



FABIO RATTO TRABUCCO\*

## LO STATO D'ECCEZIONE ALLA LUCE DEL POST-COVID-19

SOMMARIO: 1. L'emergenza e la Costituzione. – 2. Le esperienze straniere sull'emergenza in rapporto al caso italiano. – 3. La pandemia quale *occasio legis* per una riforma costituzionale sull'emergenza?

### 1. L'emergenza e la Costituzione

Avanti a situazioni del tutto eccezionali e singolari, gli ordini regolatori subiscono dei rivolgimenti inevitabili che si muovono su più ambiti e livelli mentre il diritto all'emergenza comporta interventi di rilevante portata che interessano financo il sistema delle fonti. Con riferimento alle emergenze sanitarie si ricorderà come tutte le grandi pandemie del passato sono state accompagnate da sviluppi raffazzonati, credenze ed imbonitori vari, come già riportava il filosofo Luciano di Samosata per la peste di Galeno del 165 d.C. Si tratta del resto ora della prima epidemia raccontata in tempo reale dai *media*, un fenomeno per cui l'OMS ha, non a caso, coniato il termine infodemia, da cui evidente l'esistenza di un problema di comunicazione dei problemi sanitari<sup>1</sup>. Nella dicotomia fra riduzionisti e catastrofisti in materia di COVID-19, con flussi d'informazione non sempre lineari anche da parte degli stessi esperti e degli enti sanitari nazionali e regionali<sup>2</sup>, la comunicazione ha infatti costituito parte della strategia di contrasto al pernicioso virus ed ancora mantiene una sua rilevanza nel graduale ed ineluttabile passaggio da pandemia ad endemia.

A sua volta, *necessitas non habet legem* recitava senza mezzi termini il celebre aforisma di Publilio Siro, ma se è vero che le situazioni di emergenza devono essere regimate con draconiane norme d'emergenza, è altrettanto vero che gli organi costituzionali non hanno solo il potere ma anche il dovere d'intervenire come ha sanzionato la Consulta sin dalla

---

\* Professore a contratto di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Padova.

<sup>1</sup> Cfr. E. MONTAGNANI, *La comunicazione pubblica on-line e la digitalizzazione delle Pubbliche amministrazioni tra pandemia e infodemia: quali prospettive future?*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2021, 1, pp. 105-139.

<sup>2</sup> Cfr. M. NACOTI, et al., *At the Epicenter of the Covid-19 Pandemic and Humanitarian Crises in Italy: Changing Perspectives on Preparation and Mitigation*, in *NEJM Catalyst*, 21 marzo 2020 e F. RATTO TRABUCCO, *Fra omissioni, contraddizioni e riduzionismo: le responsabilità degli organi deputati alla sanità pubblica italiana nella prevenzione della pandemia COVID-19*, in *Quad. amm.*, 2020, 3, pp. 22-29.

storica pronuncia dei primi anni Ottanta in tema d'innalzamento eccezionale dei termini della custodia cautelare in carcere<sup>3</sup>. Sul tema merita per certo un esame approfondito la circostanza che la Corte abbia valutato la ragionevolezza/legittimità del prolungamento dei termini della carcerazione preventiva in relazione allo stato di emergenza terroristica in cui il Paese si trovava. La delicatezza del problema è di tutta evidenza ed una prima riflessione attiene al fatto che non è stata ammessa l'eventualità della instaurazione d'un regime eccezionale come lo stato d'assedio, senza tuttavia determinare con sufficiente precisione i caratteri delle tecniche sostitutive, *id est* le leggi eccezionali e temporanee.

Lo stato d'eccezione è un fenomeno che si manifesta con forme assai diverse da quanto avveniva nei regimi liberali ottocenteschi e può essere definito come la condizione non descritta dall'ordinamento normalmente vigente. La sua caratteristica peculiare è quella di porre la norma cui si riferisce in uno stato di quiescenza, salvo riprendere piena vitalità una volta trascorso il periodo della sospensione. L'effetto sospensivo è l'elemento caratteristico e coesistente della legge eccezionale d'emergenza e sarà calibrato secondo la gravità della situazione. Se dunque con il prolungamento dei termini della carcerazione preventiva si configura una sospensione della legislazione ordinaria e non della Costituzione nonché si realizza una limitazione della libertà personale, senza vanificare la garanzia costituzionale, il legislatore non è stato considerato totalmente libero di determinare la durata della carcerazione preventiva, ma deve operare razionalmente e, anche in situazione d'emergenza, non può legittimamente rendere nella sostanza vana la tutela accordata alla libertà personale. La Corte ha tassativamente attribuito a tali norme una legittimità contingente relegandole ad una vigenza temporalmente delimitata, in quanto sostanzialmente avulse dalle regole costituenti l'ordine normalmente vigente<sup>4</sup>. Il segnale che la Consulta ha indirizzato a Parlamento e Governo appare quindi nel senso di distinguere tra la dicotomia legislazione ordinaria *versus* norme d'eccezione, le quali debbono necessariamente avere, però, carattere temporaneo<sup>5</sup>.

Com'è noto, la nostra Costituzione non formalizza lo stato d'emergenza, ma non per questo è certamente sprovvista di strumenti per contrastarla<sup>6</sup>. I provvedimenti provvisori nella forma della decretazione d'urgenza, *ex art. 77 Cost.*, sono concepiti proprio in questa prospettiva, preoccupandosi il Costituente d'individuare, per il caso di necessità, una fonte del diritto subordinata alla Costituzione. In ogni caso, dal sistema si può ricavare, verosimilmente – ed in termini più generali –, una competenza implicita sull'emergenza, che spetta proprio all'esecutivo (in quanto organo direttamente responsabile di fronte al Parlamento) il quale può individuare la fonte più opportuna a risolvere il caso critico, che, in quanto fatto aleatorio per definizione, non può essere canalizzato in prescrizioni normative rigide (purché, beninteso, si tratti di fonte di livello sub-costituzionale). Del resto come affermava Romano oltre un secolo fa: il «conflitto che nasce fra il diritto dello Stato di mantenere la sua esistenza e il suo assetto politico, e il diritto di libertà degli individui, che è necessario limitare o sacrificare in favore del primo [...] non è e non può essere che un momento del tutto secondario, una semplice conseguenza rispetto ad un momento più generale e comprensivo. [...]». Quel che importa qui notare è [...] la materiale ed assoluta impossibilità di applicare, in certe condizioni, le norme che regolano la vita normale dello

<sup>3</sup> Corte cost., 1° febbraio 1982, n. 15. Cfr. L. CARLASSARE, *Una possibile lettura in positivo della sent. n. 15?*, in *Giur. cost.*, 1982, 2, pp. 98-108.

<sup>4</sup> Cfr. P. PINNA, *L'emergenza davanti alla Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1983, 2/4, pp. 592-619.

<sup>5</sup> Cfr. A. PACE, *Ragionevolezza abnorme o stato d'emergenza?*, in *Giur. cost.*, 1982, 2, pp. 108-115.

<sup>6</sup> Cfr. G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale, Definizione e modelli*, Milano, 2003.

Stato, e il bisogno non già di applicarne altre esistenti, ma di emanarne delle nuove. Onde la conseguenza che il momento originario, cui si deve aver riguardo, è per l'appunto tale sostituzione, sia pure provvisoria e limitata, di un nuovo diritto obbiettivo al diritto obbiettivo già esistente»<sup>7</sup>.

L'emergenza è, dunque, quel particolare fenomeno che sollecita in modo radicale la tenuta dell'ordinamento giuridico (in particolar modo l'ordinamento giuridico costituzionale) sia sotto il lato dell'effettività, che sotto il profilo della sua legittimità. A tal riguardo, come noto, Schmitt distingueva tra emergenza latamente intesa, in cui il caso critico è ancora riconducibile ad una qualche norma giuridica, ed eccezione in cui l'ordinamento giuridico viene totalmente travolto nelle sue fondamenta, ma nel quale sussiste ancora un ordinamento politico, quello statale. L'eccezione è, insomma, lo scenario estremo dell'esistenza politica: oltre, c'è il *bellum omnium contra omnes*, la fine dello Stato e, quindi, la fine della comunità come soggetto politico indipendente ed originario<sup>8</sup>.

Del resto appare evidente come, sia nello stato d'emergenza che in quello d'eccezione, il valore tutelato è l'autoconservazione del gruppo sociale (*salus rei publicae suprema lex esto*). Nel primo, però, la decisione in ordine all'*an* (se dichiarare l'emergenza e come qualificarla giuridicamente), al *quantum* (apprezzamento in ordine alla gravità della situazione emergenziale) e al *quomodo* (mezzi per contrastarla) è esperita alla luce della Costituzione (in senso lato) vigente. A sua volta nella dittatura sovrana invece la soluzione dell'emergenza (divenuta eccezione) avviene *en dehors de la Constitution* e porta alla posizione di un nuovo punto di attacco valoriale, ovvero una nuova Costituzione<sup>9</sup>.

Tuttavia, nel richiamare Schmitt occorre essere tanto cauti quanto esaustivi. Infatti, è logico anzitutto chiedersi, qualora la dittatura avvenga "al di fuori" della Costituzione, sia qual è la Costituzione stessa, sia come agire *extra Constitutionem*, *id est* a mezzo sovversione, colpo di stato ovvero rivoluzione? Infatti, si badi che alcuna Costituzione prevede legittimamente gli strumenti per la sua violazione e lo stato di emergenza di Schmitt è sostanzialmente un'ipotesi d'assunzione di poteri straordinari da parte dello Stato in quanto detentore del potere supremo<sup>10</sup>.

## 2. Le esperienze straniere sull'emergenza in rapporto al caso italiano

In un concreto quadro comparato non si può omettere di considerare che vari Paesi UE hanno inserito nelle loro Carte disposizioni in materia di gestione dell'emergenza (*in primis*, ricordiamo, Francia, Germania, Grecia, Polonia, Portogallo, Spagna ed Ungheria), mentre nel caso italiano la formalistica limitazione di poteri eccezionali allo stato di guerra non consente la sospensione dei diritti costituzionali, né la ridefinizione degli assetti interni, sia a livello centrale, che periferico.

<sup>7</sup> Cfr. S. 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 pubbl. amm. in It.*, 1909, 1, pp. 251-272.

<sup>8</sup> Cfr. C. SCHMITT, *Teologia politica, Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, 1922, trad. it. in ID., *Le categorie del politico. Saggi di teoria politica*, Bologna, 1972.

<sup>9</sup> Cfr. R. RAVI PINTO, *Brevi considerazioni su stato d'emergenza e stato costituzionale*, in *Riv. BioDiritto/BioLaw Journ.*, 20 marzo 2020, pp. 1-8.

<sup>10</sup> Cfr. G. AGAMBEN, *Stato di eccezione: Homo sacer*, Torino, 2003, p. 44.

L'Italia si colloca dunque in una posizione del tutto *sui generis* rispetto ad altri Paesi UE di *civil law*, il cui ordinamento contempla invece un articolato quadro normativo delle emergenze interne ed internazionali. Basti al riguardo un breve sguardo a tre esperienze a noi vicine laddove si riscontrano statuti *ad hoc* per l'emergenza quali precipuamente attivati per fronteggiare l'emergenza COVID-19.

In Francia il sistema semipresidenziale delineato con la Carta del 1958 forgia un assetto costituzionale delle competenze d'emergenza tale per cui il Parlamento s'esprime con un'autorizzazione preventiva alla dichiarazione di guerra<sup>11</sup>. In caso di stato d'assedio<sup>12</sup>, con sospensione di leggi ovvero della stessa Costituzione, alla decretazione governativa fa da contraltare l'esigenza di proroga con autorizzazione parlamentare entro dodici giorni<sup>13</sup>. A sua volta il Capo dello Stato ad elezione diretta, forte del suo *domain réservé* nei settori della difesa e della politica estera, è l'autentico *dominus* della situazione emergenziale bellica. Infatti, salvo il coinvolgimento del Consiglio costituzionale ed il dovere d'informazione con messaggio alla Nazione ovvero il divieto di sciogliere l'Assemblea Nazionale, l'interruzione del «funzionamento regolare dei poteri pubblici costituzionali» con la minaccia «in modo concreto ed immediato» delle «istituzioni della Repubblica, l'indipendenza della Nazione, dell'integrità del territorio o dell'esecuzione degli impegni internazionali», consente al Presidente di adottare le «misure richieste dalle circostanze». Si tratta d'ampi poteri che ben possono recare con sé deroghe dei diritti costituzionali e soprattutto sono esercitati senza vincolo alcuno di controfirma<sup>14</sup>. Inoltre, non s'obliteri che compete al solo Capo dello Stato decidere sull'impiego della forza nucleare francese<sup>15</sup> e non è mancata la proposta di costituzionalizzazione dello stato d'urgenza sulla spinta dell'emergenza terroristica islamica<sup>16</sup>.

La Legge fondamentale tedesca del 1949 in maniera del tutto peculiare rispetto al caso italiano afferma che le forze armate possono essere impegnate «soltanto nella misura in cui» la stessa Legge «lo ammette esplicitamente»<sup>17</sup>, e cioè nelle ipotesi dello «stato di difesa» e dello «stato di tensione». Dunque si tratta di casi di ricorso alla forza armata ben tipizzati onde evitare abusi. Così, nel caso dello stato di difesa la Carta dettaglia le ipotesi d'aggressione esterna ovvero di sua minaccia<sup>18</sup> previo accertamento da parte del *tandem* Governo-Parlamento e conseguente promulgazione del Capo dello Stato federale per cui il potere di comando delle forze armate è trasferito al Cancelliere federale<sup>19</sup>. A sua volta sono disciplinate le «misure eccezionali» adottabili in tale quadro e per quanto posizione e compiti del Tribunale costituzionale federale di Karlsruhe sono irrettrabili<sup>20</sup>. Mentre gli stessi governi federati possono assumere iniziative necessitate di difesa in parti specifiche del Paese<sup>21</sup>.

<sup>11</sup> Art. 35, Cost. Francia.

<sup>12</sup> Cfr. F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Stato di assedio*, in *Nov.mo dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 274.

<sup>13</sup> Art. 36, Cost. Francia.

<sup>14</sup> Art. 19, Cost. Francia.

<sup>15</sup> Decreto 14 gennaio 1964, n. 64-46, relativo alle forze aeree strategiche.

<sup>16</sup> Cfr. M.F. DE TULLIO, *Il mito dell'emergenza e le garanzie costituzionali. Insegnamenti dall'esperienza francese*, in *Riv. AIC*, 2020, 3, pp. 278-304.

<sup>17</sup> Art. 87 a, c. 2, Legge Fondamentale tedesca.

<sup>18</sup> Art. 115 a, c. 1, Legge Fondamentale tedesca.

<sup>19</sup> Art. 115 b, Legge Fondamentale tedesca.

<sup>20</sup> Art. 115 g, Legge Fondamentale tedesca.

<sup>21</sup> Art. 115 i, Legge Fondamentale tedesca.

Ancora, se consideriamo il caso della Spagna con la sua giovane Carta del 1978, a fronte di una tripartizione dei casi d'emergenza («stato d'allarme», «stato d'eccezione» e «stato d'assedio»), il ruolo dell'esecutivo emerge preponderante in sede di dichiarazione delle prime due condizioni, mentre si limita alla proposta al Congresso dei deputati per lo stato d'assedio. Stante l'evidente rischio di sospensione dei diritti costituzionali resta ferma la responsabilità del Governo nel quadro del classico sistema parlamentare<sup>22</sup>. A sua volta in caso di guerra la relativa dichiarazione reale necessita della previa delibera parlamentare<sup>23</sup> con piena natura autorizzatoria.

Infine, se volgiamo lo sguardo all'Europa centro-orientale emerge l'Ungheria che contempla anch'essa uno statuto dell'emergenza<sup>24</sup>, pur connotato da una debolezza del relativo quadro giuridico tra politicizzazione e militarizzazione<sup>25</sup>. Similare il caso polacco con una disciplina analitica degli stati di emergenza, diversamente da altre esperienze contemporanee, anche della stessa area, ove si rinvencono spesso norme frammentarie e inserite in altri contesti<sup>26</sup>. Del resto, lo scoppio della pandemia di COVID-19 è stata un'opportunità per testare come i diversi regimi reagiscono all'emergenza, e questo vale anche e soprattutto per le cd. “democrazie illiberali” come la Polonia e l'Ungheria. L'approccio in questi due Paesi s'è dimostrato simile in termini di decadenza democratica ma con un'apparente differenza. In applicazione della Legge fondamentale del 2011 è stato infatti adottato in Ungheria lo stato di emergenza, ma per tale condizione è revocabile in dubbio il rispetto di determinati standard costituzionali. In Polonia è stato invece scartato uno stato di emergenza costituzionale optando per un altro avente livello di legittimità inferiore, *id est* adottando stringenti misure di contenimento a tempo indeterminato in forza di normativa secondaria e quindi in buona parte elusiva della riserva di legge<sup>27</sup>.

Quanto sopra comparativamente richiamato per le esperienze transalpina, tedesca ed iberica nonché polacca ed ungherese, conferma ancora una volta come nel nostro ordinamento difetta totalmente una disciplina delle diverse ipotesi di crisi, *id est* situazioni d'emergenza ovvero anche solo latamente di natura bellica. Tuttavia, occorre notare come le criticità evidenziate dalla dottrina rispetto all'azione del Governo italiano in chiave antipandemica appaiono non dissimili da quelle riscontrate nei Paesi democratici ove sono costituzionalizzati gli stati d'eccezione, poiché, probabilmente per il carattere essenzialmente “neutrale” della crisi sanitaria, *id est* priva di connotati ideologici ovvero politici, tali regimi eccezionali non sono stati attivati<sup>28</sup>.

Peraltro, se è vero che la nostra Carta non contiene clausole espresse di sospensione dei diritti fondamentali in tempi eccezionali quali alteranti l'assetto dei poteri, è vero anche come la Costituzione del 1948 non pretermetta di considerare le contingenze ed in generale le situazioni di emergenza, crisi e calamità ovvero di straordinarietà ed urgenza come evoca il già citato art. 77 Cost. in tema di decreti legge.

---

<sup>22</sup> Art. 116, Cost. Spagna.

<sup>23</sup> Art. 63, c. 3, Cost. Spagna.

<sup>24</sup> Art. 48, Cost. Ungheria.

<sup>25</sup> Cfr. S. BENVENUTI, *L'Ungheria di fronte all'emergenza da Covid-19: debolezza del quadro giuridico, militarizzazione dell'emergenza e controversie sulle misure economiche*, in *Nomos*, 2020, 1, pp. 1-14.

<sup>26</sup> Artt. 228-234, Cost. Polonia.

<sup>27</sup> Cfr. J. SAWICKI, *La pandemia Covid-19, in Polonia e in Ungheria, come possibile occasione per intensificare la mutazione illiberale delle istituzioni*, in *DPCE online*, 2020, 2, pp. 1963-1983.

<sup>28</sup> Cfr. E. MINNITI, *Dall'analisi comparata della gestione dell'emergenza Covid-19 alle criticità della normativa antiterrorismo: riflessioni comparative sulla disciplina dello stato di eccezione a partire dall'ordinamento italiano*, in *DPCE online*, 2020, 2, pp. 2681-2706.

Orbene, è noto che i Costituenti non vollero introdurre un autentico statuto dell'emergenza sulla falsariga dell'art. 48, Cost. Weimar, che prevedeva il potere presidenziale di adottare le misure necessitate per ristabilire l'ordine e la sicurezza pubblici laddove turbati o minacciati e, se del caso, intervenire a mezzo della forza armata<sup>29</sup>. Si tratta d'una impostazione che risale a Carte del XIX secolo, come la spagnola e la turca del 1876, l'elvetica del 1874 e la giapponese del 1899 che contengono espresse disposizioni per fronteggiare l'emergenza con ricorso alle forze armate. A sua volta, numerose Carte latinoamericane prevedevano la dichiarazione dello stato d'assedio e la sospensione delle garanzie costituzionali a fronte di pericoli per l'esercizio della Costituzione, esigenze di ordine pubblico ovvero ribellioni ed attacchi esterni<sup>30</sup>. Sappiamo poi che l'art. 48 weimariano è stato attivato oltre duecento volte trasformando i decreti presidenziali in una procedura legislativa sommaria sanzionata tacitamente dal Parlamento e proprio in forza di tale clausola Hitler nel 1933 assunse del tutto legittimamente il potere.

Ecco, dunque, che le motivazioni dello smilzo dettato dell'art. 78 Cost. italiano albergano nel malcelato timore diffuso in Costituente per cui il caso weimariano potesse replicarsi nell'epoca post-fascista. Il timore che l'inserimento nella Carta di una qualsivoglia clausola dell'emergenza avesse potuto ingenerare svolte autoritarie era ancora del tutto effettivo e concreto nel biennio costituente. Questo spiega la formulazione dell'art. 78 Cost. laconicamente limitata alla sola ipotesi bellica coniugando la tempestività dell'intervento e la democraticità della decisione<sup>31</sup>, a fronte del conferimento non già di «pieni poteri» bensì di meri «poteri necessari» come suggestivamente indicato dal Ruini. Infatti, se i «pieni poteri» importano la concentrazione di potestà e funzioni nelle mani dell'autorità di governo con stringenti deroghe ai principi dello Stato di diritto<sup>32</sup> – come nel caso della legge n. 67 del 1915 per l'entrata nella I guerra mondiale – i poteri necessari ineriscono ad un ambito molto più limitato acconsentendo a che le Camere mantengano un ambito di legiferazione.

Orbene, è noto che l'art. 78 Cost. non ha mai trovato applicazione alcuna nella storia repubblicana italiana. Tantomeno nel governo di crisi internazionali in cui il nostro Paese è stato parte attraverso l'invio di missioni militari, *id est* Afghanistan, Iraq e Kosovo, *in primis*, il che può apparire financo paradossale<sup>33</sup>. Astrattamente, lo stesso art. 78 Cost. avrebbe potuto trovare applicazione anche per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 solo grazie ad un'interpretazione lata ed evolutiva del concetto di «guerra». Il tutto attraverso un qualche atto d'indirizzo ed impegno a futura memoria del Parlamento da cui la conseguente attribuzione dei «poteri necessari»<sup>34</sup>.

Peraltro, occorre notare come l'esecutivo – quantomeno all'incirca nel primo quadrimestre di gestione pandemica – neppure abbia fatto stretto ricorso al tipico strumento costituzionale per i casi straordinari, e cioè il decreto legge, *ex art.* 77 Cost. Si tratta della classica fonte di necessità, rimessa al corretto uso governativo sotto controllo

<sup>29</sup> Cfr. C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, Milano, 1984, 153 ss. e C. MORTATI, *La Costituzione di Weimar*, Firenze, 1946, p. 28.

<sup>30</sup> Art. 29, Cost. Messico del 1857; art. 86, n. 19, Cost. Argentina del 1860; art. 102, n. 17, Cost. Paraguay del 1870; art. 77, n. 18, Cost. Guatemala del 1879; art. 80, Cost. Brasile del 1891; art. 80, Cost. Venezuela del 1904.

<sup>31</sup> Atti Assemblea Costituente, 21 ottobre 1947, 1380-1391.

<sup>32</sup> Cfr. P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento italiano*, Milano, 1988, 51 ss. e P.G. GRASSO, *Pieni poteri*, in *Nov.mo dig. it.*, XIII, Torino, 1966, pp. 61-62.

<sup>33</sup> Cfr. P. CARNEVALE, *Il ruolo del Parlamento e l'assetto dei rapporti fra Camere e Governo nella gestione dei conflitti armati*, in *Dir. e soc.*, 2003, 1, pp. 103-146.

<sup>34</sup> Cfr. A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem*, Modena, 2020, pp. 60-61.

politico parlamentare, come ampiamente descritta in Costituente dal Bozzi<sup>35</sup> e questo per quanto tale strumento è poi divenuto una sorta d'iniziativa legislativa “rafforzata”, cui i Governi ricorrevano affinché la disciplina entrasse immediatamente in vigore<sup>36</sup>, poco rilevando che il Parlamento provvedesse per tempo alla conversione. In caso di inottemperanza, infatti, gli Esecutivi sapevano di poter reiterare il contenuto del decreto scaduto: questo sino alla storica sentenza di cesura della Consulta n. 360 del 1996 che ha posto fine alla ridetta deleteria prassi. Dunque, una fonte dell'emergenza giano bifronte che, accanto ad un decreto “ordinario” contempla ancora il primigenio decreto straordinario<sup>37</sup> onde fronteggiare, appunto, i casi straordinari ed imprevedibili.

L'intervento a mezzo decretazione d'urgenza in chiave antipandemica avrebbe comunque potuto dipanarsi anche senza “forzare” la nozione bellica nonché evitando di pervenire a limitare diritti e libertà attraverso una fonte subordinata come i d.P.C.M. e per quanto autorizzati a mezzo periodici decreti legge, ma inizialmente sulla scorta di un'autentica indefinita delega in bianco *ex d.l. n. 6 del 2020*, quantomeno sino al varo del d.l. n. 19 del 2020 contenente un lungo, dettagliato e preciso elenco dei diritti comprimibili<sup>38</sup>. Si tratta all'evidenza di uno scivolone costituzionale, se non di un *vulnus* vero e proprio come anche parte della dottrina ha lamentato<sup>39</sup>, se non altro per il fatto che in tal modo è stato aggirato il controllo presidenziale in sede d'emanazione governativa e conversione parlamentare. Dunque, l'esecutivo per non affrontare situazioni d'emergenza con strumenti eccezionali, ancorché costituzionalmente disciplinati, quali sono i decreti legge, cui deve riconoscersi la capacità di sospendere temporaneamente alcune norme costituzionali, ha finito così per “inquinare” la stessa normativa ordinaria permeandola stabilmente di potenzialità autoritarie.

Orbene, se l'obiettivo del presente lavoro non è certo quello di proporre soluzioni, il che compete unicamente al legislatore, resta fermo un punto fondamentale e cioè il *fumus* della violazione delle libertà costituzionali in Italia, quantomeno nelle prime due settimane di *lockdown* generalizzato del marzo 2020, laddove lo strumento della decretazione d'urgenza è stato utilizzato in maniera aspecifica, generica e meramente formalistica in luogo di una dettagliata e tassativa enumerazione delle limitazioni di diritti e libertà da attuarsi a mezzo atto amministrativo dell'esecutivo in relazione all'andamento epidemiologico, *id est* il rigoroso principio di evidenza scientifica attestato e validato dagli esperti delle competenti autorità sanitarie nazionali.

### 3. La pandemia quale occasio legis per una riforma costituzionale sull'emergenza?

Risulta quindi naturale riflettere circa l'opportunità di una o più norme costituzionali che prevedano lo stato d'eccezione, anche attraverso la creazione d'unità di crisi a cui

<sup>35</sup> Cfr. Atti Assemblea Costituente, 17 ottobre 1947, pp. 1301-1302.

<sup>36</sup> Cfr. G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova, Cedam, 1994, p. 175 e A. PREDIERI, *Il Governo colegislatore*, in F. CAZZOLA, A. PREDIERI, G. PRILLA (cur.), *Il decreto legge fra Governo e Parlamento*, Milano, 1975, XX.

<sup>37</sup> Cfr. F. MODUGNO, A. CELOTTO, *Rimedi all'abuso del decreto-legge*, in *Giur. cost.*, 1994, 5, pp. 3232-3250.

<sup>38</sup> Cfr. F. RAITO TRABUCCO, *Le limitazioni ai diritti costituzionali a mezzo atto amministrativo nell'avvio dell'emergenza pandemica da COVID-19*, in *Amministrazione in cammino*, 7 maggio 2020, pp. 1-23.

<sup>39</sup> Cfr. A. CELOTTO, cit., p. 62.

attribuire competenze straordinarie parzialmente sospensive e/o derogatorie della disciplina ordinaria, riportando, temporaneamente, a livello centrale competenze regionali o diffuse oltre che quelle a livello centrale esercitate dalla Protezione Civile.

Tuttavia, se l'assenza totale di una qualche disciplina delle diverse ipotesi di crisi e situazioni anche solo potenzialmente d'emergenza appare una lacuna del nostro ordinamento<sup>40</sup>, anche per altri sistemi che pur annoverano una disciplina dell'emergenza si manifestano critiche d'inadeguatezza<sup>41</sup>.

Tuttavia, come obliterare quanto asseriva il Calamandrei in Costituente per cui la Carta deve avere una declinazione di natura presbite e non certo miope, *id est* essere lungimirante e per l'effetto «vedere lontano»<sup>42</sup>, traguardando il mero breve/medio periodo, proprio a fronte di quel «suo equilibrato complesso di principi, poteri, limiti e garanzie» che pone a disposizione dei consociati la bussola che consente di navigare «per l'alto mare aperto dell'emergenza»<sup>43</sup>.

Così, sullo stretto piano concreto, ferme restando le competenze regionali in materia sanitaria, la definizione di una catena unitaria di comando nel caso di gravi pandemie, consentirebbe in potenza d'evitare provvedimenti anche in palese contrasto tra loro o sterili conflitti tra Governo centrale, Regioni ed enti locali avanti la Consulta ovvero la giustizia amministrativa (si pensi ai casi delle ordinanze del Comune di Messina e della Regione Calabria)<sup>44</sup> ad onta del principio di leale collaborazione stante atti regionali non di rado eccedenti la sfera di competenza loro attribuita dalla Costituzione e/o dalla legge<sup>45</sup>. Del resto, durante la gestione della pandemia la tenuta della nostra forma di Stato regionale è stata sottoposta ad un significativo e prolungato *stress test*. Così, per esempio, l'emanazione d'ordinanze regionali sul divieto di raggiungimento delle cd. seconde case ovvero di didattica in presenza, ha destato notevoli perplessità circa il rispetto del principio di legalità sostanziale e, ancor prima, di alcuni fondamentali principi costituzionali<sup>46</sup>. Dal canto suo, tuttavia, come omettere di ricordare che la Consulta ha inglobato la tutela della salute nei periodi emergenziali all'interno della «profilassi internazionale» con evidenti ricadute sull'esercizio dei poteri regionali stante l'interpretazione “finalistica” della stessa profilassi,

<sup>40</sup> Cfr. G. DE VERGOTTINI, *Profili costituzionali della gestione delle emergenze*, in *Rass. parl.*, 2001, 2, p. 275 ss. e P. BARRERA, *Parlamento e politiche di sicurezza: tendenze e prospettive*, in *Quad. cost.*, 1987, 2, pp. 334-335.

<sup>41</sup> Cfr. B. ACKERMANN, *La Costituzione di emergenza. Come salvaguardare libertà e diritti civili di fronte al pericolo del terrorismo*, Roma, 2005, p. 26 ss.

<sup>42</sup> Atti Assemblea Costituente, 4 marzo 1947, p. 1745.

<sup>43</sup> Cfr. M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, Roma, Palazzo della Consulta, 28 aprile 2020, pp. 25-26.

<sup>44</sup> Cons. Stato, Sez. I, 7 aprile 2020, n. 735 e T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 9 maggio 2020, n. 841. Cfr.: L. GIURATO, *Le relazioni pericolose tra enti territoriali nella gestione dell'emergenza Covid-19: il principio di leale collaborazione come baluardo dell'interesse nazionale?*, in *Diritti fondamentali*, 2020, 2, pp. 687-703; F.F. PAGANO, F. SAIITA, A. SAIITA, *Il giudice amministrativo stoppa la ripartenza anticipata della Regione Calabria: sul lockdown è lo Stato a dettare legge*, in *Oss. cost.*, 2020, 3, 374-409; N. PICOZZI, *Una nota (ragionata) alla sentenza del TAR Calabria n. 841/2020: rapporti tra Stato e Regioni in tempo di Covid-19*, in *Rass. Avv. Stato*, 2020, 1, pp. 120-137.

<sup>45</sup> Cfr. A. SAPORITO, *Il principio di leale collaborazione al tempo dell'emergenza sanitaria*, in *Diritti fondamentali*, 2020, 2, pp. 870-894.

<sup>46</sup> Cfr. G. COINU, *Un nuovo capitolo nel variegato conflitto Stato-Regioni: le ordinanze regionali “contro” gli spostamenti verso le seconde case*, in *Fed.*, 2021, 14, 31-42 e L. DELL'ATTI, *Bilanciare istruzione e salute. Considerazioni brevi su strumenti unitari e leale collaborazione a partire da talune ordinanze regionali in materia di sospensione della didattica “in presenza”*, in *Oss. cost.*, 2021, 1, pp. 87-107.

da cui discutibili conseguenze accentratrici di sistema sul riparto di competenze in materia di tutela della salute<sup>47</sup>.

Tutto questo non significa tuttavia porre in discussione l'autonomia, né ripensare l'organizzazione territoriale dello Stato, né tantomeno recuperare la clausola della supremazia che si ricorda è stata nettamente respinta nel *referendum* costituzionale del 2016 sulla riforma Boschi-Renzi della Parte II della Carta.

Occorre, invece, prendere atto che l'emergenza non può essere esorcizzata negandola come banalmente l'eterogeneo coacervo delle conventicole "no vax" è aduso a fare, bensì apprezzandola come fenomeno straordinario ed endogeno all'ordinamento in cui competenze nuove e straordinarie possono essere definite per farvi fronte, anche esaltando all'ennesima potenza il principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni per dirigersi verso un regionalismo o federalismo solidale<sup>48</sup>. Infatti, la consapevolezza del ruolo fondamentale svolto dagli enti locali nella gestione della crisi sanitaria e del peso che la solidarietà ha assunto nel dibattito a livello interno, così come è avvenuto a livello europeo nel rapporto con gli Stati, suggerisce l'adozione d'un modello alternativo ispirato ai principi di solidarietà e leale collaborazione quali fondati sull'integrazione policentrica delle competenze a tutti i livelli istituzionali. La cooperazione rafforzata e «riformata» aperta alla partecipazione delle Regioni offre, altresì, lo spunto per riflettere sull'opportunità di una ricognizione dei ruoli e della redistribuzione delle competenze in funzione dell'elaborazione di nuovi e più efficaci modelli di sviluppo sociale differenziati per la pienezza ed effettività della tutela multilivello del diritto alla salute<sup>49</sup>.

A sua volta, la mancata costituzionalizzazione dei circuiti di connessione centro-periferia e, più in particolare, l'assenza di adeguati meccanismi di rappresentazione degli interessi territoriali, ha generato un'iperconflittualità tra Stato e Regioni, gravando la Consulta dell'oneroso fardello d'individuare il baricentro fra gli interessi in gioco. Così, nel caso dell'emergenza sanitaria, il ricorso alle sedi interregionali di raccordo attraverso la Conferenza delle Regioni ed il suo Presidente nonché la concertazione con la singola Regione interessata, è stato di gran lunga preferito al sistema delle conferenze<sup>50</sup>. Non è dunque un caso che, in questo quadro non performante, siano state suggerite migliori istituzioni in linea con la funzione unificante dei raccordi, quali la clausola di supremazia ovvero la costituzionalizzazione di un organo di rappresentazione delle istanze territoriali<sup>51</sup>. In materia, peraltro, dovrebbero essere analizzati anche gli effetti che una simile riforma

<sup>47</sup> Corte cost., 24 febbraio 2021, n. 37. In tema, cfr.: V. BALDINI, *Conflitto di competenze tra Stato e regione nella lotta alla pandemia. Un sindacato politico della Corte costituzionale? Riflessioni a margine della sent. n. 37 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Diritti fondamentali*, 2021, 1, pp. 415-426; M. MEZZANOTTE, *Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali*, in *Consulta online*, 2021, 1, pp. 329-337; A. POGGI, G. SOBRINO, *La Corte, di fronte all'emergenza Covid, espande la profilassi internazionale e restringe la leale collaborazione (ma con quali possibili effetti?)*, in *Oss. cost.*, 2021, 4, pp. 231-261.

<sup>48</sup> Cfr. G. MAZZOLA, *Coronavirus: crisi o sviluppo dell'Autonomia?*, in *Nomos*, 2020, 1, pp. 1-14.

<sup>49</sup> Cfr. M. D'ARIENZO, *Dimensioni organizzative e modelli culturali in sanità: stato dell'arte e prospettive evolutive*, in *Fed.*, 2021, 1, pp. 194-213.

<sup>50</sup> Cfr. C. CARUSO, *Cooperare per unire. I raccordi tra Stato e Regioni come metafora del regionalismo incompiuto*, in *La rivista del Gruppo di Pisa*, 2021, 1, p. 285.

<sup>51</sup> *Ib.*, 286. In tema si rinvia all'Atto Senato n. 1825, d'iniziativa Parrini e Pinotti, presentato il 22 maggio 2020, recante «Costituzionalizzazione del sistema delle Conferenze e introduzione della clausola di supremazia statale nel titolo V della parte seconda della Costituzione».

produrrebbe sul regionalismo differenziato<sup>52</sup> e resta indubbio che la *supremacy clause* segnerebbe un significativo passo indietro della forma di Stato regionale italiana.

A parere di chi scrive – ma la tesi è stata fatta propria anche da illustri costituzionalisti<sup>53</sup> –, risulta del tutto ultroneo pensare ad una riforma costituzionale onde scolpirvi una clausola d'emergenza. Questo perché di fatto nella nostra Carta già sussistono strumenti idonei a regimare financo una grave emergenza sanitaria come la pandemia da COVID-19, attraverso, appunto, il ricorso all'art. 77. Inoltre attraverso uno stringente potere dell'esecutivo statale d'indirizzo e coordinamento dell'opera delle Regioni e degli enti locali, il tutto senza abbandonare il consociato alla mercé d'un *mare magnum* di normative arruffate, stratificate ovvero in contrasto fra loro.

In materia risulta peraltro depositata una proposta di riforma costituzionale, tanto estemporanea quanto suggestiva, che intende inserire nella Carta una procedura straordinaria estremamente garantista, da azionare con una dichiarazione d'emergenza deliberata con la maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera, in modo da coinvolgere necessariamente anche gruppi d'opposizione. L'iniziativa, di natura parlamentare, non appare cogliere nel segno stante il dirimente elemento per cui le norme costituzionali già consentono ragionevoli e proporzionate limitazioni di diritti e libertà per esigenze di sanità, sicurezza ed incolumità pubblica<sup>54</sup>. Parimenti, per altra proposta tesa all'inserimento espresso in Costituzione della nozione di stato di emergenza nazionale e di una riserva di legge per disciplinarne presupposti e modalità, in una cornice di asserita forte razionalizzazione e di certezza del quadro giuridico<sup>55</sup>. Al contrario, semmai, la regimazione per via costituzionale dell'emergenza imporrebbe l'esigenza di puntare sul ruolo forte di garanzia del Capo dello Stato a difesa della democrazia parlamentare<sup>56</sup>.

In realtà, con attenzione alle emergenze epidemiologiche come nel caso del COVID-19, la *vexata quaestio* ruota attorno al bilanciamento fra diritto alla salute collettiva rispetto agli altri diritti della persona. Proprio in quanto i diritti non agiscono isolatamente ma si muovono intrecciati nel prisma della società contemporanea e così sino al punto di sovrapporsi, si pone il problema del conflitto fra diritti. A fronte d'amplissimi cataloghi, che dalla prima e scontata generazione sono arrivati sino alla quarta, i medesimi diritti non possono ora (più) ritenersi assoluti, ma devono essere assoggettati ad un sapiente ed oculato temperamento fra sé ed i restanti valori costituzionali<sup>57</sup> nel rispetto del faro costituito dai principi di ragionevolezza e proporzionalità<sup>58</sup>.

<sup>52</sup> Cfr. A. FORMISANO, *La gestione dell'emergenza durante il Covid-19 tra uniformismo e decentralismo. Considerazioni sull'A.S. 1825 e effetti sul regionalismo differenziato*, in *Nomos*, 2020, 2, pp. 1-55.

<sup>53</sup> Cfr. A. CELOTTO, cit., 63 e R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Consulta online*, 2020, 3, pp. 518-519.

<sup>54</sup> Atto Camera n. 2452, d'iniziativa Ceccanti e altri, presentata il 30 marzo 2021, recante «Introduzione degli articoli 55-bis e 55-ter della Costituzione, concernenti la dichiarazione dello stato di emergenza e l'istituzione di una Commissione parlamentare speciale per l'esercizio delle funzioni delle Camere».

<sup>55</sup> Atto Camera n. 3444, d'iniziativa Tomasi e altri, presentata il 13 gennaio 2022, recante «Modifica all'articolo 78 della Costituzione e altre disposizioni in materia di dichiarazione e disciplina dello stato di emergenza nazionale».

<sup>56</sup> Cfr. A. RUGGERI, *Il Coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta online*, 2020, 1, pp. 210-223.

<sup>57</sup> Cfr. F. MODUGNO, *I "nuovi" diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, pp. 104-105.

<sup>58</sup> Corte cost., sentenza 24 gennaio 2017, n. 20. Cfr. M. CAREDDA, *Ragionevoli disuguaglianze e riserva di legge*, in *Consulta online*, 2017, 1, 1-7 e M. MENGOZZI, *Riservatezza della corrispondenza epistolare e "residuo" di libertà dei detenuti. L'uso poliedrico dell'art. 3 Cost. tra uguaglianza, ragionevolezza e proporzionalità*, in *Giur. cost.*, 2017, 1, pp. 132-142.

Tuttavia, le norme costituzionali non attribuiscono un qualche rango maggiore o minore ai vari diritti enumerati e dunque difettano criteri aprioristicamente prestabiliti per effettuare la loro composizione in presenza d'apparenti conflitti insanabili. Le tecniche di contemperamento dei diritti, quale parossismo degli sforzi di sistemazione dell'ordinamento giuridico, si limitano quindi a sancire la prevalenza di uno fra essi rispetto agli altri attraverso un *balancing ad hoc*. L'affinamento di tali metodologie di composizione degli apparenti insanabili conflitti tra diritti e valori ha poi generato la teoria, specificamente elaborata dalla Corte suprema canadese in materia di libertà religiosa, della *reasonable accomodation* (ovvero *accomodement raisonnable*) qualificata come la soluzione costituzionale a cui i poteri pubblici sarebbero tenuti nei confronti delle domande di trattamento differenziato emergenti nella società ed argomentate su base religiosa<sup>59</sup>. Peraltro, giova ricordare che, più precisamente, l'origine del concetto deriva dalla giurisprudenza canadese in tema di diritto del lavoro circa l'obbligo del datore di modificare alcune regole in favore di determinati dipendenti salvo che questo generi indebite difficoltà<sup>60</sup>. A sua volta, le norme inglesi, gallesi e scozzesi nonché quelle statunitensi, impongono ai datori di lavoro di fornire soluzioni ragionevoli per i dipendenti disabili, salvo ricorso al tribunale del lavoro<sup>61</sup>. In Italia fra i maggiori fautori di tale teoria s'annovera Marta Cartabia, già Presidente della Consulta, fautrice del ridetto solco giurisprudenziale canadese dell'accomodamento ragionevole. Gli ordinamenti occidentali tendono al contrario a rispondere attraverso gli strumenti della non discriminazione per la loro apparente neutralità ma il forte richiamo cartabiano è se il diritto all'antidiscriminazione sia davvero neutrale<sup>62</sup>. La sopra richiamata nozione appare centrale nel pensiero di Cartabia in forza di svariate pronunce costituzionali redatte dalla medesima<sup>63</sup> nonché dei richiami contenuti nella sua produzione scientifica che dimostrano come in tali contesti sia necessario seguire la metodologia della *reasonable accomodation*<sup>64</sup>.

Del resto, in relazione al caso di specie, non è certo possibile stabilire aprioristicamente se il diritto alla salute sia superiore rispetto ad altre libertà individuali e collettive. Ai posteri l'ardua sentenza sulla bontà della declinazione dell'interesse nazionale in chiave solidaristica che ha prevalso nella gestione pandemica italiana con stringenti limitazioni di diritti e libertà anche senza una disciplina *ad hoc* per lo stato emergenziale che, dal canto suo, non appare in alcun modo essenziale.

<sup>59</sup> Cfr. J. WOEHLING, *L'obligation d'accomodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse*, in *Revue de Droit de McGill*, 1998, 43, p. 328.

<sup>60</sup> *Ontario (Human Rights Commission) v. Simpsons-Sears Ltd*, [1985] 2 SCR 536.

<sup>61</sup> *Disability Discrimination Act* del 1995 quale innovato dall'*Equality Act* del 2010. Cfr. R. BLANPAIN, F. HENDRICKX (cur.), *Reasonable Accommodation in the Modern Workplace: Potential and Limits of the Integrative Logics of Labour Law*, Alphen aan den Rijn, 2016, *passim*.

<sup>62</sup> Cfr. M. CARTABIA, *Avventure giuridiche della differenza sessuale*, in *Iustitia*, 2011, 3, pp. 285-306.

<sup>63</sup> Corte cost., 23 marzo 2018, n. 58, in materia di ILVA; Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 5, in materia di obblighi vaccinali; Corte cost., 11 febbraio 2015, n. 10, in materia di IRES, cd. *Robin Tax* Cfr. F. RATTO TRABUCCO, *La reasonable accomodation nel pensiero di Marta Cartabia: dalla libertà religiosa al caso ILVA passando per Robin Tax ed obblighi vaccinali*, in *Astrid Rass.*, 2022, 6, pp. 1-16.

<sup>64</sup> In materia, fra le sue pubblicazioni più recenti che richiamano il principio in esame, occorre citare M. CARTABIA, A. CERETTI, *Un'altra storia inizia qui. La giustizia come ricomposizione*, Milano, 2020, *passim* e M. CARTABIA, L. VIOLANTE, *Giustizia e mito. Con Edipo, Antigone, Creonte*, Bologna, 2018, pp. 125-132.