

# Pandemia e sistema delle fonti a livello statale.

## Qualche riflessione di ordine sistematico

Paolo Carnevale\*\*

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. – 2. La dichiarazione dello stato emergenziale e lo strumentario normativo a disposizione. – 3. Dal codice della protezione civile alla diade “decreto-legge – dPCm”. – 4. Effetto di deroga-sospensione della Costituzione o macro-bilanciamento fra beni costituzionalmente garantiti? – 5. Il decreto-legge come fonte esclusiva delle misure di contenimento della pandemia: le non irresistibili ragioni. – 6. Segue: le distorsioni. – 7. Una rapida conclusione.

### 1. Introduzione

Si può ben dire che la questione del rapporto fra emergenza pandemica e sistema delle fonti del diritto s'è posta al centro dell'attenzione di molti degli interventi che, in varia forma, han visto protagonisti nei mesi trascorsi i giuristi, specie di area costituzionalistica, alle prese con l'analisi della gestione dell'emergenza medesima. Una sorta di buco della serratura, di punto di vista privilegiato da cui guardare per decifrare il complessivo fenomeno reattivo che essa ha prodotto nel nostro ordinamento. Lo stesso Convegno di oggi ne è una chiara dimostrazione.

Molte le riflessioni svolte e le indagini compiute, così come assai divaricati gli esiti cui si è pervenuti, ora abbracciando logiche e prospettazioni assai critiche (e talora persino drammatizzanti) sullo strumentario normativo utilizzato, ora invece proponendo letture più normalizzatrici di un processo produttivo pur assai cospicuo e tumultuoso (come, del

---

\* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

\*\* Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Roma Tre, [paolo.carnevale@uniroma3.it](mailto:paolo.carnevale@uniroma3.it).

resto, cospicuo e tumultuoso il fenomeno pandemico si è tragicamente mostrato e continua, ancor oggi, a mostrarsi), ora infine secondando indirizzi, per dir così, misti<sup>1</sup>.

L'ambizione di questo mio intervento non è – lo dico subito – riproporre un'analisi sul campo, magari aggiornata all'attualità, o ripercorrere in sé l'evoluzione delle opzioni, in termini di modalità o di mezzi, compiute dal normatore in questo ultimo anno. Altri lo hanno già fatto ed io mi limiterò semmai ad appoggiarmi a quelle che mi paiono le analisi più convincenti.

Quella che invece intendo qui avanzare è una riflessione di tipo sistemico, sulla scelta strategica di prevedere un impianto normativo *ad hoc* per la gestione dell'emergenza pandemica e sulle ragioni che l'hanno sorretta, piuttosto che sulle coerenze mostrate dalla prassi normativa di questi mesi. Non tanto (quantomeno direttamente) una indagine sulla tenuta (o sui limiti di tenuta) del sistema creato, quanto sulle sue ragioni fondative.

Per far questo ritengo che non si possa prescindere da una valutazione della particolare natura che va, a mio avviso, riconosciuta alla situazione emergenziale fronteggiata.

## 2. La dichiarazione dello stato emergenziale e lo strumentario normativo a disposizione

Parto, a questo proposito, da una premessa di carattere generale.

Credo che vi sia un nesso, un rapporto abbastanza stretto fra giuridica certificazione o non certificazione dell'emergenza – ancorché in questa seconda ipotesi la situazione emergenziale possa essere, per usare una formula in uso fra gli studiosi della giurisprudenza costituzionale, accertata ma non dichiarata – e strumentario normativo utilizzato per la sua gestione.

Rammento, a questo riguardo, una notazione contenuta nel volume di Giuseppe de Vergottini su *Guerra e Costituzione*, scritto a valle dei tragici fatti dell'11 settembre del 2001, secondo cui negli ordinamenti dello Stato costituzionale si registra una «tendenziale ostilità a formalizzare i regimi di emergenza in caso di situazioni di pericolo di guerra o di criticità per la comunità nazionale, quali quelle che negli anni recenti sono state causate dal terrorismo interno ed internazionale [la quale] induce ad evitare di deliberare e dichiarare formalmente uno “stato”», anche ove si tratti di “stati” espressamente previsti<sup>2</sup>. Scelta poi,

<sup>1</sup> Di contrapposti orientamenti della dottrina parla, di recente, R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Consultaonline*, 2020, n. 3, p. 6. Per un richiamo alla diversità di opzioni abbracciate dagli studiosi v., fra i tanti, A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consultaonline*, 2020, n. 1, p. 210, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *RivistaAic*, 2/2020, 110, U. DE SIERVO, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *Osservatoriosullefonti*, 2020, n. spec., pp. 300 ss.

<sup>2</sup> G. de VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 210 ed *ivi* ampi riferimenti.

per quanto qui più direttamente rileva, che comportò il mancato impiego di strumenti normativi *extra ordinem* per la gestione della drammatica congiuntura.

È quanto, d'altronde, da noi già accaduto qualche decennio prima, all'epoca della c.d. lotta al terrorismo interno delle "Brigate rosse". Si trattò, infatti, anche in quel caso di un'emergenza di fatto, non espressamente dichiarata, ma accertata dall'interprete. Viene a ciascuno in mente, a questo proposito, la famosa sentenza n. 15 del 1982 della Corte costituzionale, in cui il nostro giudice delle leggi, proprio evocando l'emergenza in atto<sup>3</sup>, fa salva la legittimità costituzionale della disciplina *ex art.* 10 del d.l. 625 del 1979 sul prolungamento oltre misura dei limiti temporali della carcerazione preventiva<sup>4</sup>. Ebbene anche quella emergenza fu affrontata attraverso lo strumento, da noi tanto straordinario quanto ordinario, del decreto-legge, senza ad ogni modo ricorrere a forme normative *extra ordinem*. E questo pur dovendo recare contenuti normativi, per dir così, *extra-ordinem*, cui quella stessa giurisprudenza, in nome dell'emergenza, offrì, sì, una legittimazione, ma precaria e circoscritta nel tempo in quanto «l'emergenza, nella sua accezione più propria, è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea. Ne consegue che essa legittima, sì, misure insolite, ma che queste perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo»<sup>5</sup>.

Si è parlato, a riguardo, di un ricorso a "tecniche sostitutive" di strumenti atipici e *ad hoc* ad opera degli ordinari mezzi di produzione normativa<sup>6</sup>, ispirate ad una finalità di sdrammatizzazione e neutralizzazione, da un verso, e da un intento di sottrarsi a canoni valutativi più stringenti, dall'altro<sup>7</sup>.

D'altra parte, una certa qual resistenza all'attingere a dichiarazioni di stato emergenziale, quantomeno su scala nazionale, è testimoniata anche dalla tendenza a non ricorrere alla declaratoria di stato di guerra *ex art.* 78 della Costituzione in tutte le ipotesi di conflitto armato in cui il nostro paese è stato coinvolto a partire dall'inizio degli anni novanta dello scorso secolo, preferendo una gestione formalmente ordinaria della straordinarietà anche quando, dopo i fatti dell'11 settembre 2001, l'evento bellico ha cessato di collocarsi spazialmente in un *altrove* localizzato ed ha assunto i contorni del conflitto delocalizzato in un potenziale *ovunque*<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> È necessario «ammettere che un ordinamento, nel quale il terrorismo semina morte – anche mediante lo spietato assassinio di “ostaggi” innocenti – e distruzioni, determinando insicurezza e, quindi, l'esigenza di affidare la salvezza della vita e dei beni a scorte armate ed a polizia privata, versa in uno stato di emergenza» (punto 6 del *cons. in dir.*)

<sup>4</sup> Rammenta la decisione proprio con riguardo alla congiuntura pandemica in atto, A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem. Prime riflessioni sulla gestione costituzionale dell'emergenza coronavirus*, Modena, Mucchi, 2020, p. 7.

<sup>5</sup> Corte cost., sent. 15, cit., punto 7 del *cons. in dir.*

<sup>6</sup> Per un'ampia disamina v., ad esempio, V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenze nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1986, pp. 236 ss.

<sup>7</sup> Cfr. P.G. GRASSO, S. ILLARI, *Questioni di teoria generale del diritto pubblico nelle disposizioni in materia di terrorismo*, in *Il politico*, 2007, p. 109.

<sup>8</sup> Sia consentito qui il richiamo a P. CARNEVALE, *La Costituzione va alla guerra?*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, pp. 59 ss.

Insomma, in questi casi la straordinarietà delle misure adottate e l'eventuale carattere derogatorio rispetto ai precetti costituzionali interessa quindi il *contenuto* del disporre e non la sua *forma*.

Laddove, per contro, sia prevista nell'ordinamento una dichiarazione di stato emergenziale e vi si attinga, ciò normalmente si accompagna alla possibilità di ricorrere, fra le altre cose, a strumenti normativi *ad hoc*, di natura straordinaria e non necessariamente neppure tipizzati. In sostanza, si palesano fonti *extra-ordinem*. Si riconduce così forma a sostanza, ricollocando entrambe sotto la comune insegna della eccezionalità.

È il caso, nel nostro ordinamento, innanzitutto della disciplina costituzionale in tema di emergenza bellica e, segnatamente, della previsione dell'art. 78, là ove dispone che le Camere, deliberando lo stato di guerra, possano al contempo conferire al Governo i «poteri necessari» per fare fronte alla gestione dell'emergenza. Poteri la cui straordinarietà rispetto al quadro costituzionale è generalmente ammessa e riconosciuta, sia sul piano della forma degli atti che nella disponibilità dei contenuti, come del resto testimonia *quodammodo* la previsione già direttamente in Costituzione di taluni effetti potenzialmente conseguenti alla dichiarazione dello stato di guerra, ai sensi degli art. 60, 101 e 103 Cost. (ed un tempo, ancor più significativamente, 27 u.c.).

Ma pure un'analoga simmetria si registra nel c.d. sistema di protezione civile originariamente tratteggiato nella legge istitutiva del Servizio nazionale di Protezione civile del 1992 ed oggi ricollocato nel codice omonimo del 2018. Anche lì, infatti, riscontriamo, per quanto qui più direttamente rileva, la previsione di uno stato di emergenza nazionale da deliberarsi 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», con la definizione della durata e della «estensione territoriale con riferimento alla natura e alla qualità degli eventi» (art. 24 d. lgs. 1/2018). Con quella deliberazione si «autorizza l'emanazione delle ordinanze di protezione civile di cui all'articolo 25» (*ivi*). Si tratta dell'attivazione del potere di adottare provvedimenti *extra-ordinem* contenenti misure «in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea» (art. 25)<sup>9</sup>.

Se ne potrebbe concludere che, ove la situazione emergenziale si emancipi dalla dimensione fattuale-fenomenica e acceda alla determinazione certificante del diritto, per la sua gestione si tenda, da parte dell'ordinamento, a prediligere il ricorso alla straordinarietà delle forme di produzione normativa, inducendo così *sul piano sistematico* un duplice

<sup>9</sup> Una riflessione sul sistema delle fonti di protezione civile in relazione alla gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19 può leggersi in A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, n. spec., p. 313.

effetto derogatorio: alle norme sostantive, ancorché formalmente sovraordinate, e alle norme sulla produzione predisposte per la (fisiologica) riproduzione del diritto oggettivo. L'eccezione per far fronte all'eccezione – potremmo dire – “raddoppia”.

### 3. Dal codice della protezione civile alla diade “decreto-legge – dPCm”

S'è parlato poc'anzi del codice della protezione civile e del sistema lì tracciato quanto alla gestione delle emergenze di scala nazionale. È necessario che ci si soffermi su di esso perché proprio nel suo solco sembrava in principio collocarsi la gestione della emergenza pandemica da Covid-19 scoppiata all'inizio dello scorso anno.

Prova ne sia che l'atto originativo<sup>10</sup> va individuato nella proclamazione dello stato di emergenza, compiuta dal Governo, ai sensi della previsione dell'art. 24 del codice della Protezione civile, con deliberazione del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, in cui si dichiara, per l'appunto, “lo stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili”.

A seguire, a stretto ridosso, si registra poi l'adozione di alcune ordinanze emanate dal Capo Dipartimento della Protezione civile, in ottemperanza a quanto specificamente previsto dalla deliberazione dello stato di emergenza, giusta peraltro la statuizione dell'art. 25 d.lgs. n. 1 del 2018, secondo cui, per «il coordinamento dell'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza di rilievo nazionale si provvede mediante ordinanze di protezione civile, da adottarsi in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea». Fra queste ordinanze, vale segnalare la prima, del 3 febbraio, con la quale viene, tra le altre cose, istituito quel Comitato tecnico-scientifico, i cui pareri tanta influenza avranno nell'adozione delle scelte normative operate lungo tutto l'arco della gestione della pandemia.

Non mancano, invero, anche ordinanze adottate dal Ministro della salute, ai sensi della previsione dell'art. 32 della legge istitutiva del Servizio sanitario, che quindi si muovono al di fuori dell'orizzonte del codice della protezione civile, quasi ad immaginare almeno *ab initio* una gestione dell'emergenza compiuta attraverso un duplice e parallelo potere di ordinanza, col conseguente rischio di qualche sovrapposizione e pur anche di vere e proprie ibridazioni<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Di «giorno 1 dello stress del nostro sistema delle fonti» all'origine della «catena normativa» che ha retto e regge gran parte della vita pubblica e privata del nostro Paese» parla M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti*, cit., p. 109.

<sup>11</sup> Esempi, a riguardo, in A. CARDONE, *Il baratro della necessità*, cit., p. 322.

Senonché, con l'aggravarsi della crisi pandemica matura il convincimento di un radicale cambio di strategia, orientandosi l'azione del Governo a privilegiare un diverso strumentario normativo, puntando decisamente sulla diade decreto-legge – decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (dPCm). Quel che è dato da rilevare, a questo punto, è il brusco allontanamento, anzi una vera e propria fuoriuscita dal sistema del codice della protezione civile, segnato non solo dall'entrata in scena del decreto-legge (e della legge di conversione), ma anche di un atto, quale il dPCm, che pur espressivo nella sostanza di un potere d'ordinanza del Presidente del Consiglio, non sembra in alcun modo riconducibile, né da un punto di vista formale, né sotto un profilo funzionale, a quello previsto dal codice stesso<sup>12</sup>.

Basti qui osservare che, se è vero che anche il potere di ordinanza di protezione civile è, ai sensi dell'art. 25 d.lgs. n. 1 del 2018, imputato al Presidente del Consiglio dei ministri, questi però lo esercita, come anche precisato nella deliberazione dello stato di emergenza, non in via diretta ma attraverso le ordinanze emanate dal Capo Dipartimento della protezione civile. Con i dPCm ci troviamo invece dinanzi a provvedimenti adottati direttamente dal Presidente del Consiglio.

Nondimeno, è sicuramente nei decreti-legge e non nel codice che trova disciplina l'*iter* procedimentale di formazione del dPCm-ordinanza, ne sono definiti i rapporti con le altre misure urgenti adottate da altri soggetti e l'area di intervento dei provvedimenti del Presidente del Consiglio<sup>13</sup>, la cui portata risulta largamente eccedente gli scopi limitati entro cui è ordinato il potere di ordinanza a mente della delibera dichiarativa dello stato di emergenza<sup>14</sup>.

Senza poi dire dell'assenza dai preamboli dei dPCm di qualsivoglia riferimento alla deliberazione sullo stato di emergenza, che pure appare sostanzialmente ignorata, ai nostri fini, anche nel decreto-legge istitutivo del nuovo sistema di gestione normativa della pandemia, nel quale fa il suo esordio la figura del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (*i.e.* d.l. n. 6 del 2020).

D'altronde, sul piano più squisitamente funzionale i dPCm sono *esplicitamente* chiamati a svolgere un compito attuativo della disciplina posta dagli atti di decretazione d'urgenza,

<sup>12</sup> Sul punto v. R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia*, cit., p. 524. Di diverso avviso M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti*, cit., p. 123.

<sup>13</sup> Cfr. U. DE SIERVO, *Emergenza e sistema delle fonti*, cit., p. 304 e G. MOBILIO, *La decretazione d'urgenza*, cit., pp. 357 ss.

<sup>14</sup> Quest'ultima infatti si riferiva specificamente ai punti *a)* e *b)* dell'art. 25, comma 2, d.lgs. 1 del 2018, cioè a dire alla «organizzazione ed all'effettuazione degli interventi di soccorso e assistenza alla popolazione interessata dall'evento; nonché al ripristino della funzionalità dei servizi pubblici e delle infrastrutture di reti strategiche, alle attività di gestione dei rifiuti, delle macerie, del materiale vegetale o alluvionale o delle terre e rocce da scavo prodotti dagli eventi e alle misure volte a garantire la continuità amministrativa nei comuni e territori interessati, anche mediante interventi di natura temporanea».

Sulla insufficienza di un simile impianto che presuppone «calamità od altri eventi comunque già verificatasi, anziché un'epidemia da prevenire» v., ad esempio, fra i primi C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli equilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Rivista di diritti comparati*, 2020, n. 2, p. 49.

così da delinarsi fra provvedimenti collegiali del Governo e provvedimenti monocratici del Presidente un nesso di esclusiva intercessione operativa che pare recidere del tutto qualsiasi relazione fra questi ultimi ed il sistema della protezione civile<sup>15</sup>. Non solo, va forse sottolineato anche il fatto che una simile relazione funzionale pare in buona misura assorbire in sé la tradizionale portata derogatoria del potere di ordinanza che, in forza del nesso attuativo delle previsioni del decreto-legge, finisce per rifluire, anzi meglio per risalire a quest'ultimo<sup>16</sup>.

#### 4. Effetto di deroga-sospensione della Costituzione o macro-bilanciamento fra beni costituzionalmente garantiti?

Quanto osservato da ultimo proietta il discorso sul piano, assai delicato, degli effetti delle misure adottate dalla diade decreto-legge – dPCm.

È innanzi agli occhi di tutti, infatti, l'ampiezza, la capillarità e la profondità delle limitazioni introdotte e l'impatto generalizzato sull'esercizio di buona parte dei diritti costituzionalmente tutelati, ben al di là di quelle consentite dalla Costituzione per ragioni di sanità e di sicurezza pubblica, con riguardo, ad esempio, alla libertà di circolazione, riunione ed iniziativa economica privata. La compressione non ha risparmiato quasi nessuna delle libertà individuali e collettive o dei diritti sociali previsti in Costituzione<sup>17</sup>. Neppure il diritto di voto *ex art. 48 Cost.* ne è rimasto indenne, colpito com'è stato dai provvedimenti che hanno procrastinato di diversi mesi appuntamenti elettorali, sia su scala nazionale che territoriale, frustrando il principio di responsabilità politica dei rappresentanti che si connette direttamente a quello democratico<sup>18</sup>.

S'è parlato, in proposito e con varia accentuazione, di deroga o sospensione della Costituzione, ora ascrivendone la responsabilità direttamente ai dPCm, sottolineando l'inaccettabilità della torsione subita dal sistema costituzionale, ora invece facendola risalire ai decreti-legge, magari rispolverando le teoriche sulla forza costituzionale dell'atto decreti-

<sup>15</sup> Sottolinea l'esigenza per cui la fuoriuscita dal sistema delle fonti di protezione civile, una volta deliberato lo stato di emergenza, avrebbe richiesto una revoca esplicita «o, per lo meno, la specifica motivazione, nei preamboli dei decreti-legge che pretendono di inaugurare una prassi alternativa per la medesima emergenza, delle ragioni giuridiche e fattuali della deroga apportata alla gestione codicistica» A. CARDONE, *Il baratro della necessità*, cit., p. 345, alludendo tuttavia ad un problema di natura teorica e significativa valenza pratica circa la figura della deroga, per i cui contorni generali mi sia consentito rinviare a P. CARNEVALE, *Art. 138 fra deroghe e applicazioni*, in *Osservatoriosullefonti*, 2018, n. 2, pp. 3 ss.

<sup>16</sup> U. DE SIERVO, *Emergenza Covid e sistema delle fonti*, cit., p. 304.

<sup>17</sup> Lo sottolinea, fra i tanti, a fronte di una possibile lettura eccessivamente «consolatoria o artificiosamente riduttiva di quanto hanno operato i pubblici poteri a tutela del contenimento e della lotta alla pandemia», U. DE SIERVO, *Emergenza Covid*, cit., p. 302.

<sup>18</sup> Sul punto v. l'attento studio di G. TARLI BARBIERI, *Il rinvio delle elezioni in tempo di Coronavirus nell'ottica delle fonti del diritto*, in *Osservatoriosullefonti*, 2020, n. 2, p. 966.

zio del Governo ovvero sulla cedevolezza delle previsioni costituzionali sotto la pressione del fatto emergenziale<sup>19</sup>.

A me pare che ad una comprensione e sistemazione della situazione generatasi possa giungersi – come detto in principio – partendo da una messa a fuoco della natura specifica dell'emergenza pandemica in corso: dalla risposta all'interrogativo su quale *species* del *genus* essa incarni potendosi ricavare elementi utili a meglio definire la questione che qui ci occupa.

A tale proposito, si può osservare, in modo necessariamente schematico come l'economia di questo scritto impone di fare, che per l'ordinamento giuridico la situazione emergenziale si configura modellata dal conflitto fatto *vs.* diritto, ove – specie per quelle di larga scala – il fatto va identificato nella situazione-evento alla quale si riconosce portata o capacità scardinante l'ordinata convivenza civile e quindi lo stesso assetto complessivo del sistema, cui il diritto può rispondere imponendo, a fini essenzialmente conservativi, una torsione di impronta derogatoria alla dinamica ed al complessivo apparato ordinamentale, che parzialmente, proporzionalmente e temporaneamente ne sfigura il profilo, di modo da respingere il pericolo eversivo, per poi aspirare a tornare alla ordinarietà. Così, per esemplificare, nell'emergenza bellica, come in quella terroristica interna ed internazionale, per stare alla nostra storia degli ultimi decenni.

Ebbene, nel caso che ci interessa non credo che le cose stiano in questi stessi termini.

Non che manchi nella specie il fatto eversivo. Esso è chiaramente identificabile nell'aggressiva pandemia che da un anno assale l'intero globo. Solo che si tratta di un evento-situazione che, piuttosto che presentarsi in sé come sovversivo dell'ordinamento in quanto tale, mette direttamente a repentaglio un bene di assoluto pregio costituzionale, qual è la salute, individuale e collettiva, oggetto della specifica tutela *ex art.* 32. Ed è – si badi bene – *proprio la salvaguardia di questo bene fondamentale ad aver imposto e ad imporre l'adozione di più o meno drastiche misure di compressione degli altri diritti costituzionali*, del meccanismo di produzione normativa, delle dinamiche proprie della forma di governo, cioè in buona misura del sistema ordinamentale nel suo complesso.

Insomma, quello che voglio qui affermare è che la relazione conflittuale fatto *vs* diritto si articola, nel nostro caso, nel *trilaterale* nesso fatto *vs* diritto *vs* diritto e, per quel che qui ora interessa, si riduce nel legame diritto *vs* diritto, ove il primo termine si identifica nel diritto alla salute e nel secondo si colloca la metamorfosi sistemica che la salvaguardia del primo richiede. È un conflitto fortemente innestato, anzi introiettato nell'alveo del diritto: è *giuridicamente intestino*<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> V., a riguardo, il richiamo contenuto in G. MOBILIO, *La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze: l'epidemia da Covid-19 e i rapporti tra decreto-legge ed altre fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, n. spec., p. 372.

<sup>20</sup> Singolarità cui si aggiunge, da un punto di vista psicologico e sociale, l'ulteriore peculiarità destabilizzante dell'assenza del nemico – lo straniero aggressore, il terrorista aggressore, la calamità naturale, ecc. – o meglio del suo presentarsi nella veste rassicurante dell'amico, quello più prossimo, il familiare con il quale si convive, in grado più di ogni altro di

Ed allora, quando si parla, con vari accenti critici – specie con riguardo alle profonde limitazioni subite dai tanti diritti costituzionali compressi dalle misure adottate in questi lunghi mesi – di deroga o sospensione della Costituzione<sup>21</sup>, a me pare che si debba piuttosto ragionare di una *smisurata, diffusa, inusitata*, quanto a latitudine, operazione di macro-bilanciamento fra diritti costituzionalmente garantiti. Una ponderazione, per quanto assolutamente straordinaria, interna al sistema dei diritti tutelati dalla Carta costituzionale. E una ponderazione siffatta non genera deroga o sospensione delle disposizioni costituzionali – per come viene normalmente (e nella specie) intesa in termini di alterazione – giacché l'effetto limitativo è prodotto... dalla Costituzione stessa a salvaguardia di una parte per il tutto. Non è sospensione, ma esito di una visione integrata, sistemica della Costituzione. Invero, che si tratti di un macro-bilanciamento assai sbilanciato, ineguale e verrebbe da dire, citando i classici, persino tirannico, non è dubbio. Che su di un piatto della bilancia si collochi un diritto, la cui tutela richiede che tutti gli altri diritti si sacrificino fa sì che il punto di equilibrio sia fortemente asimmetrico, è vero<sup>22</sup>. In questo, del resto, si rivelerebbe l'anomalia della situazione ed il carattere emergenziale del bilanciamento “a senso unico”<sup>23</sup>.

Il fatto è però che simili “bilanciamenti sbilanciati” non sono del tutto sconosciuti anche nell'ordinaria dinamica ordinamentale e che, nella specie, lo sbilanciamento si è posto come unica via di tutela del bene salute, così da far sì che si trattasse di uno sbilanciamento *imposto* o bloccato<sup>24</sup>. Non solo, vale la pena di rilevare che la macro-azione di bilanciamento, avendo conosciuto fasi diverse, ha visto talora spostarsi il pendolo dell'equilibrio anche in attenuazione della tirannia e a beneficio di qualche maggiore agibilità dei diritti costituzionali tiranneggiati.

---

veicolare in modo più efficace il virus e di portare il contagio. Torna così alla mente la celebre riflessione che Corrado, il protagonista della “Casa sulla collina” di Cesare Pavese, matura dinanzi alla situazione che per definizione vive sull'idea di nemico – la guerra – e che può sinteticamente riassumersi nella folgorante espressione: «ogni guerra è una guerra civile: ogni caduto somiglia a chi resta, e gliene chiede ragione».

<sup>21</sup> Sulla figura v., a riguardo e con particolare attenzione al tema della tutela dei diritti, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, pp. 334 ss.

<sup>22</sup> Di diritti fondamentali della persona compressi, tuttavia, «in nome di un valore ancor più primario e generale rango costituzionale, la salute pubblica» ha parlato di recente il Consiglio di Stato in Cons. Stato, sez. III, decreto 30 marzo 2020, n. 1533, in [https://www.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza?nodeRef=&schema=cds&nrg=202002825&nomeFile=202001553\\_16.html&subDir=Provvedimenti](https://www.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza?nodeRef=&schema=cds&nrg=202002825&nomeFile=202001553_16.html&subDir=Provvedimenti).

<sup>23</sup> Come ricordato dalla Corte costituzionale, infatti, tutti «i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). 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. [...]» (Corte cost., sent. n. 85 del 2013).

<sup>24</sup> Al pari del fatto che esistono nel sistema bilanciamenti bloccati ed unilaterali, fissati in modo non rimodulabile. Si pensi, per restare al campo tematico che qui ci occupa più direttamente, al sacrificio della vita del nascituro a fronte del rischio per la vita e la salute della madre nelle ipotesi di c.d. aborto terapeutico come esito unico e costituzionalmente bloccato della ponderazione fra i beni in conflitto (cfr. Corte cost., sent. n. 26 del 1981).

Ma quel che qui interessa particolarmente sottolineare è che, comunque la si pensi sul punto, una simile operazione di macro-bilanciamento *non poteva certo essere rilasciata nelle mani del duo “delibera dichiarativa dello stato di emergenza-potere di ordinanza di protezione civile”*. Essa richiedeva l'intervento del legislatore primario, cui spetta, prima ancora che all'interprete – non bisogna mai dimenticarlo – il compito di declinare sistematicamente la Costituzione e quindi di operare le scelte di ponderazione fra beni, interessi, principi costituzionali potenzialmente confliggenti, in quanto portato tipico della funzione attuativa e implementativa della Carta che ad esso compete.

Vero è che, come segnalato dai più, la prefigurata operazione di macro-bilanciamento è apparsa, specie nell'impianto iniziale delineato dal primo decreto-legge della catena (n. 6 del 2020), non priva di smagliature e significativi difetti, soprattutto con riguardo all'eccessivo margine di manovra talora lasciato ai provvedimenti attuativi e alla scarsa copertura offerta dalla normativa primaria, con la conseguenza di scaricare su questi ultimi porzioni troppo significative della ponderazione. È vero pure che le più rilevanti di queste difettosità sono state abbastanza presto rimediate dal successivo d.l. n. 19 del 2020<sup>25</sup>.

Certo, se è al livello della legislazione primaria (*recte* decreto-legge – legge di conversione) che trova fondamento l'operazione in questione, non si può negare la peculiarità di un bilanciamento che non solo è assai ineguale, ma anche *fortemente condiviso* fra fonte legislativa, che opera una perimetrazione degli ambiti in cui intervenire e delle misure di contenimento da adottare, e decreto presidenziale, che di quelle “misure” è chiamato a definire – mi si consenta il gioco di parole – la “misura”. È qui che le limitazioni e quindi la ponderazione trovano il loro effettivo dimensionamento; è nel dPCm che si delinea – quantomeno segnando la soglia di non retrocedibilità *in peius* per il diritto alla salute – il definitivo punto di equilibrio del bilanciamento.

## 5. Il decreto-legge come fonte esclusiva delle misure di contenimento della pandemia: le non irresistibili ragioni

È stato, a quest'ultimo proposito, osservato che una soluzione decisamente più conforme alla Costituzione sarebbe stata quella di affidare l'operazione in parola direttamente ed esclusivamente (o comunque con decisa prevalenza) proprio all'atto di decretazione d'urgenza<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> L'osservazione è in vario modo ricorrente fra i commentatori: v., fra i molti, N. LUPO, *L'attività parlamentare in tempi di coronavirus*, in *Forumdiquadri costituzionali*, 2020, n. 2, p. 138; G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost.*, 10/04/2020; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., p. 112; U. DE SIERVO, *Emergenza Covid e sistema delle fonti*, cit., pp. 306 ss. e con profilo più critico A. CELOTTO, *Necessitas*, cit., pp. 45 ss.

<sup>26</sup> V., ad esempio, A. CELOTTO, *op. cit.*, pp. 60 ss., G. MOBILIO, *La decretazione d'urgenza*, cit., pp. 369 ss.

A militare in favore di questa decisione numerose ragioni.

Innanzitutto, i vantaggi costituiti dalla fuoriuscita dall'*ortus conclusus* governativo e dall'eccessiva verticalizzazione del potere decisionale che all'interno di quell'*ortus* s'è determinata, rappresentati, in specie, dal diretto coinvolgimento delle Camere e del Presidente della Repubblica; senza poi dimenticare la possibilità di un futuro scrutinio di costituzionalità o, persino, di ricorso al *referendum* abrogativo<sup>27</sup>. A questo potrebbe aggiungersi il *quid pluris* del beneficio di far riassaggiare al decreto-legge quel sapore della provvedimentalità, di cui ormai s'è perduto il senso<sup>28</sup>, e di un provvedere in contesto emergenziale, riprendendo, in qualche misura, quello scettro che il diffuso affermarsi proprio del potere di ordinanza di protezione civile, da un verso, e lo smacco subito dalla sanzione dell'incostituzionalità della prassi della reiterazione, dall'altro, gli avevano invece via via sottratto<sup>29</sup>. A questo, poi, si abbina la migliore tutela assicurata al principio di legalità e la maggiore aderenza alle ragioni giustificative della riserva di legge in tema di diritti fondamentali<sup>30</sup>.

Sul piano più specifico si osserva come la trasformazione del decreto-legge da fonte *di* in fonte *sulla* produzione e, in concorso, il trasferimento di una porzione dell'operazione di bilanciamento di cui s'è detto in capo direttamente al dPCm parrebbero contrastare con quel requisito dell'auto-applicatività di cui la normativa recata dall'atto di decretazione d'urgenza dovrebbe necessariamente essere provvista. Non solo, vi si aggiunge altresì la considerazione della portata dei decreti-legge adottati nel corso della pandemia, la cui latitudine contraddirebbe quel requisito dell'omogeneità che, ormai valorizzato anche dalla giurisprudenza costituzionale, rappresenta un elemento costitutivo del modello costituzionale della decretazione d'urgenza<sup>31</sup>.

Una ricca serie di rilievi, dunque, provvisti di significative ragioni.

Rilievi, tuttavia, ai quali si *potrebbe* puntualmente rispondere, osservando, ad esempio, che l'essere fonte sulla produzione non è nei decreti-legge in questione fatto scisso dal prov-

<sup>27</sup> Così G. MOBILIO, *op. cit.*, p. 374 e pure A. CELOTTO, *op. cit.*, p. 62, nonché A. D'ALOIA, *L'emergenza e... i suoi 'infortuni'*, in *Dirittifondamentali.it*, 29 marzo 2020, p. 9.

<sup>28</sup> «Se, infatti, [...] il decreto-legge mantenesse salda la propria natura provvedimentale, ciò determinerebbe la sostanziale inutilità dei successivi provvedimenti attuativi, cui resterebbe ben poco da attuare» (A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione*, cit., p. 337).

<sup>29</sup> Ancora A. CARDONE, *op. cit.*, pp. 319-320.

<sup>30</sup> Di «ossequio ai valori costituzionali sottesi alla corretta applicazione del principio di legalità; quei valori che giustificano la riserva di legge a protezione delle libertà costituzionali, quale forma di manifestazione della sovranità popolare», parla M. CAVINO, *Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it. Osservatorio Emergenza Covid-19*, 9. Critiche, in proposito, anche da V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, Editoriale, in *Dirittifondamentali.it*, 2020, n. 1, pp. 590 ss.; 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, Osservatorio emergenza Covid-19*, 24 marzo 2020, pp. 8 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, Forum su La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed enti locali*, 2020, pp. 507 ss.; A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale*, cit., pp. 212 ss.

<sup>31</sup> G. MOBILIO, *La decretazione d'urgenza*, cit., pp. 354 ss.

vedere e che, più in generale, l'autoapplicatività non pare profilo estraneo alla prassi della decretazione d'urgenza, ove si registra con una certa frequenza il rinvio a fonti subordinate in funzione attuativa della normativa recata dal decreto-legge<sup>32</sup>. L'osservazione critica per cui, nel nostro caso, si tratterebbe di un rinvio strutturale a provvedimenti successivi da parte di decreti-legge che in quel medesimo rinvio troverebbero la loro «stessa ragion d'essere»<sup>33</sup>, non tiene adeguatamente in conto, da un verso, il carattere necessitato del rinvio stanti le caratteristiche proprie del fenomeno da affrontare – di cui si dirà fra poco – e, dall'altro, l'immediatezza assoluta che caratterizza, nel nostro caso, le misure attuative – le quali sono adottate, in prima battuta, con dPCm contestuali ai decreti che ad essi fanno rinvio. Ciò che rende la tecnica del rimando del decreto-legge a provvedimenti ulteriori allo scopo di dispiegare i propri effetti perfettamente in linea con l'esigenza manifestata a riguardo dalla giurisprudenza costituzionale, che ritiene assolto il requisito dell'immediata applicabilità laddove vi siano le condizioni di una stretta prossimità temporale fra decreti attuandi e provvedimenti attuativi<sup>34</sup>.

Quanto poi alla questione della non omogeneità *andrebbe* rilevato, per prima cosa, che ove la gestione pandemica fosse stata riversata esclusivamente sulle spalle del decreto-legge essa non sarebbe stata risolta, ma forse addirittura aggravata. E poi si *dovrebbe* pure ammettere che, mai come in questo caso, l'omogeneità teleologica (*i. e.* non estraneità alle finalità o alla *ratio* dominante del provvedimento) – che pure, si sa, gode di un certo spazio di considerazione nel sindacato di costituzionalità in tema sulla decretazione d'urgenza<sup>35</sup> – possa essere invocata, l'unicità dell'obiettivo perseguito, al cui raggiungimento cospirano tutte le misure adottate, essendo indiscutibile ed auto-evidente.

Su di un piano più generale, in ordine alle dinamiche dei rapporti fra gli organi costituzionali, *bisognerebbe* porre in luce talune scelte operate in corso d'opera, come ad esempio, il coinvolgimento del Parlamento attraverso l'illustrazione preventiva del Presidente del Consiglio (o del ministro da lui delegato) alle Camere del «contenuto dei provvedimenti da adottare [...], al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi dalle stesse formulati»; salvo ovviamente «ragioni di urgenza connesse alla natura delle misure» (art. 2, comma 1, d.l. n. 19 del 2020, per come modificato dalla legge di conversione n. 35 del 2020). Ma soprattutto *occorrerebbe* porre in evidenza che – come si vedrà meglio più oltre – l'intervento parlamentare in sede di conversione di decreti-legge “gestori esclusivi” del compito di definire le misure contenitive della pandemia non è certo detto che offra alle Camere spazi di decisione e margini di agibilità maggiori. Tutt'altro.

<sup>32</sup> Puntuali richiami possono leggersi in F. BIONDI DAL MONTE, *Dopo la legge. Tendenze e prospettive dell'attuazione delle fonti primarie tra Governo e Parlamento*, Napoli, 2018, pp. 84 ss.

<sup>33</sup> G. MOBILIO, *La decretazione d'urgenza*, cit., p. 356.

<sup>34</sup> Lo ricorda, con specifici riferimenti giurisprudenziali, ancora F. BIONDI DAL MONTE, *Dopo la legge*, cit., spec. pp. 95-96.

<sup>35</sup> V., come noto, Corte cost., sentt. nn. 22 del 2012 e 32 del 2014.

In ordine, infine, al presidio dei principi di legalità e riserva di legge, *sarebbe* possibile osservare che, quantomeno alle *condizioni date*, l'*interpositio legislatoris* nell'operazione di bilanciamento abbia comunque garantito una certa salvaguardia. *Interpositio*, peraltro, che, se da un verso non esclude del tutto l'intervento della giurisdizione costituzionale, non lascia, né gli enti, né i singoli privi di tutela giudiziaria dinanzi alle lesioni imputabili alle misure adottate dai dPCm<sup>36</sup>.

## 6. Il decreto-legge come fonte esclusiva delle misure di contenimento della pandemia: le distorsioni

Senonché, l'utilizzo del "condizionale" cui sono ricorso nel prospettare possibili risposte non è casuale, né è segno di semplice prudenza dialettica. Si tratta invece dell'espressione di un disagio discendente dal fatto di condurre la riflessione su di un piano di astratta razionalità che, soddisfatta dallo spirito geometrico che la pervade, non accetta di contaminarsi più di tanto con il reale, accettando di declinarsi in termini di più porosa (al dato dell'esperienza) ragionevolezza.

L'inciso "alle condizioni date" prima utilizzato va, a questo riguardo, opportunamente valorizzato.

Non penso tanto alle condizioni politiche e alle connesse difficoltà ad utilizzare esclusivamente sedi collegiali – governative e parlamentari – legate alle divisioni esistenti all'interno della stessa compagine di governo e all'alto tasso polemico caratterizzante il dibattito fra le forze politiche. Né intendo alludere a problematiche d'ordine operativo ed organizzativo direttamente discendenti dagli ostacoli frapposti dalla situazione pandemica. Ragioni, queste, che pure possono aver indotto a preferire una verticalizzazione del processo di assunzione delle misure limitative<sup>37</sup>.

Non è certo a questo che intendo far riferimento.

L'inciso in parola vuole piuttosto, ancora una volta, portare al centro dell'attenzione – secondo l'indirizzo principale che connota questa mia riflessione – la considerazione della "natura" del fenomeno emergenziale che s'è avuto e si ha dinnanzi. È la *natura della cosa* ad offrirci elementi giustificativi del sistema delle fonti adottato.

Mi spiego.

Non è qui tanto il carattere perdurante e continuo della situazione che distingue, com'è stato da più parti rilevato, la situazione emergenziale in atto rispetto a quella legata ad eventi di tipo calamitoso, cui si rivolge e sui quali pare per lo più modellata la normativa

<sup>36</sup> M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del Coronavirus*, in *Questionegiustizia* 2020, n. 2, § 4.

<sup>37</sup> Ne accenna, fra gli altri, G. MOBILIO, *La decretazione d'urgenza*, cit., p. 371.

in tema di protezione civile. Non è la negazione dell'*ex post* a fronte del *durante* ad essere decisiva.

Più che la *continuità* è la *continua discontinuità* a rilevare, giacché il fenomeno pandemico, pur essendo ahimè perdurante, è soprattutto *incessantemente cangiante*. È la mobilità – nella diffusione, nella nostra capacità di acquisire conoscenze, nella stessa capacità di strutturalmente riconformarsi e pluralizzarsi del virus – la cifra caratteristica di cui bisogna infatti tener conto. Ed è alla sua luce che si può comprendere la ragione principale del ricorso alla diade decreto-legge – dPCm in luogo che al solo atto di decretazione d'urgenza. Il camaleontico mutare del fenomeno in parola, la sua natura sfuggente sono caratteristiche che richiedono una continua adattabilità delle misure da adottare; adattabilità, in grado di mettere in seria difficoltà anche l'idoneità a provvedere dello strumento di decretazione d'urgenza. In sostanza, anche quello che tradizionalmente è stato considerato, fra le fonti del diritto, il mezzo principe – col suo presentarsi come provvedimento connotato dalla straordinarietà, necessità ed urgenza – per fare fronte e regolare le situazioni d'emergenza, si è scoperto in questo frangente non pienamente adeguato<sup>38</sup>.

È il modello delineato dall'art. 77 Cost. ad urtare con quell'esigenza di adattabilità continua della disciplina di cui dicevo, essendo quella richiesta dalla gestione del fenomeno pandemico in atto una provvisorietà delle regole assai più pronunciata di quella che pur caratterizza il decreto-legge. La brevissima gittata temporale di queste ultime, che hanno spesso avuto un'efficacia cronologica misurata, se non *ad horas, ad dies*, e quindi la continua intercambiabilità delle stesse, ha ben presto mostrato i limiti di un atto che, seppur dotato di applicabilità immediata, richiede tuttavia un arco temporale – in sé abbastanza breve, ma nel caso specifico quasi un'*eternità* – di sessanta giorni per la sua conversione. Peraltro, immaginare di inseguire il mutamento della situazione reale attraverso la possibilità di introdurre correzioni di rotta attraverso l'approvazione di emendamenti nel corso del procedimento parlamentare di conversione è, come si sa, ipotesi non praticabile per la duplice ragione per cui, da un verso, si tratterebbe di *ius novum* destinato ad entrare in vigore a valle dell'avvenuta conversione (*i. e.* alla fine dell'*eternità*); dall'altro, perché la necessaria approvazione della legge di conversione nel termine imposto dei sessanta giorni, da parte di entrambe le Camere, sarebbe messa a forte rischio dai rimbalzi da una camera all'altra richiesti dall'approvazione degli emendamenti modificativi del testo<sup>39</sup>.

Tanto per dare un'idea, basti considerare che il decreto-legge n. 6 del 2020, quello che cioè inaugura la prassi della catena solidale d.l.-dPCm, nel pur brevissimo tempo impiegato per la sua conversione – circa una decina di giorni (*sic!*) – è stato nel frattempo accompagnato da ben quattro diversi dPCm attuativi e nel breve *spatium temporis* di sua vigenza – poco più di due mesi – ne ha visti approvati altri quattro. Mentre, durante il procedimento di

<sup>38</sup> Cfr., fra i tanti, U. DE SIERVO, *Emergenza Covid*, cit., p. 310, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti*, cit., p. 125.

<sup>39</sup> Ove apposti a partire dal procedimento di conversione in legge dinanzi alla Camera convolta per seconda.

conversione dei successivi dd.ll. nn. 19 e 33 del 2020, si sono succeduti rispettivamente 2 e 3 dPCm di attuazione.

Insomma, da fonte di *rapida* decisione normativa il decreto-legge si è d'un tratto scoperto *veicolo lento*, avendo una dinamica interna che viaggia a velocità di gran lunga inferiore a quella di riproduzione normativa pretesa dall'evolversi della situazione pandemica.

È evidente, infatti, che se la funzione regolatoria si fosse riversata sul solo decreto-legge avremmo dovuto assistere alla presentazione in serie di decreti abrogativi (o di proroga) di precedenti ancora in corso di conversione, impegnando le Camere in defatiganti, quanto inefficaci, dibattiti "a perdere"<sup>40</sup>, con l'ulteriore problema degli effetti *medio tempore* prodotti dai decreti abrogati in corso di conversione.

Era pertanto necessario accompagnare al decreto-legge il provvedimento monocratico del Presidente del Consiglio dei ministri, in grado di assicurare quella rapidità di modifica delle misure, in ragione del mutare dei dati provenienti dal monitoraggio dell'andamento pandemico, che il primo non era in grado di assicurare.

A riprova di quanto appena osservato, una duplice considerazione tratta dalla prassi di questi mesi.

Per prima cosa, va osservato che, una volta fuoriuscito dall'ambito proprio del contenimento e della gestione della pandemia, il decreto-legge, pur utilizzato per fare fronte ad una situazione di emergenza – parallela e ugualmente perdurante rispetto a quella sanitaria, ma non parimenti cangiante – come quella economica, è sembrato riacquistare tutta la sua autonomia, non abbisognando di essere affiancato dal dPCm attuativo. Insomma, il sodalizio s'è rotto al mutare di oggetto della regolazione e con il suo indirizzarsi oltre il perimetro del diretto contrasto alla diffusione del virus.

Secondariamente, viene pure da rilevare che il cambio di strategia registratosi a partire dall'ultimo scorcio dello scorso anno, imperniato sull'affermazione di un maggiore protagonismo della decretazione d'urgenza nell'adozione di misure «di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19», ha mostrato le difficoltà ed incertezze connesse alla adozione con decreto-legge di regole a breve gittata temporale (comunque largamente inferiore al termine della conversione), modificate, integrate o reiterate a stretto giro di tempo. Nell'impossibilità di attingere utilmente all'emendazione in sede di conversione, si è proceduto attraverso l'adozione in sequenza di più decreti-legge – penso ai dd.ll. nn. 158 e 172 del 2020 e 1 e 2 del 2021 – che ad oggi risultano ancora tutti in corso

<sup>40</sup> L'espressione è qui utilizzata con riferimento al ruolo delle Camere ed al dibattito in sede conversione e non richiama, in alcun modo, l'uso fattone in dottrina per indicare la prassi della presentazione di decreti-legge destinati solo ad assicurare immediata efficacia a disposizioni poi trasferite nella conversione di altro decreto-legge, senza quindi che per il decreto-legge originario neppure si avvii il procedimento della conversione in legge (v., per una recente riproposizione, L. BARTOLUCCI, A. RAZZA, *Prassi e criticità nella fase genetica del decreto-legge*, in *Osservatoriosullefonti*, 2019, n. 2, p. 19 e per l'originaria formulazione, G. ZACCARIA, E. ALBANESI, *Il decreto-legge tra teoria e prassi*, in *Forumcostituzionale*, 22 giugno 2009, pp. 11 ss.).

di conversione e in taluni casi – è sicuramente quello del d.l. n. 158 – ormai a forte rischio di non conversione.

Che si può dire, in proposito?

Che la scelta di ripuntare sul decreto-legge sconta non pochi effetti distorsivi.

Premetto che non credo che qui possa in alcun modo evocarsi il problema della reiterazione<sup>41</sup>. Ad escluderlo – oltre al fatto che, quantomeno nel caso che ci occupa, mancherebbe il presupposto essenziale perché se ne possa parlare in termini di vizio in parola, ovvero la decadenza del decreto riprodotto nei suoi contenuti da altro successivo – da un verso, l'eventualità che i decreti-legge in successione apportino modifiche alle misure già adottate, così da rendere assolta la prima delle condizioni permissive poste dalla Corte nella celebre sentenza del 1996; dall'altro, il carattere continuamente cangiante del caso straordinario di necessità ed urgenza legittimante assicurerebbe comunque il ricorrere della seconda condizione permissiva<sup>42</sup>.

Le questioni sono semmai altre.

Trattandosi di decreti per lo più contenenti misure destinate a scadere prima del termine per la conversione, se ne deduce che queste producano per certi versi (*i. e.* in ordine alla limitazione dei comportamenti individuali) effetti non rimovibili in caso di mancata conversione, aggirando il regime di precarietà disegnato per lo strumento dall'art. 77 Cost.<sup>43</sup>

La stessa chiamata in causa delle Camere è, sotto questo profilo, di valenza assai più ridotta del coinvolgimento in sede di illustrazione preventiva del contenuto dei dPCm, di cui s'è detto sopra, previsto *ex art.* 2, comma 1, d.l. n. 19 del 2020, modificato dalla legge di conversione n. 35 del 2020. Anzi, si potrebbe parlare di una chiamata in causa fra il beffardo ed il frustrante.

Invero, proprio in una siffatta sequenza di decreti-legge la stessa conversione, con il decorrere del tempo, il succedersi di ulteriori atti di decretazione d'urgenza e la cristallizzazione della irreversibilità degli effetti, finisce via via per perdere di interesse. Così che il passaggio parlamentare si può allora risolvere nella sola sanatoria *ex art.* 77, ultimo comma, Cost., magari per far salvi i provvedimenti sanzionatori *medio tempore* adottati. Il tutto, peraltro, nel rischio dell'incertezza che ciò si verifichi.

<sup>41</sup> Richiami alla questione in B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, 2020, n. 6, p. VII; A. VERNATA, *Decretazione d'urgenza e perimetro costituzionale nello stato di "emergenza epidemiologica"*, in *Forum di Biolaw Journal*, 13 marzo 2020, p. 5.

<sup>42</sup> Peraltro, bisognerebbe pure riflettere sul fatto che, anche in ipotesi di riproposizione delle stesse misure con finalità di semplice proroga da parte del decreto successivo, questo comunque le modificherebbe – a differenza di quanto accadeva nella prassi della reiterazione, ove la ripetizione era sostanziale riproduzione in violazione della condizione di provvisoria *ex art.* 77 Cost. – alterandone un elemento strutturale qual è quello del termine temporale di efficacia.

<sup>43</sup> Rimovibili, semmai, risultando gli effetti giuridici delle eventuali sanzioni irrogate per violazione dei limiti originariamente previsti dal decreto-legge.

Quasi verrebbe da osservare che, in una simile situazione di micro-sequenza di decreti-legge, sembrerebbero re-intravedersi certe conseguenze deformanti prodotte dalla famigerata prassi della reiterazione.

## 7. Una rapida conclusione

Concludo qui queste mie considerazioni che – ribadisco in chiusura – hanno una portata generale e intendono porre al centro dell’attenzione il sistema edificato in questi mesi, piuttosto che indagare analiticamente il grado di coerenza interna delle singole scelte compiute dal legislatore e le smagliature del suo provvedere, da più parti rilevate.

In questo senso, quella proposta è un’analisi a vocazione prospettica, per quando cioè, ad emergenza ormai conclusa e a mente fredda, bisognerà fare i conti con quanto accaduto in termini di risposta ordinamentale alla pandemia e soprattutto valutare i meccanismi normativi più adeguati in ottica di future contingenze emergenziali. Ciò ovviamente nella speranza di aver fornito almeno qualche utile elemento di riflessione.

