza* l'assenza di apparecchi per il gioco [...], attestata dall'esposizione del marchio di cui al comma 1».

Tale disciplina, e il suo confronto con quella che si esaminerà subito oltre, ci consentono di mettere a fuoco un aspetto di un certo rilievo sia dal punto di vista pratico sia per le sue implicazioni teoriche. Si è appena visto come, qui come in altri casi simili, si utilizzi l'espressione "titolo di preferenza" (o altre analoghe): il che lascia intendere che resterebbe la possibilità di concedere comunque finanziamenti, benefici e vantaggi *anche* a soggetti che (non dispongano del marchio in quanto) abbiano scelto, in particolare, di installare e non dismettere apparecchi per il gioco. Si tratta di opzioni legislative che risultano alquanto discutibili. Per questo motivo sembrava utile richiamare l'attenzione sul punto, segnalando e proponendo al contempo come esempio positivo sotto questo aspetto – al quale sarebbe molto opportuno che ci si ispirasse a fini di rapida modifica delle diverse legislazioni attualmente vigenti (nel senso appunto dell'"allineamento" a tale diversa e assai più adeguata opzione normativa) – quello del Piemonte.

L'art. 4 della l.r. 2 maggio 2016 n. 9 (*Norme per la prevenzione e il contrasto alla diffusione del gioco d'azzardo patologico*) di tale Regione, infatti, oltre a prevedere (fissando un termine) la predisposizione, ad opera della Giunta regionale, «di un marchio regionale "Slot no grazie" rilasciato, a cura dei comuni, agli esercenti di esercizi pubblici e commerciali, ai gestori di circoli

---

<sup>54</sup> Appena il caso di evidenziare come tra questi due modi di procedere vi sia una non trascurabile differenza... in termini di gettito fiscale.

<sup>55</sup> Risultante dalle modifiche introdotte dai commi 1 e 2 dell'art. 2 della l.r. 22 luglio 2016, n. 7.

privati e di altri luoghi pubblici od aperti al pubblico che *scelgono di non installare o di disinstallare apparecchi per il gioco* di cui all’articolo 110, commi 6 e 7 del r.d. 773/1931», dispone chiaramente che «[l]a Regione, nella *concessione di finanziamenti, benefici e vantaggi economici comunque denominati*, considera come *requisito essenziale l’assenza di apparecchi per il gioco* [...] all’interno degli esercizi autorizzati all’installazione di tali apparecchi»<sup>56</sup>.

L’art. 13, c. 2 della l.r. 11 gennaio 2019, n. 2 della Regione Sardegna, poi, dispone che «[i] comuni [...] possono prevedere per i titolari di esercizi *che rimuovono o che rinunciano all’installazione di apparecchiature per il gioco d’azzardo lecito, agevolazioni, perenni o una tantum, sui tributi comunali (Imu, Tasi, Cosap e altri eventuali)*, secondo criteri e modalità da determinare con appositi regolamenti comunali».

Disposizioni grossomodo corrispondenti a quelle presenti in leggi di diverse altre Regioni si rinvencono – non senza qualche piccola variante (che però, deve notarsi, non va nel senso di una maggior incisività) – nella recente l.r. 10 settembre 2019, n. 38 (*Norme sulla prevenzione e cura del disturbo da gioco d’azzardo patologico*) del Veneto. All’art. 6, tra le competenze dei Comuni (i quali, come si afferma, «in conformità al principio di sussidiarietà di cui all’articolo 118 della Costituzione, sono competenti in via generale all’attuazione della presente legge»), si menziona anche la possibilità di «prevedere *forme premianti* per gli esercizi e per i gestori di circoli privati e di altri luoghi deputati all’intrattenimento che *scelgono di non installare o di disinstallare* nel proprio esercizio le apparecchiature per il gioco d’azzardo». L’art. 11, rubricato “*Sistema incentivante*”, dispone poi che «[l]a Regione e i Comuni, per quanto di rispettiva competenza, nella concessione di finanziamenti, benefici e vantaggi economici comunque denominati, *possono considerare titolo di preferenza l’assenza di apparecchi da gioco d’azzardo e di altre forme di gioco d’azzardo*»<sup>57</sup>.

Si distingue dalle altre e risulta di particolare interesse la disciplina contenuta – con le integrazioni apportate dall’art. 32 della legge provinciale 30 dicembre 2015, n. 21 (*Legge di stabilità provinciale 2016*) – nell’art. 7 della legge provinciale 22 luglio 2015, n. 13 della Provincia autonoma di Trento, ove da un lato si dispone che «[l]a Giunta provinciale può stabilire che gli *aiuti previsti dalla normativa provinciale per gli investimenti* a favore delle imprese siano concessi *solo agli esercizi commerciali e agli esercizi pubblici in cui non sono collocati gli apparecchi da gioco* [...] e a condizione che il richiedente *si impegni a non installare* questi apparecchi per il periodo stabilito dalla Giunta», e dall’altro si prevede che, «[s]e l’esercente che ha installato nel proprio locale gli apparecchi da gioco [...] *decide di recedere dal relativo contratto di noleggio*, la Provincia può concedere un contributo nella misura massima del *50 per cento dell’importo della penale* eventualmente prevista, secondo i criteri e le modalità stabiliti con deliberazione della Giunta».

Sorvolando sulle discipline di altre Regioni, si può ora tornare a concentrare l’attenzione sulle misure adottate a livello comunale, in collegamento oppure a prescindere da qualsiasi legame con le menzionate previsioni – “facoltizzanti” o vincolanti – contenute nelle rispettive leggi regionali di riferimento. Sotto quest’ultimo aspetto può valer la pena cogliere l’occasione per evidenziare incidentalmente la valenza più che altro “promozionale” e (*politicamente, più giuridicamente*) “legittimante” delle disposizioni “normative” regionali, che in molti casi nulla aggiungono, sul piano prettamente giuridico, a quelli che sarebbero comunque i poteri, le facoltà e in generale le competenze – nonché, per così dire, le *possibili modalità di utilizzo delle competenze* – dei Comuni<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> Chiaramente (e opportunamente) ispirata alla disciplina contenuta nella legge del Piemonte è quella contenuta nell’art. 16 della l. 26 aprile 2018, n. 9 (*Interventi regionali per la prevenzione e il contrasto del fenomeno della ‘ndrangheta e per la promozione della legalità, dell’economia responsabile e della trasparenza*) della Regione Calabria.

<sup>57</sup> Si noti – con riguardo alla frase finale – la sensibile differenza rispetto alle soluzioni accolte, sullo stesso aspetto, nelle leggi del Piemonte e della Calabria (ove si dispone che la Regione «*considera come requisito essenziale* [...]»).

<sup>58</sup> Il che non toglie però, lo si vuol pure ribadire, che le citate previsioni regionali possano ugualmente avere, sul piano pratico, una notevole utilità, proprio in relazione all’effetto al contempo di stimolo e di “copertura” che esse

Venendo dunque ad alcune delle misure comunali più interessanti, si può senz'altro iniziare da quelle, piuttosto numerose, consistenti in agevolazioni relative... alla *tassa sui rifiuti* (la cosa a questo punto non dovrebbe sorprendere e non dovrebbe essere necessario spendere molte parole per richiamare l'attenzione e sollecitare la riflessione su quest'utilizzo strumentale, o come è stato detto e si tornerà a dire "trasversale", da parte dei Comuni, di tutte le proprie competenze in vista del perseguimento del legittimo – e, possiamo aggiungere, costituzionalmente apprezzabilissimo se non strettamente doveroso – obiettivo perseguito).

In questo senso merita di essere citato per primo – in virtù della sua audace, colorita e quanto mai indicativa formulazione – l'art. 26 bis del "Regolamento per la disciplina della tassa rifiuti (TARI)" del Comune di Monfalcone (GO), ove si prevede testualmente che «[a] decorrere dall'anno 2014 per gli esercizi commerciali che rimuovono "macchine mangiasoldi" (slot machine) o analoghi dispositivi elettronici destinati al gioco d'azzardo e che rinuncino all'installazione degli stessi per un ulteriore periodo non inferiore a due anni, è disposta una riduzione del 15% del tributo per il primo anno e del 30% nei due anni successivi».

Sulla stessa linea possono ricordarsi molti altri provvedimenti, tra cui quello del Comune di Soliera (MO), che già con il "Piano economico finanziario e delle tariffe della tassa sui rifiuti - TARI - per l'anno 2014", approvato con deliberazione del Consiglio comunale n. 19 del 10 luglio 2014, ha introdotto – o meglio confermato<sup>59</sup> – una «riduzione tariffaria, riservata agli utenti esercenti attività di bar o tabaccherie che presentino autocertificazione al Gestore attestante l'assenza di videopoker o slot-machine nei locali d'esercizio della propria attività».

Di pochi giorni successivo è il "Regolamento per l'applicazione della tassa sui rifiuti – TARI" del Comune di Modena, approvato con deliberazione del Consiglio comunale n. 65 del 24 luglio 2014 e successivamente modificato più volte<sup>60</sup>. Ivi, all'art. 9, c. 9, si prevede che «[a]lle utenze non domestiche di pubblici esercizi che *cessino di detenere e utilizzare "slot machine" e simili precedentemente autorizzate ed in esercizio*, si riconosce l'agevolazione, nella misura complessiva del 50% della quota variabile della tariffa [...]. *Ogni anno deve essere comunque presentata apposita comunicazione che attesta la sussistenza delle condizioni richieste* [circostanza, questa, che sembrerebbe indicare che la misura, seppur collegata alla dismissione di apparecchi, non è concepita come un incentivo *una tantum* e temporaneo, ma come un'agevolazione continuativa]».

Pressoché coevo è il "Regolamento Comunale per la disciplina della tassa sui rifiuti (TARI)" del Comune di Cavriago (RE)<sup>61</sup>, il cui art. 9, c. 2, ha previsto che, dal 2015, «[p]er le utenze non domestiche, i soggetti che esercitano, a titolo principale, attività di bar o attività di commercio al dettaglio di prodotti del tabacco che dichiarano al Comune di non avere installato, di non installare o di aver disinstallato apparecchi di video poker, slot machine, videolottery o altri apparecchi con vincita in denaro, è applicata una riduzione del 25 % sulla parte variabile della tariffa del tributo».

Nello stesso periodo misure simili sono state adottate, nel quadro di una più ampia strategia di contrasto al gioco d'azzardo, dal Comune di Sori (GE), il quale, all'art. 22, c. 3, del Capitolo 4 - *Regolamento componente tassa sui rifiuti (TARI) del Regolamento per l'applicazione dell'imposta unica comunale* approvato con deliberazione consiliare n. 13 del 29 aprile 2014 e modificato con

---

hanno rispetto a iniziative e misure comunali che, in assenza di tali previsioni, più difficilmente avrebbero visto e vedrebbero la luce.

<sup>59</sup> Nella relativa delibera si legge infatti che il Consiglio comunale ha «[r]itenuto [...] di voler *confermare* le seguenti ulteriori *agevolazioni* da iscrivere in bilancio come autorizzazioni di spesa [...]». Non si è avuto modo di appurare a quando risalisse la decisione originaria.

<sup>60</sup> E precisamente con deliberazioni del Consiglio comunale n. 64 del 27 luglio 2015, n. 22 del 28 aprile 2016, n. 27 del 30 marzo 2017, n. 13 del 22 febbraio 2018 e n. 24 del 21 marzo 2019.

<sup>61</sup> Approvato con delibera del Consiglio comunale n. 37 del 30 luglio 2014 e in seguito più volte modificato, ma non nella parte di nostro interesse.

deliberazione n. 39 del 29 settembre 2014, ha previsto la «riduzione del 10% della tassa, sia della quota fissa che della quota variabile, a favore degli occupanti, detentori, possessori di locali iscritti nelle categorie n. 11 "Edicola, farmacia, tabaccaio, plurilicenze", n. 16 "Ristoranti, trattorie, osterie, pizzerie" e n. 17 "Bar, caffè, pasticceria", che dichiarino di non aver installato e di non installare apparecchi di video poker, slot machine, videolottery o altri apparecchi con vincita in denaro».

Seguendo questi ed altri esempi (tra cui quello di un regolamento adottato dal Comune di Fornovo di Taro, in provincia di Parma, il 19 maggio 2014), all'interno del Titolo III – *Disciplina della tassa sui rifiuti (TARI)* del "Regolamento per la disciplina dell'imposta unica comunale (I.U.C.)" del Comune di Villar Dora (TO), approvato con delibera del Consiglio comunale n. 25 del 22 luglio 2014, è stato aggiunto (con successiva deliberazione consiliare n. 33 del 29 dicembre 2015) un articolo – il 38 bis – in base al quale: «1. A partire dall'anno 2016, per i pubblici esercizi che esercitano come attività principale l'attività di "bar" ovvero l'attività di "commercio al dettaglio di prodotti del tabacco" che *rimuoveranno* dai propri locali *tutte le slot machines o apparecchiature similari per il gioco d'azzardo elettronico* presenti è applicata, secondo le modalità di cui ai commi successivi del presente articolo, *una riduzione del 40% della tariffa del tributo nella quota variabile* [...]».

Tra i molti altri, anche il Comune di Sissi (SS) ha ritenuto, dapprima in via sperimentale per il 2016<sup>62</sup>, poi sistematicamente negli anni successivi<sup>63</sup>, di applicare una riduzione della tassa sui rifiuti «alle utenze non domestiche quali bar, caffè, pizzerie o altri esercizi di ristorazione *che attestino l'assenza di apparecchi da gioco del tipo slot-machine, video poker e simili dai propri locali*», «nella misura del 30 per cento della tariffa».

Oltre che facendo leva sulla possibilità di modulare la tassa sui rifiuti, diversi Comuni hanno poi perseguito l'obiettivo di contrastare la diffusione del gioco d'azzardo attraverso analoghe modulazioni dell'Imposta municipale unica (IMU) o della Tassa sui servizi indivisibili (TASI).

Il Comune di Gonzaga (MN), ad esempio, già da diversi anni prevede aliquote agevolate (pari al 0,93% per l'IMU 2020) per i «per i fabbricati iscritti catastalmente nella categoria C/1 (Negozzi e Botteghe) *purché prive di slot-machine*»<sup>64</sup>.

In alcuni casi, entrambe le agevolazioni (quella relativa alla TARI e quella relativa all'IMU o TASI) sono state contestualmente previste<sup>65</sup>.

In altri casi, per favorire la dismissione o la rinuncia all'installazione di *slot machines* e apparecchi simili all'interno di esercizi di varia natura si sono adottati provvedimenti *ad hoc*.

Tra i primi interventi di questo genere può ricordarsi la delibera della Giunta comunale del Comune di Budoni (SS) del 17 aprile 2014, n. 39, successivamente rettificata con delibera del 20 maggio 2014, n. 50 dello stesso organo, e avente ad oggetto "Contributi a favore dei titolari di esercizi pubblici che non detengono o scelgono di non installare slot machines". Ivi si è previsto «di stanziare € 10.000,00 per la concessione di contributi economici a favore dei titolari di esercizi

---

<sup>62</sup> Delibera del Consiglio comunale n. 17 del 12 aprile 2016 avente ad oggetto: "*TARI (Tassa sui rifiuti). Approvazione delle tariffe per l'anno 2016*".

<sup>63</sup> V. ad es. la delibera del Consiglio comunale n. 12 del 13 marzo 2018 – oggetto: "*TARI (tassa sui rifiuti). Approvazione delle tariffe per l'anno 2018*" – ove si conferma la volontà «di applicare, come per l'anno 2018, la suddetta riduzione alle utenze non domestiche quali bar, caffè, pizzerie o altri esercizi di ristorazione che attestino l'assenza di slot-machine nel rispetto di quanto stabilito dal regolamento, nella misura del 30 per cento della tariffa».

<sup>64</sup> Comune di Gonzaga, Nuova IMU 2020. In precedenza, già ad esempio nel 2017, si era prevista un'aliquota TASI agevolata «dello 0,65 per mille per i fabbricati iscritti catastalmente nella categoria C/1 (Negozzi e Botteghe) *purché prive di slot-machines*».

<sup>65</sup> Così è avvenuto a Olmedo (SS), dove già con delibera del Consiglio comunale del 14 aprile 2016 è stato disposto un abbattimento del 70% dell'IMU per gli immobili privi di slot machines, e poi, con delibera del 28 marzo 2019, n. 10, si è concessa – modificando l'art. 23 del regolamento TARI del 24 ottobre 2014 – «la riduzione del 20% del Tributo in favore delle attività commerciali (bar - tabacchi) che rinunciano all'installazione o dismettono i dispositivi videopoker e slot machine [...]».

pubblici che non detengono nel proprio esercizio slot machines o che decideranno di non installarle», e, in particolare, «di attribuire agli interessati un contributo “una Tantum” di € 500,00, previa attestazione dell’assenza di slot machines nei propri locali e dell’impegno a non installarle» (preso poi «atto che per mero errore materiale nella succitata deliberazione si è stabilito che i beneficiari dei contributi in oggetto fossero tutti i titolari di esercizi pubblici, anziché esclusivamente i titolari di bar con attività annuale», si è, con la seconda delibera citata, «[r]itenuto opportuno rettificare [tale] deliberazione», restringendone il campo di applicazione nel senso indicato).

Il Comune di Sassari, con delibera del Consiglio comunale n. 9 del 12 febbraio 2015, ha approvato un apposito “Regolamento per la concessione di contributi al fine di contrastare la ludopatia”, che – con «l’obiettivo, mediante agevolazioni economiche, di *contrastare la diffusione delle apparecchiature di cui all’art. 1 negli esercizi commerciali presenti in tutto il territorio comunale*, limitando la dipendenza da gioco su fasce di consumatori psicologicamente più deboli» (art. 2) – «disciplina la concessione di contributi in favore dei titolari di Pubblici esercizi dell’intero territorio comunale che cessano di detenere, o non detengono da almeno un anno, o che si impegnano a non installare nei successivi tre anni, nei locali del pubblico esercizio gli apparecchi di cui all’art. 110, comma 6, lettera a) del T.U.LP.S. (c.d. “slot machine”) e che aderiscano al programma triennale di contrasto alla ludopatia appositamente predisposto dal Settore Servizi sociali» (art. 1).

Un modo di procedere simile – che, per intendersi, potrebbe definirsi “misto” (per il motivo che emergerà poco oltre) – è stato seguito anche dal Comune di Oristano, dove, con deliberazione n. 244 del 17 dicembre 2015 la Giunta comunale ha definito gli indirizzi per la predisposizione, avvenuta poche settimane dopo, di un “Bando per la concessione di incentivi a favore dei titolari di attività locali che rimuovono slot machine o videolottery” nel quale è stata prevista «l’erogazione di un incentivo economico alle attività che si impegnano a rimuovere slot machine e videolottery dai propri locali», con uno «stanziamento complessivo [...] di € 8.000,00».

La peculiarità consiste nel fatto che «[p]er ciascun beneficiario è previsto un contributo di € 800,00 a titolo di credito d’imposta, sotto forma di compensazione per il pagamento dei tributi comunali (TARI, TASI, IMU)» (art. 2).

In altri casi ancora, la presenza di *slot machines* e apparecchi simili è stata presa in considerazione “in negativo”, per esempio ai fini dell’esclusione da determinati contributi altrimenti dovuti o potenzialmente ottenibili (secondo uno schema che ritroviamo anche, a un altro “livello”, nell’art. 7 della legge provinciale 22 luglio 2015, n. 13 della Provincia autonoma di Trento)<sup>66</sup>.

Molti altri Comuni hanno introdotto previsioni ispirate alla medesima logica, ma più generali (e generiche); e rinvianti, per la loro concreta attuazione, all’adozione di ulteriori provvedimenti. L’art. 19, c. 5 del già richiamato Regolamento del Comune di Portici (NA) del 19 febbraio 2016 prevede ad esempio che, «[n]el caso in cui l’imprenditore che abbia ottenuto la relativa autorizzazione prima dell’entrata in vigore del presente Regolamento [...] *rinunci spontaneamente a tale autorizzazione e disinstalli completamente* gli apparecchi da gioco che prevedono vincite in danaro è destinatario di *incentivi che sono deliberati di anno in anno dal Comune* in base alle disponibilità di bilancio»<sup>67</sup>.

Nel quadro dell’approccio, particolarmente stimolante nella nostra prospettiva, al quale si ispirano le misure di cui ci si è occupati finora in questo paragrafo si collocano anche – andando a

---

<sup>66</sup> Può ricordarsi, in questo senso, l’art. 3 del *Regolamento per l’assegnazione dei contributi da oneri di urbanizzazione secondaria le per chiese e gli altri edifici religiosi, i centri sociali, e le attrezzature culturali e sanitarie*, approvato dal Comune di Pistoia con delibera del Consiglio comunale n. 79 del 30 giugno del 2014.

<sup>67</sup> Similmente, ma in termini ancor più vaghi, il Regolamento comunale per le sale giochi e per l’installazione di apparecchi elettronici da intrattenimento o da gioco adottato dal Comune di Chivasso il 27 ottobre 2016 dispone all’art. 2, c. 6, che «[l]e procedure disciplinate dal presente Regolamento si informano, in particolare, ai seguenti principi: [...] f) previsione di *forme di benefici o vantaggi economici* per gli operatori commerciali che *rinunciano a installare* apparecchi ex art 110 cc 6 e 7 del TULPS all’interno degli esercizi pubblici autorizzati all’installazione».

porsi inoltre come un ulteriore elemento di quel fruttuoso intreccio di dinamiche ascendenti e discendenti (nei rapporti, soprattutto, tra Comuni e Regioni) già emerso nell’ambito dell’analisi – quelle previsioni, inserite in atti normativi *regionali*, che introducono «misure incentivanti [non direttamente per determinati soggetti privati; bensì, confidando sullo spirito di iniziativa *dei Comuni* e cercando in modo concreto di stimolarlo] *per quegli enti locali che*, nel dare in concessione proprie strutture a carattere sociale o ricreativo e sportivo valorizzano, tra i criteri di aggiudicazione, la rinuncia ad installare *slot machines* ed apparecchi simili od anche che prevedessero nei contratti di servizio per il trasporto pubblico locale (notoriamente utilizzato proprio da quelle fasce di cittadini vulnerabili cui la protezione intende rivolgersi) l’assenza di pubblicità di giochi o, in positivo, la presenza di informazioni sui rischi del gioco, sulle campagne promosse dalle ASL, ecc.»<sup>68</sup>.

Tali misure, si vuol dire a conclusione di tutto il discorso, mettono in effetti in luce una circostanza di fondo ai nostri fini estremamente significativa: circostanza che è stata colta ed espressa in termini molto efficaci e – ciò che più conta – suscettibili di essere riferiti a diverse altre misure (non solo regionali ma anche) comunali di contrasto al gioco d’azzardo esaminate in questo paragrafo o in precedenza.

Con specifico riguardo alle misure evocate da ultimo, ma, appunto, svolgendo un’osservazione che ben può estendersi anche a molte delle altre, e che pare avvalorare proprio quella chiave di lettura che si è tentato di proporre in questa pagine, si è infatti espressa l’idea che, «[i]n somma, potremmo assistere a una di quelle *best practices* in cui la Regione [...o appunto, come si diceva, il Comune] utilizza trasversalmente tutte le proprie *competenze* per perseguire una propria *politica* (di prevenzione della dipendenza dal gioco, in tal caso)» (corsivi originali)<sup>69</sup>.

#### *9. Cenni ricostruttivi circa l’uso di competenze degli enti territoriali per il perseguimento di finalità “politiche” ... di tutela e attuazione di diritti e principi fondamentali*

Le parole appena citate – e, alla base, le misure richiamate nel precedente paragrafo come pure altre esaminate in precedenza e riconducibili sotto questo profilo al medesimo *genus* – sembrano offrire lo spunto (e anzi, si ritiene, un’ottima ragione) per riflettere, o tornare a riflettere, su un tema più generale, e cioè quello del rapporto tra: (a) (uso “mirato” o, come si diceva, “trasversale” delle) competenze degli enti territoriali, (b) perseguimento (per tale via) di una propria linea d’azione “politica” (in ipotesi contraria a quella nazionale) e (c) ruolo dei diritti e dei principi fondamentali.

Semplificando un po’, si potrebbe arrivare a proporre – sulla base di una serie di elementi in parte considerati in queste pagine e in parte in altra sede (previsioni legislative regionali, misure comunali, statuizioni dei giudici amministrativi e della Corte costituzionale); e, soprattutto, delle relazioni che si sono create tra tutti questi elementi – una ricostruzione complessiva di questo tipo:

a) su un piano del tutto generale, nella materia oggetto di analisi (misure di contrasto al gioco d’azzardo) è emersa – come del resto era già stato notato ed efficacemente detto qualche anno addietro – «una serie di sfaccettature di competenze, dello Stato, delle Regioni e Province autonome e dei Comuni, nessuna delle quali può definirsi prevalente o assorbente, ma ciascuna caratterizzata dagli interessi concreti da perseguire, nel rispetto delle rispettive sfere, ciascuna delle quali è egualmente tutelata da Costituzione»<sup>70</sup>;

---

<sup>68</sup> S. SCAGLIARINI, *Rien ne va plus: la Consulta conferma la competenza regionale sulla ubicazione delle slot machines*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015, e in *Le Regioni*, 2017, 1084-1092.

<sup>69</sup> *Ibidem*.

<sup>70</sup> R. CHIEPPA, *Gioco d’azzardo: rischi e pericoli, ritardi e timidezza dello Stato e competenza delle Regioni e Comuni nelle azioni di contrasto alle dilaganti patologie (ludopatia o gap)*, cit., 1122.

b) più nello specifico, le “sfaccettature di competenze” degli enti territoriali si sono quantitativamente moltiplicate (si pensi alla *varietà* tipologica delle misure richiamate nel presente lavoro), si sono allargate e, per così dire, “approfondite” (si pensi alla crescente incisività e, per così dire, alla crescente “audacia” di tali misure, nei rispettivi ambiti), e, soprattutto, si sono tinte in maniera sempre più forte di una coloritura “politica”, nel senso che si è più volte accennato e che si andrà subito a precisare ulteriormente;

c) la “politicalità” degli obiettivi perseguiti (attraverso quest’utilizzo “strumentale” o “funzionalizzato” di poteri e competenze varie degli enti territoriali) si caratterizza e anzi in larga parte discende, ancor più specificamente, dal loro porsi in stretta relazione (...anche laddove non ve ne sia piena consapevolezza) con diritti e principi fondamentali di rilievo costituzionale (nonché dotati di pieno riconoscimento a livello sovranazionale). In altri termini, è anche e soprattutto dalla circostanza che tali obiettivi (in sostanza e in breve: *tutti, o pressoché tutti, gli obiettivi perseguiti mediante il contrasto al gioco d’azzardo*) siano *riconducibili*<sup>71</sup> a *diritti e principi costituzionali* – evidentemente (ecco il punto) *intesi e valorizzati da Regioni e Comuni in modo diverso da quanto, almeno nei fatti, dimostrino di fare le istituzioni statali* – che discende quella profonda *contrapposizione di visioni (o filosofie) di fondo* e di indirizzi operativi (e normativi) tra enti territoriali e Stato rispetto alla quale è sembrato inevitabile evocare la nozione di “indirizzo politico”;

d) allo stesso tempo – e qui emerge un’ulteriore peculiarità delle dinamiche di cui ci stiamo occupando, che vale in qualche modo a “chiudere il cerchio” – quel collegamento teleologico tra misure regionali e comunali di contrasto al gioco e tutela/attuazione diritti e principi costituzionali ha rappresentato (semplificando ed estremizzando il discorso allo scopo di esprimere meglio il concetto di fondo)... il motivo per cui quelle misure sono state considerate legittime: o perché ne è direttamente derivato un “titolo” di competenza degli enti territoriali (basti richiamare, in questo senso, il ruolo giocato dal richiamo alla “salute”, costituzionalmente rilevante non solo ai sensi dell’art. 32 ma anche ai sensi dell’art. 117, comma 3!), o perché – più nel merito (ammesso e non concesso che sia qui il caso distinguere nettamente questioni di merito e questioni di competenza) – l’essere determinate misure finalizzate e oggettivamente funzionali alla protezione e al rispetto di diritti e principi fondamentali (e in genere al soddisfacimento di esigenze di primario rilievo costituzionale) ha fisiologicamente e positivamente influito su ponderazioni e valutazioni (talora “bilanciamenti”, anche se del termine si è fatto spesso un vero e proprio abuso, parecchio fuorviante) effettuate in sede di controllo di legittimità (e/o di legittimità costituzionale) delle misure in questione, ad opera della Corte costituzionale, del Consiglio di Stato e dei molti altri giudici amministrativi che negli ultimi lustri hanno dovuto confrontarsi con impugnazioni e ricorsi tanto numerosi quanto, di norma, infondati (proprio per il motivo cui si sta facendo qui riferimento: e cioè – in poche parole e con la consueta, forte semplificazione – per la necessaria prevalenza dei diritti e principi fondamentali tutelati dalle varie misure di contrasto al gioco rispetto agli interessi economici che con tali diritti e principi si pongono in conflitto).

## 10. Riflessioni conclusive

Per provare a formulare qualche considerazione conclusiva – volta non già a riepilogare i frutti della precedente analisi, ma ad aggiungere, rispetto a quanto si è finora detto, qualche ulteriore riflessione sulla complessiva tematica – possono prendersi le mosse dalla sintetica e perspicua osservazione secondo cui «[i]l tutto ha inizio quando, a fronte dell’aumento esponenziale del gioco con vincite in denaro in Italia, favorito anche da una *politica statale tesa più ad incanalare nel gioco*

---

<sup>71</sup> ...più o meno direttamente e più o meno interamente; ma spesso, davvero, in modo immediato e pieno...

*lecito la domanda* per sottrarla alla criminalità organizzata [e su questo bisognerebbe in verità aprire un'ampia parentesi, se non altro a partire dalla circostanza che tale obiettivo risulta raggiunto solo in misura del tutto insoddisfacente: in ragione, tra l'altro e in particolare, delle *radicate e diffuse infiltrazioni di quest'ultima nelle stesse attività di gioco lecito*] che a circoscriverla, molti Comuni, trovandosi di fronte a problematiche sia di ordine pubblico che di emergenza sociale e sanitaria, per il diffondersi di una dipendenza da gioco, con gravi conseguenze anche sul piano economico per le famiglie, presero l'iniziativa di tentare di ridurre il fenomeno della ludopatia e prevenirne le conseguenze attraverso una propria regolamentazione, ora riducendo gli orari di apertura degli esercizi in cui si svolge il gioco, ora vietandone l'ubicazione in zone urbane caratterizzate dalla forte probabilità di presenza di persone vulnerabili<sup>72</sup>, ora – può aggiungersi – adottando le molte altre misure, di cui ci siamo fin qui diffusamente occupati, volte a contrastare *in toto* il fenomeno (pur senza poter arrivare – per ragioni intuibili – a eliminarlo completamente). E in effetti, come lo stesso Autore, anche ricollegandosi a studi precedenti<sup>73</sup>, ben evidenzia (andando a toccare quello che a nostro avviso, come si tornerà a dire subito oltre, è un punto assolutamente cruciale di tutto il discorso) vi è stata nel nostro Paese una «evoluzione [ma chi scrive preferirebbe parlare di una *involuzione*] culturale, normativa e giurisprudenziale che ha portato da un giudizio di disvalore verso il gioco d'azzardo alla sola volontà di arginarne gli effetti problematici in termini di ordine pubblico»<sup>74</sup>: evoluzione che, come è stato messo in luce, ha «portato all'*assottigliamento della distanza tra esso e le altre attività economiche*»<sup>75</sup>.

Ebbene, è esattamente qui, ci sembra di poter meglio dire a questo punto, uno dei nodi problematici (per certi versi, *il* nodo problematico) di fondo, dal punto di vista costituzionale, dell'intera tematica, ad esso ricongiungendosi in modo più o meno diretto, per un motivo o per l'altro, quasi tutte le altre questioni (non a caso) controverse che – in queste pagine o in altra sede – abbiamo affrontato (o almeno toccato): da quelle inerenti al riparto, e in genere alla spettanza, di competenze in capo ai vari enti e ai rispettivi spazi, fondamenti e limiti di intervento (aspetti a loro volta ricollegati a più profonde questioni relative all'inquadramento teleologico e, verrebbe da dire, assiologico delle misure adottate nell'esercizio di tali competenze) a quelle relative al possibile utilizzo "pregnante" e (... costituzionalmente?) orientato della leva tributaria e/o di altre agevolazioni, e in genere differenziazioni di trattamento, in funzione di contrasto della diffusione del fenomeno e in genere di perseguimento di obiettivi ritenuti (non a torto) maggiormente in linea con i vincoli costituzionali (e appunto, come si diceva, col quadro assiologico alla base della, e risultante dalla, Costituzione). E, volendo trovare un filo rosso che lega insieme pressoché tutte le questioni qui accennate (ed altre ancora), sembra proprio di poterlo cogliere in relazione al (sostanzialmente comune) modo di porsi delle svariate misure locali di cui ci siamo occupati rispetto al nodo di fondo di cui sopra: un modo di porsi, ecco il punto, esattamente opposto rispetto a quello che, come si è poc'anzi ricordato, è andato caratterizzando – con tutte le contraddizioni che ne sono inevitabilmente conseguite anche all'interno della stessa legislazione nazionale – l'azione dello Stato, sul piano normativo e non solo.

Mentre quest'ultima, come si diceva, si è ispirata all'idea di (o, se si preferisce, ha prodotto l'effetto di) un'assimilazione o un avvicinamento delle attività imprenditoriali – di questo si tratta – legate al gioco d'azzardo (siano esse imputabili allo Stato o a soggetti privati) a tutte le altre "normali" attività economiche, con conseguente (più o meno surrettizia, e, si vuol dire, più o meno costituzionalmente tollerabile) estensione alle prime del regime del seconde, il complessivo

---

<sup>72</sup> Così S. SCAGLIARINI, *Rien ne va plus*, cit.

<sup>73</sup> G. SIRIANNI, *Il gioco pubblico dal monopolio fiscale alla regolamentazione nella crisi dello Stato sociale*, in *Dir. pubbl.* 2012, spec. 805 ss.

<sup>74</sup> S. SCAGLIARINI, *Rien ne va plus*, cit.

<sup>75</sup> *Ibidem*, con riferimento alla citata ricostruzione di G. SIRIANNI.



approccio di (Regioni e) Comuni, non a caso, è stato pressoché *univocamente* – pur in modo più o meno “convinto” (nelle parole e nei fatti) a seconda, tra l’altro, delle sensibilità e degli interessi delle maggioranze politiche di turno – orientato nella direzione opposta, ovvero nel senso della massima valorizzazione (...consentita dal contesto legislativo nazionale, caratterizzato nel senso appena detto) degli elementi di *differenza*, sul piano ontologico, tra le attività legate al gioco d’azzardo e le altre attività economiche (le “vere” attività economiche, si potrebbe dire riecheggiando alcune importantissime precisazioni fatte dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 237 del 1975), traendone, sul piano del trattamento giuridico, le coerenti conseguenze attraverso l’adozione di quel composito “arsenale” di misure di contrasto su cui ci siamo soffermati; e che traggono buona parte dei loro motivi di interesse, nella prospettiva costituzionale, anche e segnatamente da tale loro “strutturale” riconducibilità a una logica di fondo – di “filosofia di fondo” e di “indirizzo politico” si è parlato in precedenza – opposta a quella fatta propria dal legislatore, e in genere dalle istituzioni, dello Stato.

Le ragioni di tale singolare “contrapposizione strutturale” *di visioni* (e conseguentemente di *indirizzi d’azione*) tra Stato ed enti territoriali – a sua volta motivo dell’opportunità di indirizzare la propria attenzione (e, verrebbe da dire, le proprie aspettative) soprattutto verso l’attività di questi ultimi – risiedono largamente, come anticipato, in una altrettanto “strutturale” contrapposizione *di interessi*, assai agevole da cogliersi sol che si faccia mente locale sul modo in cui sono ripartiti vantaggi e svantaggi del dilagare del fenomeno del gioco d’azzardo, nelle sue attuali forme.

I primi (i vantaggi) – sgombrato il campo da argomenti grossolani (e pur non privi di un qualche riconoscimento, come si è visto, perfino sul piano normativo<sup>76</sup>) quali i presunti benefici del diffondersi del gioco in termini occupazionali – sembrano doversi in sostanza limitare (sorvolando per il momento sui forti dubbi circa questa stessa circostanza<sup>77</sup>) ai maggiori introiti (almeno in prima battuta) *nelle casse dello Stato*<sup>78</sup>. I secondi (gli svantaggi), al contrario, sono ovviamente molteplici e – si noti – da un punto di vista “finanziario” gravano pressoché interamente (...almeno in prima battuta) *sulle casse* degli enti territoriali, ai quali principalmente è attribuito il compito di «fronteggiare, con i propri servizi sanitari e assistenziali, le conseguenze del fenomeno»<sup>79</sup>.

In questo contesto, è stato osservato come «l’assenza di un quadro normativo puntualmente definito a livello nazionale [abbia] indubbiamente favorito l’azione innovativa di Regioni e Comuni»<sup>80</sup>: circostanza, si può ora aggiungere, non priva di qualche aspetto vagamente paradossale (...potrebbe parlarsi di giusta nemesis) considerando che tale “azione innovativa” di Comuni e Regioni è stata sistematicamente guidata – come si è avuto modo di illustrare – da interessi, esigenze, visioni e obiettivi – se vogliamo, appunto, indirizzi politici – differenti (diciamo pure opposti) a quelli che possono scorgersi dietro l’azione (...e, soprattutto, l’inazione) dello Stato.

---

<sup>76</sup> Cfr. in particolare il già citato art. 7 della recente l.r. 2 marzo 2020, n. 2 della Campania.

<sup>77</sup> Cfr. R. CHIEPPA, *Una decisa affermazione della Corte costituzionale sulla rilevanza degli interessi pubblici sottostanti al regime di monopolio statale di concessione per l’esercizio di attività di gioco pubblico con vincite a denaro e sulla giustificazione di nuovi requisiti ed obblighi imposti con legge e non suscettibili di indennizzo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2015, 2 (spec. p. 511, nota 9; ma *passim*), e Id., *Gioco d’azzardo: rischi e pericoli, ritardi e timidezza dello Stato e competenza delle Regioni e Comuni* cit.

<sup>78</sup> Lo Stato, in altri termini, si trova – come ben è stato illustrato – «in una situazione di evidente di “conflitto di interesse”»: così F. ANGELINI, *Quando non bastano le “regole del gioco” la Corte fa “ordine”* cit.

<sup>79</sup> S. SCAGLIARINI, *Rien ne va plus* cit. In collegamento a ciò, e in modo speculare rispetto a quanto accennato poc’anzi con riguardo allo Stato, può notarsi che determinate misure di contrasto al gioco d’azzardo adottate a livello comunale e soprattutto regionale, oltre a non avere “controindicazioni” finanziarie (né in termini di costi né in termini di minori entrate), e oltre ad avere, anche sotto questo profilo, una serie di effetti favorevoli *indiretti*, producono anche *direttamente* dei vantaggi in termini di “cassa”; e si potrebbe ulteriormente evidenziare, in quest’ottica, l’esistenza di un ampio “spazio d’azione” non ancora pienamente utilizzato dalle Regioni e, ancor più, dai Comuni.

<sup>80</sup> G. MAROTTA, *Gli interventi di contrasto del disturbo da gioco d’azzardo (DGA)* cit., 163.

Non stupisce a questo punto quanto recentemente e pubblicamente affermato – commentando una per più versi discutibile proposta di legge sul gioco presentata a fine gennaio all’Assemblea regionale siciliana (la Sicilia essendo l’unica Regione che non ha ancora adottato una legge o almeno una disciplina organica in tale “materia”) – dal vicepresidente di “Sistema Gioco Italia” (federazione di filiera dell’industria del gioco e dell’intrattenimento aderente a Confindustria Servizi Innovativi e Tecnologici), il quale si è così espresso: «Non credo in modelli territoriali. *L’Italia ha bisogno di una legge nazionale omogenea che ridefinisca le regole per la gestione del settore del gioco pubblico e che metta definitivamente la parola fine sui regolamenti comunali e regionali*»<sup>81</sup>.

Per parte nostra – e con queste note, che non vorrebbero rappresentare una battuta, concluderemo – riteniamo invece che, piuttosto che “mettere definitivamente la parola fine sui regolamenti comunali e regionali”, sarebbe il caso di *mettere finalmente la parola inizio a un radicale ripensamento della disciplina statale* del così (impropriamente) detto “gioco pubblico”<sup>82</sup> o, più correttamente, delle «attività imprenditoriali nel settore dei giochi di azzardo (che, da notare, diventano lecite solo per concessione o autorizzazione lucrativa dello Stato, in un regime di monopolio)»<sup>83</sup>, tale da tradursi – ispirandosi e allineandosi proprio alla complessiva “visione politica” generalmente (per non dire immancabilmente) accolta e “concretizzata”, in modo più o meno coerente ed incisivo a seconda dei casi, in tali regolamenti comunali e regionali – in *un vero e proprio cambio di paradigma* (secondo una prospettiva deliberatamente e ripetutamente evocata dalla stessa Corte costituzionale<sup>84</sup>).

Un cambio di paradigma che dovrebbe partire appunto da un’inversione di rotta a livello nazionale, e dovrebbe portare – in un arco di tempo ragionevole – a una sostanziale *riconversione dell’intero settore*, mediante un’accurata *combinazione di interventi a livello centrale* – sotto forma sia di divieti e *vincoli*, tendenzialmente “a senso unico” (cioè derogabili, ai livelli territoriali inferiori, solo nel senso di un maggior rigore e quindi di una maggior tutela dei diritti e principi fondamentali

---

<sup>81</sup> A supporto di tale tesi si afferma che i regolamenti comunali e regionali «sono capaci di produrre instabilità e lasciano spazio alle infiltrazioni mafiose»: rilievo quest’ultimo che ovviamente meriterebbe un approfondimento molto serio, risultando tuttavia già *prima facie* evidente come l’argomento – a prescindere da qualsiasi sospetto circa il suo possibile uso demagogico – sia quantomeno generico, semplicistico e “poco stringente”, inducendo semmai a interrogarsi, in riferimento tanto ai singoli contesti locali quanto a dinamiche più generali, sui molti altri fattori che tali infiltrazioni favoriscono o non ostacolano. E, a questo riguardo, sembra utile richiamare le parole (che in effetti porterebbero a “smontare” e anzi ribaltare la tesi “ipercentralista” riportata nel testo e la stessa affermazione riportata all’inizio di questa nota) di R. CHIEPPA, *Una decisa affermazione della Corte costituzionale sulla rilevanza degli interessi pubblici* cit., 510-511, ove si osserva che «[s]embra quasi [esservi] un *timore reverenziale*, da parte di taluni *organi dello Stato*, nei confronti del gioco d’azzardo e delle scommesse, ammantato, a secondo i momenti, da esigenze di rispetto di obblighi comunitari in materia di concorrenza e libertà di impresa, o di non intaccare il crescere delle entrate pubbliche, in caso di possibili contrazioni del gioco, adducendo esigenze di bilancio ex art. 81 Cost.» (corsivi aggiunti).

<sup>82</sup> Che il gioco d’azzardo, nelle sue attuali forme, sia stato «ribattezzato [...] *gioco pubblico*» «con un equivoco, [...] ma in realtà [venga] offerto al pubblico da soggetti imprenditoriali privati abilitati dallo Stato» è opportunamente ricordato da R. CHIEPPA, *Gioco d’azzardo: rischi e pericoli, ritardi e timidezza dello Stato* cit., 1128 (corsivo aggiunto).

Lo stesso Autore, soffermandosi su un aspetto più specifico di notevole rilievo (e molto indicativo), e cioè quello della ripartizione dei proventi tra Stato e soggetti privati titolari delle concessioni, ha «sottolinea[to] che il recente periodo temporale risulta caratterizzato da un *progressivo aumento complessivo delle iniziative e degli incassi delle imprese concessionarie* del servizio pubblico dei predetti giochi e servizi e da una *costante riduzione in percentuale delle relative entrate tributarie*»: R. CHIEPPA, *Una decisa affermazione della Corte costituzionale sulla rilevanza degli interessi pubblici* cit., 511-512. E, più di recente, l’A. ha evidenziato come «la [...] tassazione, in alcuni settori dei giochi d’azzardo (sempre in modalità innovative, che proliferano per l’attrattiva della novità e nell’interesse esclusivo dei gestori) sono insignificanti (o addirittura indicate, in alcuni periodi, come inferiori alla tassazione di generi di prima necessità alimentare), rispetto agli utili considerevoli e sproporzionati dei gestori, specie per quelli con sedi in Stati con regimi fiscali agevolati»: R. CHIEPPA, *Gioco d’azzardo: rischi e pericoli, ritardi e timidezza dello Stato* cit., 1122-1123.

<sup>83</sup> Così ancora R. CHIEPPA, *Gioco d’azzardo: rischi e pericoli, ritardi e timidezza dello Stato* cit., 1121.

<sup>84</sup> Quanto mai significativi, a questo riguardo, alcuni passaggi delle sentt. nn. 152 del 1985 e 291 del 2001.

messi a repentaglio o propriamente lesi dalla diffusione del gioco d'azzardo nelle attuali forme e dimensioni), secondo la logica virtuosa del "sistema a tutele crescenti", sia anche di *incentivi* e *disincentivi* (facendo tesoro, anche sotto questo profilo, proprio di quanto già sperimentato, con misure più o meno risolutive ed efficaci, a livello territoriale, salvi poi eventuali spunti ulteriori che potrebbero derivare da studi comparatistici) – e di (in ogni caso imprescindibili, almeno fino a quando il fenomeno non sarà "debellato" a monte, cioè sull'intero territorio nazionale<sup>85</sup>) *interventi regionali e locali*; magari con maggior sviluppo, tra questi ultimi, di quelle interessantissime forme di regolamentazione "intercomunale"<sup>86</sup> che, come si è visto, non sono mancate<sup>87</sup>, ma che ben potrebbero e dovrebbero essere maggiormente valorizzate.

---

<sup>85</sup> È solo a questo punto che, a nostro avviso, si potrebbe sensatamente pensare di "mettere la parola fine" alle misure locali, altrimenti indispensabili in quella logica alla quale si era in precedenza fatto riferimento parlando (pur in modo assai generico e forse un po' improprio) di... "resistenza costituzionale".

<sup>86</sup> Tanto più opportune alla luce del prosciugamento strutturale e funzionale che negli ultimi anni ha reso le Province sostanzialmente prive di ogni possibile ruolo (o almeno di qualsiasi ruolo di rilievo) in questo ambito.

<sup>87</sup> Si può ricordare in questo senso, ad esempio, il "Regolamento per la prevenzione e il contrasto del gioco d'azzardo patologico" per l'ambito casalasco, approvato dall' "Assemblea dei sindaci" del relativo territorio il 29 marzo 2019 e poi adottato dal Consiglio comunale di Casalmaggiore il 25 settembre 2019.

Iniziative analoghe si segnalano, tra l'altro, nel bergamasco, ove 18 Comuni della bassa occidentale, riuniti nell'ambito dell'"Assemblea dei sindaci dell'Ambito Distrettuale di Treviglio" hanno approvato – in prima battuta il 5 novembre 2018 – un comune "Regolamento per il contrasto al fenomeno del Gioco d'Azzardo Patologico derivante dalle forme di gioco lecito", successivamente adottato dai singoli enti, non senza alcune controversie e modifiche su qualche specifico aspetto, anche in relazione alle consuete "rappresaglie giudiziarie" innescate dal provvedimento.

Con riferimento a tale interessante vicenda, si vuol citare conclusivamente – in via quasi simbolica – un passaggio del verbale della seduta del 22 marzo 2019 della succitata Assemblea dei sindaci, nel quale si rende conto di come il Presidente, in apertura di seduta, «introduc[a] l'argomento presentando il percorso svolto dalla Commissione tecnico politica e dall'Assemblea dei Sindaci per arrivare all'approvazione del Regolamento per il contrasto al Gioco d'Azzardo Patologico» e «[r]ipercorr[a] quindi i passaggi che, in seguito all'approvazione, hanno visti coinvolti i Sindaci nell'Assemblea di Gennaio 2019 in cui, *all'unanimità dei presenti*, si è scelto di proseguire nelle scelte operate rispetto all'inclusione di Gratta e Vinci e dieci e Lotto nel perimetro di regolamentazione di Ambito, anche in presenza di pareri tecnici sfavorevoli da parte dei Segretari comunali, *quale atto politico forte in direzione del contrasto al gioco d'azzardo patologico e alle sue ricadute sociali*» (...corsivi evidentemente aggiunti)...



**EDOARDO C. RAFFIOTTA**  
**La Banca Centrale Europea a dieci anni dal Trattato di Lisbona**  
**tra emergenze e la ricerca di un'identità**

SOMMARIO: 1. La Banca centrale europea di fronte alla crisi. – 2. L'indipendenza della BCE e il sistema incompiuto. – 3. I presupposti dell'Unione monetaria e il governo di una moneta senza Stato. – 4. Le crisi economico finanziarie e i cortocircuiti del governo della moneta europea. – 5. La prassi dell'acquisto di titoli di Stato di economie in conclamata difficoltà: uno sguardo alle decisioni assunte in risposta alla crisi economico-finanziaria degli inizi del XXI secolo. – 6. La crisi da coronavirus e il nuovo governatore della BCE. – 7. La BCE davanti al Tribunale costituzionale tedesco e il futuro del progetto europeo.

*1. La Banca centrale europea di fronte alla crisi.*

Sono trascorsi 10 anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e per l'ennesima volta il processo di integrazione si trova a un bivio tra la rottura o il rafforzamento. Questa volta, però, più delle altre. La crisi virale da coronavirus, infatti, sta mettendo in evidenza tutte le criticità derivanti dal mancato completamento del progetto eurounitario. La assenza di un vero centro di decisione politica comune, da un canto; la disomogeneità degli interessi tra Paesi membri, dall'altro, stanno determinando una forte contrapposizione che potrebbe rischiare di mettere in discussione il futuro stesso dell'Europa. Non intervenire in soccorso degli Stati in maggiore difficoltà, sia dal punto di vista sanitario, sia da quello economico-finanziario, significherebbe infatti segnare la fine dell'ambizioso progetto di integrazione.

In questa difficile composizione di interessi, ancora una volta, svolge un ruolo determinante la Banca centrale europea. Invero, un ruolo forse assai minore di quanto potrebbe se non fosse viziata da limiti intrinseci al suo ordinamento, non essendo venuta meno nel tempo quella sua natura (e quella sua posizione istituzionale) ambigua rispetto ai tradizionali istituti bancari centrali<sup>1</sup>.

La BCE, infatti, istituzione europea – tecnica per definizione – ha assunto sempre più un anomalo ruolo politico, soprattutto, nei periodi di crisi economico-finanziaria, quando più evidente è la mancanza di un centro politico europeo che indirizzi le misure di politica monetaria, rimessa alla governance del Sistema europeo delle banche centrali (Sebc). Un sistema ibrido che in questi anni non si è riuscito a superare e di cui l'emergenza in corso sta semplicemente facendo emergere in modo più rapido e chiaro i difetti, stante l'intrinseca parzialità di un'unione monetaria non affiancata da un'unione politica. Tale difficoltà pare icasticamente rappresentata dalle opposte dichiarazioni che i due governatori della BCE hanno assunto in reazione alle due crisi dell'ultimo decennio. Come noto, infatti, nel 2012 il Governatore Mario Draghi assunse la posizione di soccorrere la crisi del debito sovrano di Italia e Spagna che sembrava mettere in forte pericolo la tenuta dell'unione monetaria, con l'impegno rappresentato dalla celebre frase «whatever it takes to preserve the euro»<sup>2</sup>. Al contrario, in condizioni economico finanziarie non molto differenti, anzi probabilmente peggiori della precedente crisi, nel senso opposto sono andate le dichiarazioni dell'attuale Governatore Christine Lagarde che come noto ha affermato: «We are not here to close spreads. This is not the function or the mission of the ECB. There are other tools for that, and there are other

---

<sup>1</sup> Sul punto F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano, il diritto nelle crisi economiche*, in *Quaderni Cesifin*, n. 57, Torino, 2013, in particolare, 111 ss. Volendo, anche, E.C. RAFFIOTTA, *Il volto ambiguo della Banca centrale europea*, in A. Morrone (a cura di), *La Costituzione finanziaria La decisione di bilancio dello Stato costituzionale europeo*, Torino, 2015, 215 ss.

<sup>2</sup> *Speech by Mario Draghi, President of the European Central Bank at the Global Investment Conference in London, 26 July 2012.*

actors to actually deal with those issues»<sup>3</sup>. Invero, dichiarazioni che – come diremo meglio – non hanno avuto un seguito nelle misure adottate dalla BCE, ma che comunque non sono state e non sono prive di effetti. Avendo determinato non solo ulteriori tensioni sui debiti dei Paesi più in difficoltà, ma assumendo una chiara posizione politica sul come affrontare la crisi in corso. Su queste dichiarazioni si tornerà, ma per meglio comprenderne natura ed effetti, pare utile riflettere ulteriormente sull'indipendenza e sulle funzioni “tecniche” dagli effetti politici dell'Istituto di Francoforte. Così come sarà necessario riflettere sulla recentissima decisione adottata il 5 maggio 2020 dal Tribunale costituzionale federale tedesco, che come noto ha giudicato sulla legittimità costituzionale del *Quantitative Easing* (QE)<sup>4</sup>, ponendo ulteriori dubbi sulle funzioni e sul ruolo della BCE. Ma prima di arrivare all'oggi è forse utile riprendere e chiarire alcuni fatti che meglio spiegano l'ambigua posizione della BCE, o del sistema dell'Eurozona.

## 2. L'indipendenza della BCE e il sistema incompiuto.

Sin da quando il Trattato di Maastricht ha istituito la BCE, essa è apparsa come un organo comunitario *sui generis*, non menzionato tra le Istituzioni europee (lo diverrà espressamente solo con il Trattato di Lisbona e il novellato art. 13 Tfu<sup>5</sup>). La BCE viene posta a guida del Sistema europeo delle banche centrali (Sebc), con lo scopo principale di definire e governare le politiche monetarie che come noto da quel momento vengono sottratte alla tradizionale e assoluta sovranità degli Stati. La disciplina di tale sistema – ripartita tra il Trattato e lo Statuto allegato, invero, parte integrante dello stesso e con il medesimo valore giuridico – dava avvio a un processo, forse inizialmente non del tutto chiaro, volto a regolare le politiche monetarie tra i Paesi dell'Ue (anche quelli che non avevano aderito alla moneta unica). Parallelamente prendeva avvio un percorso che, a più tappe, avrebbe portato, successivamente, all'Unione monetaria e al c.d. Eurosystema ovvero alla insieme delle Banche centrali dei Paesi che avevano aderito alla moneta unica, le quali con la BCE avrebbero dato vita, più tardi, – dal primo gennaio del 1999 – al governo dell'euro.

Il governo della moneta nell'Eurosystema include alcune delle tradizionali competenze legate a tale ambito, un tempo di esclusiva competenza nazionale. Tra queste, anzitutto: il potere di emettere la moneta, autorizzando le banche centrali dei Paesi dell'area dell'euro a stampare banconote in euro; definire la liquidità, attraverso la fissazione dei tassi d'interesse di riferimento per l'area dell'euro nonché controllare la massa monetaria. Ma ancora: gestire le riserve in valuta estera dell'area dell'euro e comprare o vendere valute quando si presenti la necessità di mantenere un equilibrio tra i tassi di cambio; accertarsi che le istituzioni e i mercati finanziari siano adeguatamente controllati dalle autorità nazionali, e che i sistemi di pagamento funzionino correttamente; monitorare le tendenze dei prezzi valutando il rischio che ne deriva per la stabilità dei prezzi nell'area dell'euro<sup>6</sup>.

Tra queste funzioni, però, ne mancavano due fondamentali, tipiche delle banche centrali nazionali: la concessione di scoperti di conto nonché l'acquisto diretto dei titoli di debito statali<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Press conference, Christine Lagarde, President of the ECB, Frankfurt am Main, 12 March 2020.

<sup>4</sup> Sentenza 5 maggio 2020 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15. V. anche comunicato stampa n. 32/2020 del 5 maggio 2020 tradotto in italiano da A. Caravita, su *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)).

<sup>5</sup> Sull'evoluzione e le trasformazioni delle istituzioni europee di veda P. COSTANZO, *Organizzazioni internazionali e sovranazionali in Europa (dalla “guerra fredda” al “confronto” per la crisi georgiana)*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 2008 (4.IX.2008).

<sup>6</sup> Cfr. T. PADOA-SCHIOPPA, *L'euro e la sua banca*, il Mulino, Bologna, 2000, 49 ss.

<sup>7</sup> Sul punto si vedano G. GUARINO, *Verso l'Unione economica e monetaria. Di alcune rilevanti modificazioni degli assetti istituzionali interni*, in *Riv. sc. pol.*, 1993, 44 ss.; F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano, il diritto nelle crisi economiche*, cit., 67 ss.

Funzioni oggi espressamente vietate dall'art. 123 nonché altresì dagli articoli 124, 125 del TFUE, ma che avevano caratterizzato in passato le politiche monetarie di molti Stati europei (ivi compresa l'Italia) che poi hanno aderito all'Unione monetaria. Ma invero che caratterizzano ancora oggi il ruolo degli Istituti centrali come la statunitense *Federal reserve*. Ebbene, tali competenze vennero deliberatamente escluse dalle funzioni della BCE proprio per assicurare il raggiungimento di un fine ben preciso, espressamente scritto nei trattati e nello statuto dell'Istituto di Francoforte<sup>8</sup>.

A ben vedere, infatti, i Trattati – di Maastricht, prima, e di Lisbona, dopo – non definiscono solo i poteri, ma altresì fissano un obiettivo primario e chiaro che la BCE deve raggiungere: la stabilità dei prezzi. Per cui l'art. 105, oggi confluito nell'art. 127 Tfu, prevede che "l'obiettivo principale del Sebc è il mantenimento della stabilità dei prezzi. Fatto salvo l'obiettivo della stabilità dei prezzi, il Sebc sostiene le politiche economiche generali nella Comunità".

Da tale breve disposizione derivano numerose implicazioni e limiti nell'azione e nei fini delle politiche monetarie assunte dalla BCE. Sul punto si tornerà, ma la conseguenza principale è quella di indirizzare il Sebc affinché il suo interesse principale non sia quello di perseguire vantaggi per un singolo Stato, ma tutelare la moneta dall'inflazione e dalle svalutazioni per raggiungere la citata stabilità dei prezzi e supportare "le politiche economiche generali" dell'Unione, senza altresì alcun reale coordinamento con le politiche economiche nazionali e dell'unione (del resto, come noto, non c'è una politica economica unica all'interno dell'UE, né dell'Eurozona).

Al fine di evitare le interferenze degli Stati nelle politiche monetarie l'Eurosistema, così come istituito dal trattato di Maastricht, e di fatto continuato da quello di Lisbona, mantiene una – per quanto possibile – assoluta indipendenza e terzietà dalle Istituzioni politiche nazionali ed europee. Per tale ragione, tanto la BCE, quanto le Banche centrali nazionali sono istituite ed esercitano le loro funzioni assicurando la maggiore indipendenza possibile dalla "politica" (articolo 130 Tfu, ex articolo 108 del TCE). Il confine delle competenze della politica monetaria europea, infatti, era un confine ben marcato, che organi (non politici, bensì) tecnici come le Banche centrali avrebbero dovuto governare senza influenza da parte di istituzioni politiche, le quali avrebbero altrimenti potuto mutare o orientare le decisioni di governo della moneta a seconda delle differenti maggioranze elettorali, così, possibilmente, tradendo i fini originariamente convenuti nel Trattato.

L'indipendenza e la terzietà dell'Eurosistema emergono anche nelle disposizioni che disciplinano la composizione e l'operato delle sue Istituzioni. Sulla carta la BCE opera attraverso il Consiglio direttivo e il Comitato esecutivo (art. 129 Tfu). Al Consiglio spettano le decisioni di governo dell'Unione monetaria, ai sensi dell'art. 12 dello statuto, infatti, adotta gli "indirizzi" e le "decisioni" inerenti ai compiti del Sebc. Esso è composto – ai sensi dell'art. 283 Tfu (ex art. 112) e dell'art. 10 dello Statuto – dai governatori delle Banche centrali nazionali e dai membri del Comitato esecutivo.

L'attuazione degli indirizzi e delle decisioni assunte dal Consiglio spetta invece al Comitato, il quale impartisce alle Banche centrali nazionali o ai destinatari delle decisioni le istruzioni per l'attuazione. Il Comitato è composto dal Presidente, dal Vicepresidente, e da altri quattro membri, tutti nominati per un unico mandato di otto anni "tra persone di riconosciuta levatura ed esperienza professionale nel settore monetario o bancario, dal Consiglio europeo che delibera a maggioranza qualificata, su raccomandazione del Consiglio e previa consultazione del Parlamento europeo e del consiglio direttivo della Banca centrale europea" (art. 283 Tfu). Pur avendo funzioni principalmente esecutive delle decisioni assunte dal Consiglio, il Comitato ha svolto e svolge nella prassi un ruolo centrale nel coordinare e dirigere l'Eurosistema, un protagonismo spesso conseguente alla personalità del suo Presidente.

---

<sup>8</sup> Un vero *unicum* tra le Banche centrali come dimostrato da O. CHESSA, *La Costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Napoli, 2016, 112 ss.

Del Sebc fanno altresì parte le banche centrali nazionali, le quali hanno un ruolo non secondario, spettando loro l'attuazione delle decisioni assunte a livello europeo (cui si aggiunge il coordinamento nell'esercizio dei poteri di la vigilanza bancaria)<sup>9</sup>. Il trattato sull'Ue, dunque, ha disegnato un sistema nel quale le decisioni sono accentrate nelle mani dell'Eurosistema, ma la loro attuazione è rimessa a livello nazionale, in ossequio al generale principio di sussidiarietà nella distribuzione delle competenze nell'ordinamento europeo. Tale sistema appare dunque come un ordinamento accentrato nel quale la politica monetaria è definita dal Consiglio ed eseguita dal Comitato esecutivo, anche, attraverso le banche centrali nazionali.

All'interno del Consiglio, però, i singoli rappresentanti di ciascun Paese membro non rispondono agli indirizzi politici dello Stato di appartenenza. Per tale ragione – anche a livello nazionale – i governatori delle Banche centrali sono figure di alto profilo e politicamente irresponsabili, mentre le procedure di composizione e funzionamento delle banche nazionali devono essere informate al principio dell'indipendenza dalla politica<sup>10</sup>. In ogni caso, al fine di evitare qualsiasi ipotetica e indiretta interferenza della politica e delle istanze dei governi nazionali nelle decisioni della BCE, rompe la connessione con gli Stati la composizione stessa del Consiglio con la presenza del Comitato esecutivo formato da “tecnici” di chiara fama compreso il suo Presidente. Da non sottovalutare, infine, la regola della maggioranza con cui il Consiglio, sin dalla sua istituzione, assume le sue decisioni, di fatto, regola, come noto, inizialmente eccezionale all'interno dell'ordinamento europeo, che riduce il potere di veto delle posizioni minoritarie<sup>11</sup>.

Invero, negli scorsi anni molto è stato scritto sull'indipendenza e sull'operato della BCE<sup>12</sup>. L'Eurosistema nel suo complesso è sempre stato oggetto di comparazione con i principali modelli di banche centrali, quali ovviamente l'originaria *Bundesbank* tedesca e la *Federal reserve* statunitense<sup>13</sup>. Del resto, il modello della BCE a struttura “federale”, caratterizzato dall'indipendenza dalla politica, è stato ispirato<sup>14</sup> dall'ordinamento della *Bundesbank* tedesca, la quale a sua volta era stata realizzata, dopo il secondo conflitto mondiale, su indirizzo delle forze alleate, seguendo il modello della c.d. *Fed*. Inevitabilmente, dunque, non solo perché due modelli di rilievo, le connesse origini imponevano e impongono di analizzare la BCE alla luce delle due citate pregresse esperienze<sup>15</sup>. Tuttavia, seppur tale comparazione tra modelli ed esperienze di banche

---

<sup>9</sup> Tendenza di trasformazione già immaginata da F. VELLA, *Banca Centrale Europea, Banche centrali nazionali e vigilanza bancaria: verso un nuovo assetto dei controlli nell'area dell'euro?*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2002, fasc. 2, 150 ss., oggi in fase di realizzazione, ma si veda A. BAGLIONI, P. BONGINI, M. LOSSANI, L. NIERI, *Verso l'Unione bancaria europea: disegno istituzionale e problemi aperti*, in *Banca impresa società*, 2012, n. 3, 313 ss. Per i recenti sviluppi sui poteri di vigilanza bancaria si rinvia a R. IBRIDO, *L'Unione bancaria europea: profili costituzionali*, Torino, 2017.

<sup>10</sup> Espressamente affermato dall'art. articolo 130 Tfeue e già presente nel precedente articolo 108 del TCE).

<sup>11</sup> Sul punto più ampiamente P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2019, 242 ss.

<sup>12</sup> In tema, con una particolare attenzione all'indipendenza della BCE, tra i molti studi, si vedano F. MERUSI, *Governo della moneta e indipendenza della Banca centrale nella federazione monetaria dell'Europa*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1997 fasc. 1-2, 89 ss.; S. BARONCELLI, *La Banca centrale europea: Profili giuridici e istituzionali*, cit., 209 ss. e 247 ss.; F. SUCAMELI, *Francesco L'indipendenza della Banca centrale europea tra separazione ed equilibrio istituzionale*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2004 fasc. 2, 694 ss.; L. CHIEFFI, *Banca centrale e sviluppi della governance europea*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2005 fasc. 3-4, 1085 ss. Più di recente aggiornata ricostruzione S. ANTONIAZZI, *La Banca centrale europea tra politica montaria e vigilanza bancaria*, cit., 23 ss.

<sup>13</sup> Cfr. S. BARONCELLI, *La Banca centrale europea*, cit., *passim*.

<sup>14</sup> R. BIN, *L'indipendenza delle banche centrali come principio costituzionale, Relazione all'ICON-S Italian Chapter Inaugural Conference - “Unità e frammentazione dentro e oltre lo Stato”*, Roma, 23-24 novembre 2018, ha osservato, però, come sostanziali erano le differenze con la Banca tedesca, visto che nell'assolvimento delle proprie funzioni era chiamata a sostenere la politica economica del Governo («Die DB ist verpflichtet, unter Wahrung ihrer Aufgabe die allgemeine Wirtschaftspolitik der Bundesregierung zu unterstützen»).

<sup>15</sup> Anche se – come notato da R. BIFULCO, cit., 43 – il testo originario del *Grundgesetz* non prevedeva in origine l'indipendenza della *Bundesbank*, essa fu stabilita inizialmente dalla legge sulla Banca federale tedesca del 26 luglio



centrali sembra utile e necessaria, essa non pare il migliore modo per comprendere il ruolo della BCE all'interno del complessivo ordinamento Eurounitario. Soprattutto, oggi, la comparazione tra le citate tradizionali banche centrali e l'Istituto di Francoforte sembra operare tra istituzioni assai differenti, o meglio, che operano in un contesto assolutamente diverso<sup>16</sup>, derivanti dalla storia e dall'unicità della moneta che è chiamato a governarne: una moneta e un'unione monetaria senza Stato. Sul punto, però, è bene soffermarsi.

### *3. I presupposti dell'Unione monetaria e il governo di una moneta senza Stato.*

Il Sistema europeo delle banche centrali (Sebc), guidato dalla BCE, come ricordato, nasce con un obiettivo ben definito governare l'unione monetaria e dunque la sua moneta che, a partire dal Trattato di Maastricht, a tappe, si sarebbe realizzata<sup>17</sup>. Nell'anno della sigla del Trattato non si sapeva ancora se avessero aderito tutti i Paesi dell'Unione e neppure come si fosse chiamata la moneta (solo nel 1995 verrà denominata "euro"), si sapeva, però, che avrebbe dovuto essere una moneta stabile, non soggetta a inflazione o a politiche di svalutazione. Già il Trattato sull'Ue (art. 105, paragrafo 1), ma anche lo Statuto della BCE (art. 2), chiariscono che l'obiettivo principale del Sebc è il mantenimento della stabilità dei prezzi<sup>18</sup>.

Tale regola ("tecnica") siglata nel Trattato, ha a sua volta una ragione politica, legata alle origini dell'Unione monetaria. Alle spalle dell'epocale decisione di costituire a livello europeo un'Unione monetaria vi era una lunga riflessione e mediazione politica tra gli Stati membri delle Comunità economiche europee, in particolare, iniziata dopo la fine degli accordi di Bretton Woods<sup>19</sup>, che avevano regolato e stabilizzato il sistema dei cambi internazionali dalla fine del secondo dopoguerra sino al 1971. La fluttuazione dei cambi delle rispettive valute dei Paesi delle Comunità rappresentava un concreto ostacolo per gli scambi all'interno del Mercato comune. Così il Rapporto Werner, prima, e poi, successivamente, quello Delors individuavano, tecnicamente, nell'unione monetaria l'unico strumento per favorire scambi e investimenti nel Mercato comune. Infatti, se l'omogeneità tra i cambi, limitando le fluttuazioni delle valute – come all'epoca degli accordi di Bretton Woods – avrebbe favorito il commercio tra i Paesi delle Comunità, invero, importante strumento per

---

1957, e solo successivamente costituzionalizzata con la revisione del 21 dicembre 1992 dell'art. 88 GG, a seguito del Trattato di Maastricht, al fine altresì di legittimare l'Unione monetaria europea.

<sup>16</sup> A. GIOVANELLI, *La nuova governance economica europea, un cantiere aperto*, cit.

<sup>17</sup> Cfr. T. PADOA-SCHIOPPA, *L'euro e la sua banca*, il Mulino, Bologna, 2000, 47 ss. Invero, come noto, l'euro entrerà in vigore il primo gennaio del 1999, ma la fase preparatoria inizia molto prima già nel 1979 con l'introduzione del Sistema monetario europeo (SME) e successivamente con l'introduzione dell'*European Currency Unit* (ECU) utilizzata come unità di conto, moneta virtuale, in vigore sino appunto all'entrata in vigore dell'euro. È solo con la sigla del Trattato di Maastricht, però, che si realizza l'Unione monetaria e si gettano le basi concrete per creare la moneta unica europea.

<sup>18</sup> Cfr. T. PADOA-SCHIOPPA, *L'euro e la sua banca*, cit.

<sup>19</sup> Tali accordi prendono nome dalla Conferenza di Bretton Woods del 1-22 luglio 1944 (presso l'omonima località del New Hampshire), in cui, a conclusione del secondo conflitto mondiale, si stabilirono le regole delle relazioni commerciali e finanziarie tra i principali Paesi industrializzati del mondo per rilanciare l'economia in crisi. Tra queste principale era il sistema di regolazione dei cambi internazionali creando le condizioni per una stabilizzazione dei tassi di cambi rispetto al dollaro (eletto a valuta principale). A seguito di tali accordi, per rilanciare e regolare il nuovo scenario economico nacquero le prime "istituzioni globali" tra cui: General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), la Banca Mondiale (BM), ma soprattutto il Fondo Monetario Internazionale (FMI), ancora oggi protagonista nella governance economica globale, che secondo gli accordi di Bretton Woods aveva il ruolo principale di eliminare le condizioni di squilibrio determinate dai pagamenti internazionali. Per un maggiore approfondimento di tali accordi e la loro influenza nel sistema economico-finanziario globale si veda M. MOSCHELLA, *Governare la finanza globale, Istituzioni, processi decisionali e politiche pubbliche*, il Mulino, Bologna, 2013, 47 ss.

compiere una concreta unità economica era quello di creare una moneta unica, che consentisse il passaggio dal Mercato comune al Mercato unico<sup>20</sup>.

Dunque, l'unione monetaria europea nasce e si fonda sull'accordo politico di perseguire alcune scelte, potremmo dire, tecniche: anzitutto, quella di fondare una moneta unica tra gli Stati, premessa indispensabile per la creazione del Mercato europeo.

La moneta da sempre sinonimo di sovranità, viene, pertanto, ceduta dagli Stati all'Unione europea<sup>21</sup>. Come noto, il Trattato disegna la futura moneta europea: una moneta fiduciaria, il cui prezzo non è legato a nessun valore reale (come ad esempio le riserve aure). La sua fiducia è pertanto strettamente connessa alla fiducia che i mercati avranno sulla credibilità delle politiche monetarie dell'UE. Essa però non è come le altre monete fiduciarie collegata ad uno Stato, ma un soggetto nuovo, non ancora ben definito, la cui credibilità è strettamente connessa a quella dei Paesi membri, ma che appunto devono creare una moneta che possa godere di una sua autonoma fiducia e credibilità<sup>22</sup>. È per tale ragione che il trattato scrive nero su bianco il principio della stabilità dei prezzi, vietando politiche di svalutazione monetaria. Una scelta tecnica, di politica monetaria, che, invero, avrebbe determinato per il futuro delle assai rilevanti conseguenze di politica economica. Avere una moneta stabile, infatti, significa escludere qualsiasi ricorso alla svalutazione, la quale come noto in molti Paesi (come l'Italia) aveva rappresentato, per molto tempo, un frequente strumento a supporto della politica economica, al fine di favorire l'espansione delle esportazioni e, di conseguenza, determinare una diversa redistribuzione di vantaggi a favore delle imprese esportatrici, e quindi anche dei lavoratori, a svantaggio, del potere di acquisto dei percettori di redditi fissi di lavoro o, soprattutto, del risparmio<sup>23</sup>. È questo un principio che, potremmo dire, viene affermato in quella che inizia configurarsi come una Costituzione economica europea<sup>24</sup>. E applicabile, di fatto, in tutti i Paesi della Eurozona, che cedono la loro sovranità monetaria e si rimettono alle decisioni della Banca centrale europea, mutando altresì l'ordinamento delle proprie Banche centrali, che avrebbero fatto parte del Sistema europeo delle banche centrali (Sebc).

La garanzia che la futura moneta europea sarebbe rimasta stabile, evitando il ricorso a politiche deflattive, infatti, è assicurata dall'altra scelta – siglata nel Trattato di Maastricht – di sottrarre la politica monetaria alla competenza degli Stati e affidarla appunto al Sistema europeo delle banche centrali (Sebc), governato dalla Banca centrale europea, che, come ricordato, avrebbe avuto il primario obiettivo di assicurare “il mantenimento della stabilità dei prezzi” nonché, altresì, di

---

<sup>20</sup> Il primo tentativo di rendere omogenee le valute dei paesi aderenti alle comunità europee fu l'istituzione del Sistema monetario europeo.

<sup>21</sup> Insiste su tale aspetto come indicativo della tendenza costituzionale dell'Unione europea S. ORTINO, prima, nel saggio di analisi dei lavori preparatori *Profili costituzionali della banca centrale europea*, in *Banca impresa società*, 1990, fasc. 3, 279 ss., poi, *La Banca centrale nella costituzione europea*, in AA.Vv., *Le prospettive dell'Unione europea e la Costituzione*, Padova, Cedam, 1992, 85 ss. e in *Introduzione al diritto costituzionale federativo*, Giappichelli, Torino, 1993, 48 ss. Ricorda T. PADOA-SCHIOPPA, *Il governo dell'economia*, il Mulino, Bologna, 1997, 80 ss. come da sempre il sovrano ha considerato il batter moneta come una funzione propria. Ne sono testimonianza le effigie dell'imperatore o del re sulle monete o i nomi delle monete, quali ad esempio Luigi, Sovrane, ecc.

<sup>22</sup> T. PADOA-SCHIOPPA, *L'euro e la sua banca*, cit., 145 ss.

<sup>23</sup> Cfr. L. BINI SMAGHI, *L'Euro*, Bologna, 1998. Indipendentemente dalle valutazioni sul merito di tali scelte, per anni Stati (come l'Italia) hanno fatto ricorso a politiche volte ad aumentare l'inflazione della valuta nazionale per sostenere la propria economia, ad esempio, favorendo il credito e le esportazioni. Come noto sulle cause e gli effetti dell'inflazione, le teorie economiche risultano in alcuni casi diametralmente opposte. La scelta europea sembra collegata alla cosiddetta “scuola monetarista” che fa capo a Milton Friedman, la quale ritiene che l'inflazione sia un fenomeno collegato alle politiche monetarie, che si realizza ogni qualvolta l'aumento della quantità di moneta sia eccessivo rispetto all'aumento della produzione di merci. In tema, per la ricostruzione delle varie teorie economiche si veda B. Salituro, *Inflazione*, in *Enc. Giur.*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani, 1994, *ad vocem*.

<sup>24</sup> G. DI PLINIO, *La Costituzione economica nel processo costituente europeo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, n. 3, 1780 ss.

“sostenere le politiche economiche generali della Comunità”. La Banca centrale europea, come già ricordato, ha avuto tale principale fine, costruita come un organo tecnico, terzo, indipendente dalla politica, da scelte e interessi di singoli Stati, ma, soprattutto, non influenzabile da passeggere e mutevoli maggioranze elettorali. La sua struttura e il suo chiaro mandato avrebbero rappresentato la principale garanzia di stabilità della moneta europea. Quando in occasione del Trattato di Maastricht gli Stati firmatari decisero di cedere la loro sovranità monetaria – decidendo di avviare il percorso a tappe che avrebbe portato alla realizzazione della moneta unica – vennero convenute tali regole, principi, potremmo dire, scelte tecniche che, però, avrebbero conseguentemente comportato effetti sulle politiche economiche, in primo luogo, nazionali<sup>25</sup>.

Come noto tale modello di politica monetaria, sia con riferimento al principio assoluto di stabilità dei prezzi, sia la stessa struttura di governo attraverso un ente terzo come la Banca centrale, fu tradotto nel Trattato sull'UE e nell'allegato statuto della BCE, riprendendo il modello costituzionale della Repubblica federale tedesca, ex art. 88 del GG volto ad evitare che in Germania si ripettesse quella super inflazione che negli anni '20 aveva portato il costo di un litro di latte a 360 milioni di *Reichsmark*<sup>26</sup>. Non a caso il *Bundesverfassungsgericht* nella nota *Maastrich Urteil* del '93 ha giustificato il ruolo della BCE osservando che il principio “di garantire la fiducia nella convertibilità di una moneta è ammissibile perché tiene conto della particolarità – sperimentata nell'ordinamento giuridico tedesco e comprovata anche dal punto di vista scientifico – secondo cui il valore del denaro, e quindi la base economica generale per la politica finanziaria dello Stato e per i piani e gli atti di disposizione dei privati nell'esercizio dei loro diritti di libertà economica, è garantito meglio da una banca centrale indipendente che non da organi pubblici che dipendono nelle loro possibilità di azione e nei mezzi essenzialmente dal volume e dal valore del denaro, nonché da un consenso limitato nel tempo da parte delle forze politiche”.

#### *4. Le crisi economico finanziarie e i cortocircuiti del governo della moneta europea.*

L'Unione monetaria, dunque, nasce sulla scelta suggellata nel Trattato di Maastricht di realizzare una politica monetaria a sostegno della politica economica europea sottratta alla diretta gestione dei governi nazionali e affidata alla BCE, alla quale viene assegnata la funzione centrale di assicurare la regola della stabilità dei prezzi. Come detto, un'azione che la BCE ha perseguito senza un vero coordinamento con una politica comune europea, e con un rapporto non sempre in sintonia con le politiche economiche dei singoli Stati. Un sistema senza precedenti che ha funzionato (per così dire) fino a quando non si sono manifestate crisi economico finanziarie come quella del 2008, nonché oggi quella sanitaria da coronavirus, che hanno da subito avuto seri riflessi su tutti gli Stati coinvolti.

Queste crisi hanno messo in evidenza tutte le criticità dell'UE e in particolare dell'Unione monetaria, spingendo la BCE ad assumere funzioni in via di prassi e attraverso interpretazioni estensive dei Trattati che come noto sono state contestate dalla già citata pronuncia dello scorso 5 maggio 2020 del Tribunale costituzionale tedesco. Ma facciamo un passo in dietro.

---

<sup>25</sup> Enfatizza tale aspetto A. PREDIERI, *Non di solo euro. Appunti sul trasferimento di poteri al Sistema europeo delle banche centrali e alla Banca centrale europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1998, fasc. 1, 7 ss.

<sup>26</sup> Ricorda S. BARONCELLI, *La Banca centrale europea: Profili giuridici e istituzionali. Un confronto con il modello americano della Federal Reserve*, European Press Academic Publishing, Firenze, 2000, 8, come la stabilità dei prezzi e l'indipendenza della BCE fossero la condizione posta dalla Germania per aderire all'Unione monetaria europea. Per un'attenta comparazione tra il modello della *Bundesbank* e quello della BCE si rinvia a R. BIFULCO, *Bundesbank e Banche centrali dei Länder come modello del sistema europeo delle banche centrali*, in F. Gabriele (a cura di), *Il governo dell'economia tra “crisi dello Stato” e “crisi del Mercato”*, Cacucci editore, Bari, 2005, 41 ss.

Come ricordato, il problema principale della BCE e delle sue politiche monetarie deriva dall'assenza di un soggetto politico comune con il quale coordinare le politiche economiche e di spesa. A questo però si aggiungono le lacune testé ricordate conseguenti ai divieti posti espressamente dai Trattati alla BCE: di concedere scoperti di conto, nonché, soprattutto, di acquistare direttamente titoli di debito statali.

Se guardiamo, ad esempio, la storia della politica monetaria italiana, prima dell'adesione all'unione monetaria europea, è possibile constatare come, ogni qualvolta vi fosse una crisi di liquidità e difficoltà nel vendere titoli di debito pubblico, i titoli invenduti venivano acquistati dalla Banca d'Italia, che in questo modo iniettava liquidità. Certo questo sistema creava inflazione, ma quale fosse il "punto massimo di non ritorno" dell'inflazione dipendeva dal contesto in cui le istituzioni nazionali operavano, coordinando politiche economiche e politiche monetarie. In ogni caso, fine della Banca d'Italia era quello di soccorrere il Paese<sup>27</sup>. Il fine era il benessere del Paese, non della moneta (fine a sé stessa)<sup>28</sup>. Certo, per avere un'unità di fini è necessario che decisione politica e decisione monetaria vadano in parallelo. Ed ecco quindi tornare ancora una volta il cortocircuito che ostacola il progresso dell'UE, o meglio dell'Eurozona, ripetiamo, la mancanza di una comune/coordinata politica economica, accanto a quella monetaria. Questi rapporti e questi fini, del resto, non risultano dimostrati solo dalla storia monetaria italiana, o di altri Paesi europei, prima dell'adesione, ma è ciò che accade un po' ovunque ancora oggi in Stati pienamente sovrani. Come ad esempio negli Stati Uniti a seguito delle politiche monetarie della *Federal reserve*. Ecco perché in dottrina vi è chi si è spinto a escludere che la BCE sia una vera Banca centrale<sup>29</sup>.

Eppure, non si può non notare (e ad ogni buon conto apprezzare) come nei momenti di grandi crisi, almeno fino ad oggi, la BCE abbia di fatto, in via di prassi, acquisito quelle funzioni non assegnate (e forse vietate<sup>30</sup>) dai Trattati. Il riferimento è ovviamente agli interventi assunti dalla Banca centrale in occasione della crisi economico-finanziaria degli inizi del XXI secolo, che come noto ha avviato una serie di piani di acquisto di titoli di Stato di economie in conclamata difficoltà<sup>31</sup>. Misure in parte riprese – seppure come anticipato con un differente spirito – anche a seguito della recente crisi di molti Stati membri per l'epidemia da coronavirus.

##### 5. La prassi dell'acquisto di titoli di Stato di economie in conclamata difficoltà: uno sguardo alle decisioni assunte in risposta alla crisi economico-finanziaria degli inizi del XXI secolo.

Se si analizza la prassi delle decisioni assunte in questi anni dalla BCE in materia di politica monetaria, emerge chiaramente un cambio significativo a partire dalle misure finalizzate a

---

<sup>27</sup> Cfr. G. GUARINO, *Il ruolo della Banca d'Italia*, in D. Masciandaro (a cura di), *L'autonomia delle banche centrali*, Milano, 1988, 270 ss.

<sup>28</sup> Cfr. A. MORRONE, *Teologia economica v. Teologia politica? Appunti su sovranità dello Stato e «diritto costituzionale globale»*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, 829 ss.

<sup>29</sup> A. MANGIA, *Il Trattato MES, la costituzione economica europea, le Costituzioni nazionali*, in A. Mangia (a cura di), *Mes: L'Europa e il Trattato impossibile*, Brescia, 2020, 18, per il quale l'"Unione Europea non ha una Banca Centrale in senso proprio: nel senso di banca delle banche, e di prestatore di ultima istanza. È, la BCE, la replica funzionale di una Banca Federale, con alcuni grossi limiti di attribuzione di funzioni. E però con una capacità di condizionamento delle politiche nazionali che la Bundesbank non ha mai avuto".

<sup>30</sup> Su questo si tornerà in conclusione, ma il dubbio è – allo stato dei fatti – necessario, vista l'aperta contrapposizione tra la già citata pronuncia del Tribunale costituzionale tedesco del 5 maggio 2020 e la Corte di giustizia, sentenza 11 dicembre 2018, causa C-493/17, *Weiss et al.*, resa evidente dal comunicato stampa rilasciato dalla Corte di giustizia l'8 maggio 2020 (n. 58/20) in ferma risposta alla sentenza della Corte costituzionale tedesca.

<sup>31</sup> T. PADOA-SCHIOPPA, *Il governo dell'economia*, cit.

contrastare la crisi economico-finanziaria (globale, oltre che europea) iniziata tra il 2007 e il 2008<sup>32</sup>. A partire da questo momento emerge chiaramente la tendenza dell'Istituto a intervenire sempre più incisivamente a sostegno delle economie nazionali, invero, al fine di sorreggere l'economia europea e la moneta unica, in alcuni casi, come anticipato – e come diremo meglio – assumendo funzioni formalmente non assegnate dai Trattati.

Come noto, le origini della crisi – nel contesto economico globale – derivano dal fenomeno dei prestiti *subprime* ovvero tutte quelle aperture di credito eseguite all'interno del mercato finanziario degli Stati Uniti d'America, così denominati perché concessi a debitori privi di quelle garanzie usualmente richieste per accendere un mutuo, assegnare una carta di credito o qualsiasi altro strumento finanziario a credito<sup>33</sup>. Immediatamente dopo l'accentuarsi della crisi bancaria, si è concretizzata la preannunciata crisi dei debiti degli Stati sovrani<sup>34</sup>. La naturale sfiducia dei mercati, derivata dalla crisi, ha, infatti, determinato una tendenziale difficoltà dei Governi nazionali a finanziare altra spesa pubblica e, dunque, servizi pubblici, soprattutto, in presenza di alti livelli di debito pregresso. Di conseguenza, quella del fallimento dello Stato sovrano, che in passato era un'ipotesi poco frequente, ha rischiato di trasformarsi in una patologia diffusa anche tra i Paesi del "vecchio Continente"<sup>35</sup>. In particolare, tra i membri dell'Eurozona la crisi del debito ha interessato Grecia, Irlanda, Italia, Spagna e Portogallo, ma non solo, la difficoltà a reperire creditori sul mercato internazionale – e dunque collocare titoli di Stato a interessi ragionevoli – è stata comune a tutti i Paesi con un alto indebitamento ed un contestuale basso livello del prodotto interno lordo<sup>36</sup>. Mancando (nei Trattati) misure per contrastare quella che sempre più appariva come una speculazione finanziaria, anzi, essendo, sia l'UE, sia l'Eurozona, prive di una vera *governance* economica europea<sup>37</sup>, le misure introdotte sono apparse, a tratti, frammentarie e disarticolate: tra tutte basti osservare i vari "fondi di salvataggio" che in un breve arco di tempo si sono susseguiti, inizialmente privi di una copertura all'interno dei Trattati, che arriverà solo successivamente con la modifica dell'art. 136 Tfeue e la costituzione del Meccanismo europeo di stabilità (Mes)<sup>38</sup>.

Mentre le Istituzioni europee, ma, soprattutto, i governi nazionali contrattavano e immaginavano varie soluzioni per evitare il fallimento di alcuni Paesi dell'area euro, la BCE adottava misure, che a distanza di tempo possiamo affermare, sono le uniche che efficacemente hanno posto termine alle speculazioni finanziarie e stabilizzato i tassi di interesse dei titoli di Stato<sup>39</sup>.

In un primo momento, con decisione del 14 maggio 2010, la BCE stabiliva di istituire un "programma di acquisto di titoli finanziari", il quale consentiva alle banche centrali dell'Eurosistema di acquistare: "a) sul mercato secondario, titoli di debito idonei negoziabili emessi dai governi

---

<sup>32</sup> La cronologia delle fasi fondamentali della crisi finanziaria e degli interventi assunti è rinvenibile sul sito della BCE.

<sup>33</sup> G. PITRUZZELLA, *Crisi economica e decisioni di governo*, cit., 29 ss.

<sup>34</sup> Già l'11 dicembre 2006 la Banca centrale europea nel periodico *Financial Stability Review* (<http://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2006/html/pr061211.en.html>) considerava il sistema finanziario dell'area dell'euro potenzialmente vulnerabile.

<sup>35</sup> Cfr. G. NAPOLITANO, *La crisi del debito sovrano e le misure di "riduzione dello Stato"*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, 1303 ss.

<sup>36</sup> Anche se le cause di tale crisi sono molte e assai più complesse, per chiaro quadro dei problemi si vedano L. BINI SMAGHI, *Morire di austerità. Democrazie europee con le spalle al muro*, Bologna, Il Mulino, 2013, 133 ss.; G. NAPOLITANO, *La crisi del debito sovrano e il rafforzamento della governance economica europea*, in G. Napolitano (a cura di), *Uscire dalla crisi, politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, il Mulino, Bologna, 2012, 383 ss.

<sup>37</sup> Sul punto, in particolare, si rinvia alle riflessioni di P. BILANCIA, *Perché una governance europea*.

<sup>38</sup> Per una ricostruzione diacronica delle misure adottate si veda F. SALMONI, *Stabilità finanziaria, unione bancaria europea e costituzione*, Padova, 2019, in particolare, 158 ss. volendo anche E.C. RAFFIOTTA, *Il governo multilivello dell'economia*, cit., 53 ss.

<sup>39</sup> Cfr. F. NUGNES, *L'Europa e la crisi. Gli interventi della Banca centrale europea e la creazione del Meccanismo europeo di stabilità*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)) 10 settembre 2012.

centrali o da enti pubblici degli Stati membri la cui moneta è l'euro; e b) sul mercato primario e secondario, titoli di debito idonei negoziabili emessi da soggetti privati costituiti nell'area dell'euro".

All'apice della crisi (il 4 agosto 2011), la BCE avviò un programma di acquisto "indiretto" di titoli di Stato delle economie nazionali a rischio insolvenza (stressati dalla speculazione finanziaria) denominato "*long term refinancing operation*" (Ltro). Tale programma è definito "indiretto", perché realizzato attraverso un prestito alle banche richiedenti di lunga durata (3 anni), attraverso cui la BCE rilevava, di fatto, i titoli di Stato di scarso o nessun valore (come quelli emessi dalla Grecia nel periodo in cui si era dichiarata insolvente) acquistati dagli istituti di credito nazionali.

A tale primo "indiretto" sostegno finanziario agli Stati membri in difficoltà, successivamente, è seguita la decisione della BCE – del 6 settembre 2012 – di sostenere direttamente, ma, soprattutto stabilmente, i debiti sovrani in crisi attraverso l'*Outright Monetary Transactions* (Omt). Un programma di acquisto diretto da parte della BCE di titoli di Stato a breve termine, emessi sul mercato secondario, al fine di sostenere i Paesi in difficoltà macro-economica, grave e conclamata. Misure che, in un contesto di assoluta emergenza, hanno sopperito alle lacune del sistema monetario e politico economico europeo, di fatto, nel bene o nel male, salvando l'Eurozona.

Misure straordinarie, temporanee, a cui si è successivamente aggiunto a partire dal gennaio del 2015 il *Quantitative easing*: un ulteriore piano ampliato di acquisti di attività finanziarie per 60 miliardi di euro al mese. Un piano fortemente voluto dal Governatore Mario Draghi, immaginato per una durata limitata, ma che invero è stato confermato e allargato negli anni. Infatti, già nel marzo 2016 è stato esteso a 80 miliardi di acquisti al mese, e in seguito prorogato ancora fino al 2020 con ammontare diverso in base alle esigenze concrete. Insomma, sostanzialmente ripercorrendo una delle strade tipiche – e in passato intrapresa anche in Europa – dagli istituti centrali.

## 6. La crisi da coronavirus e il nuovo governatore della BCE.

Superato lo stato di grave crisi – anche e soprattutto grazie alle misure testé descritte della BCE – ci si sarebbe aspettati che l'Unione europea (e l'Eurozona *in primis*) avviasse un reale percorso di vera integrazione e di riforma del governo dell'economia europea. Al contrario, invece, come noto, poco è cambiato in positivo, caratterizzandosi l'ultimo biennio per una surreale relazione con il Regno Unito, fino alla sua recente uscita<sup>40</sup>. Senza un significativo intervento di riforma verso una vera integrazione politica (soprattutto a livello di politiche economiche), non stupisce il fatto che si stia faticando a trovare soluzioni chiare e univoche alla recente crisi sanitaria da coronavirus, che presto ha infettato anche la stabilità economico-finanziaria di molti Stati membri dell'UE.

Come noto, infatti, la crisi sanitaria – che ha determinato un blocco significativo delle attività economico-produttive di tutti i Paesi – ha colpito con maggiore gravità quei Paesi che avevano già un elevato indebitamento e un basso tasso di crescita. Pertanto, come negli anni della crisi del 2008, i tassi di interesse dei titoli di Stato di questi Paesi sono nuovamente cresciuti a dismisura. Ancora una volta, mentre le Istituzioni europee dialogavano, l'emorragia finanziaria veniva soccorsa e tamponata dalla BCE, che attraverso i summenzionati piani di acquisto – nati in un diverso contesto emergenziale, ma ancora oggi utili – fornivano liquidità e calmieravano i tassi di interesse. Nel frattempo, però, da poche settimane, era cambiato il vertice dell'Istituto di Francoforte, non più guidato da Mario Draghi, ma da Christine Lagarde. Non vi era più dunque l'ideatore delle misure che hanno salvato l'euro, ma soprattutto che hanno salvato la stabilità dei Paesi che adottano la moneta europea.

---

<sup>40</sup> Sul punto F. SAVASTANO, *Uscire dall'Unione europea. Brexit e il diritto di recedere dai Trattati*, Torino, 2019.

Anzi, a ben vedere il nuovo Governatore sembra prendere una posizione pressoché opposta a quella del suo predecessore. Come già ricordato, ma è bene richiamare ancora: «we are not here to close spreads. This is not the function or the mission of the ECB. There are other tools for that, and there are other actors to actually deal with those issues».

Parole di chiaro rilievo, poiché sembrano descrivere un nuovo indirizzo politico. Come se il Governatore fosse portatore di un mandato opposto rispetto a quello che sino a quel momento aveva caratterizzato la governance della moneta europea. Ma il fatto che più colpisce è che queste dichiarazioni non sono state rilasciate in un'occasione qualsiasi, bensì nel pieno di una crisi senza precedenti e, soprattutto, nel momento in cui i Governi e le Istituzioni politiche europee si trovavano a dover decidere attraverso quali strumenti sostenere i Paesi in difficoltà.

Nella dichiarazione della Lagarde il riferimento agli "other tools" è un evidente riferimento ad altre forme di sostegno come il Meccanismo di stabilità europeo, meglio noto come Mes.

Dunque, una posizione politica di indirizzo che va al di fuori delle sue competenze e che ha fortemente danneggiato singoli Paesi dell'Eurozona a mercati aperti, in un momento di crisi anzitutto sanitaria.

Una dichiarazione e un'impostazione, tuttavia, che non ha trovato consenso all'interno del consiglio dei governatori che – quasi contestualmente – ha avviato un nuovo e specifico piano di acquisti in linea di continuità con i precedenti, denominato *Pandemic emergency purchase programme* (PEPP). Un piano di acquisti straordinario di titoli del settore pubblico e privato, con un'importante dotazione complessiva di 750 miliardi di euro, che va ad aggiungersi agli altri già ricordati, appositamente finalizzato per sostenere gli Stati nell'emergenza da covid-19.

#### *7. La BCE davanti al Tribunale costituzionale tedesco e il futuro del progetto europeo.*

Dunque, ancora una volta in attesa che l'Ue prenda decisioni sul da farsi, la BCE attraverso i suoi piani di acquisto ha sostenuto la liquidità e la stabilità dei Paesi membri. Così come avrebbe certamente fatto una Banca centrale nazionale libera di condurre la sua politica monetaria. Attenzione, non si critica tanto l'Ue di non aver agito rapidamente in questo contesto eccezionale, e in questi mesi, ma di non averlo fatto prima: appena superata la crisi del 2008. Tempo ne ha avuto<sup>41</sup>. Ma tant'è.

Probabilmente, come accennato, a voler dare una lettura formalista dei Trattati, e, soprattutto, avendo presenti le ragioni che portarono a queste formulazioni, i programmi di acquisto avviati dalla BCE non erano (e non sono) proprio in linea con il diritto primario dell'Ue. Tuttavia, la volontà che sta alla base di questi piani è il famoso «whatever it takes to preserve the euro», che in altre parole sembra richiamare l'antica e quasi sempre valida formula de "il fine giustifica i mezzi". Le istituzioni e gli istituti giuridici non sono fini a sé stessi, ma servono a realizzare i piani e i fini scritti nelle costituzioni o nei Trattati, che poi altro non sono che il benessere sociale ed economico dei cittadini<sup>42</sup>.

Al di là di queste considerazioni forse poco giuridiche, non spetta certo ai giuristi interpretare il diritto dell'Ue. I giuristi possono fornire letture, più o meno qualificate, ma l'istituzione chiamata a fornire l'interpretazione definitiva e finale del diritto eurounitario è la Corte di Giustizia dell'Ue.

Come noto, il quesito circa la legittimità degli acquisti della BCE è stato posto alla Corte di giustizia dal BVerfG, il 17 agosto 2017, chiedendo in particolare di verificare la compatibilità con il diritto dei

---

<sup>41</sup> Cfr. E.C. RAFFIOTTA, *Per un governo dell'economia nell'Unione europea*, in *Percorsi costituzionali* (<http://magnacarta.it/categoria-pubblicazioni/percorsi-costituzionali/>), 2015, 3, 395 ss.

<sup>42</sup> A. BARBERA, *La Costituzione della Repubblica italiana*, Milano, 2016, 5 ss.

Trattati del *Quantitative Easing* (QE), il programma forse più importante tra quelli qui descritti di politica monetaria non convenzionale (*Public Sector Purchase Programme*, PSPP) creato dalla BCE.

Il giudice del Lussemburgo, come è altrettanto noto, risolve tale quesito con la sentenza dell'11 dicembre 2018, C-493/17, *Weiss et al.* Tra le altre ragioni, qui si ricordino le considerazioni per cui il *Quantitative easing* è limitato a quanto è necessario per realizzare l'obiettivo del mantenimento della stabilità dei prezzi ed è quindi proporzionale rispetto agli obiettivi della politica monetaria definiti dalla BCE<sup>43</sup>.

Una pronuncia, dunque, che superò le obiezioni formali di violazione in particolare dell'art. 123 TFUE, ma che di fatto ha salvato il sistema su cui ancora una volta stanno poggiando le economie nazionali in crisi, in linea con la tradizione degli interventi di politica monetaria (nazionale).

Senonché tale decisione della Corte di giustizia è stata recentemente considerata come un atto *ultra vires* da parte dello stesso Tribunale costituzionale tedesco, che probabilmente non soddisfatto della risposta sollecitata, non ha escluso di poter valutare illegittimi gli interventi della BCE – in estrema sintesi – nel caso in cui risultino manifestamente sproporzionati rispetto agli obiettivi perseguiti. Una valutazione sulla proporzionalità che la Corte tedesca ritiene di poter valutare autonomamente, bloccando la partecipazione al programma della Germania, e dunque compromettendo il futuro dell'azione della BCE<sup>44</sup>.

Non è questa certo la sede per commentare la tanto discussa pronuncia del BVerfG, salvo rilevare il grave strappo istituzionale<sup>45</sup> che ha realizzato, perlopiù in un momento così difficile, non solo e non tanto per gli Stati, quanto per i cittadini europei.

Difficile fare previsioni sulle possibili vie d'uscita. Ma come si diceva in apertura, questo può essere davvero un punto di non ritorno per il processo di integrazione europeo nel quale molti di noi hanno creduto. Colpisce che riforme sostanziali non siano state fatte in questi anni, subito dopo la crisi del 2008. Una riforma ad esempio che chiarisse i legittimi dubbi applicativi dell'art. 123 ss. TFUE, rilevati dalla Corte tedesca, inserendo in una cornice più chiara gli acquisti dei titoli di Stato nazionali. Inoltre, prevedendo forme di assistenza tra Paesi membri, interne al diritto dell'Ue e non esterne come il Mes<sup>46</sup>.

Ovviamente è chiaro che ciò potrà avvenire solo quando anche le politiche economiche e di spesa avranno un governo europeo dell'economia<sup>47</sup>. O comunque ricercando soluzioni istituzionali nuove, non continuando con un sistema parziale e (quantomeno) non funzionale: unione monetaria senza unione politica. Insomma, si dovrebbe imparare dalle scienze mediche che stanno cercando una cura per il covid-19, le quali – di fronte a un nuovo virus – rispondono cercando una nuova cura, un nuovo vaccino, non insistono con vecchi e noti strumenti, che sanno essere inefficaci. Questa volta la malattia, che ha colpito molti cittadini europei, ha infettato anche il progetto Eurounitario. Dobbiamo cercare una cura: nuova.

---

<sup>43</sup> Per una più ampia trattazione e ricostruzione delle pronunce citate si rinvia a F. SALMONI, *Nota a prima lettura della sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco sul Quantitative easing: una decisione politica che chiude la strada alle misure di mutualizzazione del debito e la apre al MES*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 2020/II, 289 ss.

<sup>44</sup> F. SALMONI, *Nota a prima lettura della sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco sul Quantitative easing*, cit.

<sup>45</sup> B. CARAVITA, M. CONDINANZI, A. MORRONE, A. POGGI, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meritato maggiore ponderazione*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 14/2020, 13 maggio 2020.

<sup>46</sup> A. MANGIA, *Il Trattato MES, la costituzione economica europea, le Costituzioni nazionali*, cit.

<sup>47</sup> E.C. RAFFIOTTA, *Il governo multilivello dell'economia*, cit.



## **COLLANA DI STUDI DI CONSULTA ONLINE**

### **Volumi pubblicati**

1) *“Itinerari” di Antonio Ruggeri per Consulta Online*,  
a cura di Pasquale Costanzo e Lara Trucco, 2016, pp. 812  
ISBN: 978-88-945618-3-8

2) *Stato di diritto Emergenza Tecnologia*,  
a cura di Giovanna De Minico e Massimo Villone, 2020, pp. 219  
ISBN: 978-88-945618-0-7

3) *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo – Diritto costituzionale in trasformazione, I Costituzionalismo, Reti e Intelligenza artificiale*  
2020, pp. 560,  
ISBN: 978-88-945618-1-4