



GRUPPO
di PISA

Dibattito aperto sul Diritto
e la Giustizia Costituzionale

La Rivista / Quaderno n° 5

Fascicolo speciale monografico

A cura di

**Daniele CASANOVA, Alessandro DE NICOLA,
Maria Chiara GIRARDI, Pietro VILLASCHI**

**«Le fonti della crisi:
prospettive di diritto comparato»**

in memoria di

PAOLO CARROZZA



La Rivista / Quaderno n° 5
Fascicolo speciale monografico

A cura di

**Daniele CASANOVA - Alessandro DE NICOLA -
Maria Chiara GIRARDI - Pietro VILLASCHI**

Le fonti della crisi: prospettive di diritto comparato

Atti del Seminario di diritto comparato – 25 marzo 2022

in memoria di
Paolo Carrozza

Contributi di:

N. Abate, A.K. Abou Koïni, A. Apostoli, E. Aureli, M. Aurino, M. Barone, L. Bartolucci, S. Bissaro, V. Brigante, D. Bruno, S. Cafiero, D. Camoni, V. Cavanna, G. Costa, M. D'Amico, N. D'Anza, M.F. De Tullio, L. Del Corona, C. Della Giustina, V. Desantis, V. Di Capua, C. Doubovetzky, T. Esposito, N. Fiano, V. Fogliame, A. Formisano, P. Gambatesa, T. Giorgio, L. Giurato, A. Iannotti Della Valle, E. La Fauci, L. Leo, J. Levi Mello do Amaral Jr., A. Lo Calzo, I. M. Lo Presti, X. Magnon, C. Malinverno, A.V. Mamfouana, M. Marazzini, L. Mariantoni, G. Martinico, A. Mazzola, G. Naglieri, R. Neri, L. Pace, M. Pittari, B.J. Queiroz Ceretta, I. Rivera, C. Sagone, G. Scoppetta, Giu. Serges, F. Serini, M.A. Sevilla Duro, C. Siccardi, L. Sottile, R. Tarchi, V. Valenti, G. Verrigno, P. Villaschi.

Quaderno monografico abbinato al fascicolo 2022/3 de «La Rivista Gruppo di Pisa»

Atti del Seminario di diritto comparato dell'Associazione "Gruppo di Pisa" del 25 marzo 2022 su "Le fonti della crisi: prospettive di diritto comparato" – Università degli Studi di Brescia

Tutti i contributi sono stati sottoposti a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista

Finito di comporre nel mese di dicembre 2022

La Rivista **Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale** è inclusa tra le riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche. Codice **ISSN: 2039-8026**.

Per il triennio 2020-2022, **Direttore responsabile:** Marilisa D'Amico (*Università degli Studi di Milano*).

Comitato di Direzione: Adriana Apostoli (*Università degli Studi di Brescia*), Carlo Colapietro (*Università degli Studi "Roma Tre"*), Giacomo D'Amico (*Università degli Studi di Messina*), Gianluca Famiglietti (*Università di Pisa*), Gennaro Ferraiuolo (*Università degli Studi di Napoli "Federico II"*), Federica Grandi (*"Sapienza" Università di Roma*).

Comitato di Redazione: Antonello Lo Calzo (Coordinatore) (*Università degli Studi del Sannio di Benevento*), Rossana Caridà (*Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro*), Arianna Carminati (*Università degli Studi di Brescia*), Martina Contieri (*Università degli Studi di Napoli "Federico II"*), Lavinia Del Corona (*Università degli Studi di Milano*), Alessia Fusco (*Università degli Studi di Torino*), Marsid Laze (*"Sapienza" Università di Roma*), Cristina Luzzi (*Università di Pisa*), Giuditta Marra (*"Sapienza" Università di Roma*), Andrea Napolitano (*Università degli Studi di Napoli "Parthenope"*), Costanza Nardocci (*Università degli Studi di Milano*), Leonardo Pace (*Università degli Studi "Roma Tre"*), Valentina Pupo (*Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro*), Giada Ragone (*Università degli Studi di Milano*), Umberto Ronga (*Università degli Studi di Napoli "Federico II"*), Giuliano Serges (*Università degli Studi "Roma Tre"*), Cecilia Siccardi (*Università degli Studi di Milano*).



GRUPPO di PISA

Dibattito aperto sul Diritto
e la Giustizia Costituzionale

RIVISTA DEL GRUPPO DI PISA - INDICE DEL QUADERNO N° 5

Nota dei curatori

Daniele CASANOVA, Alessandro DE NICOLA, Maria Chiara GIRARDI, Pietro VILLASCHI.....	1
--	---

Presentazione

Marilisa D'AMICO.....	5
-----------------------	---

Introduzione al Seminario

Adriana APOSTOLI, <i>Crisi delle fonti o delle democrazie nelle emergenze?</i>	7
--	---

PRIMA SESSIONE

Relazioni

Giuseppe MARTINICO, <i>Il soft law nel diritto comparato della pandemia: alcuni spunti critici</i>	23
--	----

José Levi MELLO DO AMARAL JR., <i>“Medidas provisórias” e pandemia</i>	43
--	----

Xavier MAGNON, <i>L'invisible des États d'exception: de la dilution à la disparition du droit</i>	49
---	----

Relazione conclusiva

Rolando TARCHI, <i>Le fonti della crisi. Prospettive di diritto comparato. Alcune riflessioni conclusive</i>	63
--	----

SECONDA SESSIONE

PARTE I

**I LIVELLI DELLA PRODUZIONE NORMATIVA DELLA CRISI:
LA DIMENSIONE SOVRANAZIONALE**

Introduzione ai lavori del I Atelier

Antonello LO CALZO, *La produzione normativa della crisi nella dimensione sovranazionale.*
Introduzione ai lavori del I Atelier 97

Contributi dei partecipanti

Nicola ABATE, *European democracy at a crossroads:
where is the European crisis?* 101

Paolo GAMBATESA, *Le risoluzioni del Parlamento europeo
durante l'emergenza sanitaria* 117

Rocco NERI, *Il virus della legge (Pandemic Law)* 135

Chiara SAGONE, *Lo spazio europeo alla prova della pandemia da Covid-19* 145

Miguel Ángel SEVILLA DURO, *Relations of ordination in economic integrations and their effect
on the system of sources of law. A categorisation to deal with polycrisis* 161

PARTE II

**I LIVELLI DELLA PRODUZIONE NORMATIVA DELLA CRISI:
LA DIMENSIONE NAZIONALE**

Introduzione ai lavori del II Atelier

Pietro VILLASCHI, *I livelli della produzione normativa della crisi: la dimensione nazionale.*
Introduzione ai lavori del II Atelier 179

Contributi dei partecipanti

Elia AURELI, *La produzione normativa in pandemia e i suoi riflessi sulla forma di governo.*
Una lezione (soprattutto) per il futuro? 183

Valentina CAVANNA, <i>Il diritto ambientale in tempo di pandemia: "intrecci" di fonti e competenze</i>	197
Camilla DELLA GIUSTINA, <i>La dialettica tra Governo e Parlamento durante la gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19</i>	209
Virgilia FOGLIAME, <i>La negoziazione «permanente» centro-periferia tra «eccessi di ruolo» e «ordinanze di reazione»</i>	223
Aldo IANNOTTI DELLA VALLE, <i>L'emergenza Covid tra fonti nazionali e regionali: quali prospettive per il parlamentarismo e il regionalismo?</i>	237
Erika LA FAUCI, <i>Quale fonte per quale crisi? L'esperienza italiana e francese a confronto</i>	251
Isabella Maria LO PRESTI, <i>Spazi e forme della cooperazione multilivello nell'emergenza pandemica in Belgio e in Spagna</i>	267
Ilaria RIVERA, <i>Il diritto all'istruzione nella crisi sanitaria da Covid-19. Per una scuola 2.0</i>	281
Giulia SCOPPETTA, <i>Verso un sistema delle fonti deformalizzato? Osservazioni sul ricorso a FAQ e a documenti di indirizzo durante l'emergenza pandemica</i>	293

PARTE III

I LIVELLI DELLA PRODUZIONE NORMATIVA DELLA CRISI: LA DIMENSIONE REGIONALE

Introduzione ai lavori del III Atelier

Leonardo PACE, <i>I livelli della produzione normativa della crisi: la dimensione regionale. Introduzione ai lavori del III Atelier</i>	309
---	-----

Contributi dei partecipanti

Marta AURINO, <i>Uno sguardo sul dibattito francese intorno alla decentralizzazione nel post crisi</i>	315
Domenico BRUNO, <i>Produzione normativa multilivello e dialettica Stato-Regioni durante la pandemia</i>	325
Simone CAFIERO, <i>Stato e Regioni nella disciplina emergenziale dell'istruzione</i>	339

Daniele CAMONI, <i>L'emergenza pandemica da Covid-19, tra dimensione territoriale e intervento giurisdizionale. Italia e Spagna a confronto</i>	351
Viviana DI CAPUA, <i>Emergenza e diritti fondamentali. Una riflessione comparata a partire dalla pandemia Covid-19 in Italia e in Spagna</i>	365
Teresa ESPOSITO, <i>La produzione normativa emergenziale tra unità e autonomia negli Stati compositi: un confronto tra Italia, Germania e Spagna nella gestione dell'emergenza sanitaria da SARS-CoV-2</i>	391
Aniello FORMISANO, <i>Il ruolo della Corte costituzionale nelle emergenze istituzionali. L'autonomia come valore da salvaguardare o disconoscere?</i>	407
Luisa GIURATO, <i>Le relazioni tra gli enti territoriali nell'epoca del Covid: quale ruolo per l'interesse nazionale?</i>	427
Giuseppe NAGLIERI, <i>Il ruolo delle comunità autonome nel decision-making process dell'emergenza: considerazioni costituzionali sulla dinamica verticale delle fonti nella crisi pandemica. L'estado autonomico tra normalità ed eccezionalità</i>	441

PARTE IV

I FATTORI ESOGENI DI CONDIZIONAMENTO DELLA PRODUZIONE NORMATIVA IN TEMPO DI CRISI: NECESSITÀ, URGENZA, EMERGENZA, TRA FATTO E DIRITTO

Introduzione ai lavori del IV Atelier

Giuliano SERGES, <i>I fattori esogeni di condizionamento della produzione normativa in tempo di crisi: necessità, urgenza, emergenza, tra fatto e diritto. Introduzione ai lavori del IV Atelier</i>	461
--	-----

Contributi dei partecipanti

Michele BARONE, <i>Il problematico statuto delle ordinanze emergenziali: appunti su una questione ancora attuale</i>	469
Luca BARTOLUCCI, <i>Il procedimento legislativo durante l'emergenza pandemica e per l'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza</i>	477
Stefano BISSARO, <i>Emergenza pandemica, "amministrazione difensiva" e riforma dell'abuso d'ufficio. La decretazione d'urgenza in materia penale all'esame della Corte costituzionale</i>	491
Vinicio BRIGANTE, <i>Amministrazione, espropriazione e esigenza di indipendenza energetica: note dal modello argentino</i>	505

Vincenzo DESANTIS, <i>Le fonti della crisi nella trasformazione dei sistemi: le più recenti evoluzioni della normazione al vaglio di sostenibilità costituzionale</i>	515
Christophe DOUBOVETZKY, <i>Liberté de manifester et crise(s). Quelles évolutions, quelles adaptations du régime juridique?</i>	527
Nannerel FIANO, <i>La gestione dell'emergenza pandemica tra Italia e Germania: un'analisi alla luce della sent. cost. n. 198 del 2021 e della pronuncia 1 BVR 781/21 del Bundesverfassungsgericht del 19 novembre 2021</i>	539
Luana LEO, <i>Il lento "risveglio" della teoria delle circostanze eccezionali</i>	549
Marco MARAZZINI, <i>I paradigmi dell'emergenza e i loro possibili sviluppi. Spunti per una discussione</i>	561
Mariella PITTARI, <i>L'asse Brasile-Italia nella gestione della pandemia: il decreto-legge e la misura provvisoria al vertice dell'emergenza. Un'analisi comparata degli articoli 77 della Costituzione italiana e 62 della brasiliana</i>	575
Bruno José QUEIROZ CERETTA, <i>Nota sulle dinamiche normative nell'affrontare l'emergenza costituita dalla pandemia di Covid-19 in Brasile</i>	589
Lorenzo SOTTILE, <i>La ricostruzione delle categorie degli eventi critici alla luce di un inedito cortocircuito dell'ordinamento costituzionale</i>	593
Veronica VALENTI, <i>Emergenza ambientale e rigenerazione urbana: i patti di collaborazione</i>	607
Giuseppe VERRIGNO, <i>Il futuro dello stato d'emergenza in Italia a partire dall'articolo 78 della Costituzione</i>	615

PARTE V

I FATTORI ESOGENI DI CONDIZIONAMENTO DELLA PRODUZIONE NORMATIVA IN TEMPO DI CRISI: TECNICA, SCIENZA E VINCOLI FINANZIARI

Introduzione ai lavori del V Atelier

Cecilia SICCARDI, <i>I fattori esogeni di condizionamento della produzione normativa in tempo di crisi: tecnica, scienza e vincoli finanziari. Introduzione ai lavori del V Atelier</i>	631
---	-----

Contributi dei partecipanti

Abdoul Kader ABOU KOÏNI, <i>Les Constitutions à l'épreuve de la crise sécuritaire au Sahel: cas du Burkina Faso et du Mali</i>	635
Giuliano COSTA, <i>Tecnica e scienza nella produzione normativa dell'emergenza: le politiche vaccinali</i>	649
Nicola D'ANZA, <i>Tecnica e produzione normativa nel governo degli investimenti esteri diretti</i>	663
Maria Francesca DE TULLIO, <i>I rimedi dell'Unione europea alla pandemia tra politiche espansive e austerità</i>	677
Lavinia DEL CORONA, <i>La scienza come fattore di condizionamento della produzione normativa nella pandemia (e non solo): considerazioni a partire dalle disposizioni costituzionali sulla scienza</i>	691
Chiara MALINVERNO, <i>L'incidenza del fatto scientifico sul diritto dell'emergenza: i Comitati tecnico-scientifici nella dimensione nazionale e comparata</i>	705
Luca MARIANTONI, <i>Quod non fecerunt barbari fecerunt barberini: ovvero l'incidenza della tecnica nella crisi economica e della scienza nella crisi pandemica</i>	719
Alessandra MAZZOLA, <i>La crisi sanitaria e la conclamata crisi delle fonti</i>	733
Federico SERINI, <i>L'uso della normativa tecnica tra esigenze di mercato e di sicurezza delle reti e delle risorse informatiche</i>	747
Tony GIORGIO, <i>La funzionalità delle assemblee parlamentari e il nodo dell'e-voting durante lo stato di emergenza</i>	761
Allegra Vycinfleur MAMFOUANA, <i>Les crises et la régulation des marchés financiers</i>	775
<i>Informazioni sui Curatori e sugli Autori</i>	787



TERZA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE FONTI DELLA CRISI: PROSPETTIVE DI DIRITTO COMPARATO»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

LA CRISI SANITARIA E LA CONCLAMATA CRISI DELLE FONTI

ALESSANDRA MAZZOLA

SOMMARIO: 1. La complicata gestione dell'evento pandemico da parte dell'ordinamento italiano. – 2. La risposta costituzionale alle situazioni straordinarie e urgenti. – 3. La conferma del difficile utilizzo, in particolare nel nostro Paese, delle fonti primarie.

1. La complicata gestione dell'evento pandemico da parte dell'ordinamento italiano

Nonostante le numerose riflessioni, da parte della dottrina costituzionalistica e non solo, circa le implicazioni della globalizzazione nella dimensione pubblica e privata dei Paesi occidentali, l'Italia (come l'Europa del resto) non è stata in grado di valutare nella sua pienezza le possibili conseguenze dell'evento pandemico, complice anche il ritardo del Paese asiatico nel comunicare la situazione sanitaria sul proprio territorio.

Ne è conseguita, a livello sovrastatale e quindi dei singoli ordinamenti, una catena di ritardi nella prima risposta, così come nella fase successiva, alla pandemia.

Immediata rispetto alla presa di coscienza della situazione epidemiologica, ma comunque già in ritardo per arginarne le conseguenze, il 31 gennaio 2020 il Consiglio dei ministri ha adottato – ai sensi dell'art. 7, primo comma, lett. c) e dell'art. 24, primo comma, del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1 (c.d. Codice della Protezione civile) – la delibera recante la «Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili» che ha costituito (fino al 31 marzo 2022) la base giuridica per l'adozione di una articolata

serie di provvedimenti normativi volti a disciplinare la dimensione istituzionale e sociale del Paese¹.

La normativa di contrasto al COVID-19, tuttavia, si è concretizzata non prima del 23 febbraio 2020, quando è stato adottato il decreto-legge n. 6 recante «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19» che elencava le misure per il contenimento dei contagi (art. 1, comma 2), stabiliva che tali misure avrebbero dovuto essere adottate attraverso lo strumento del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (d'ora in avanti, d.P.C.m.)² (art. 3, comma 1) e prevedeva la possibilità, per le autorità competenti, di adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza rispetto a quelle tipizzate dall'art. 1, ovvero provvedimenti amministrativi chiamati a incidere sulle libertà costituzionalmente garantite (art. 2).

¹ Prima della dichiarazione dello stato di emergenza si segnalano le ordinanze del Ministro della salute del 25 e del 30 gennaio 2020 recanti, rispettivamente, provvedimenti di sorveglianza per tutti i passeggeri sbarcanti in Italia che provenissero con volo diretto da Paesi in cui si è verificata una trasmissione autoctona del virus e l'interdizione dei voli provenienti dalla Cina.

² Il primo dei quali, recante «Disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 [...]», è stato adottato contestualmente all'emanazione del decreto-legge n. 6 del 2020. I d.P.C.m. sono atti amministrativi dalla difficile definizione perché non sono descritti «da norme univoche, nel quadro di una regolazione organica e compiuta» e perciò appare complicata sia la ricostruzione (individuare i caratteri essenziali, il procedimento da seguire, i limiti all'ampiezza del contenuto dell'atto, la pubblicazione ecc.), sia la classificazione. Per riuscire a comprenderne la natura è stata avanzata la proposta di adottare il criterio di corrispondenza tra il *nomen iuris* e il contenuto, definendo così il decreto del Presidente del Consiglio come l'atto che attribuisce «certezza legale alla manifestazione di volontà di un soggetto investito di pubblica funzione, posta in essere nell'esercizio di essa» nei casi e per i fini previsti dall'ordinamento cui si riferisce (S. LABRIOLA, *Decreto del Presidente del Consiglio* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, 1988, 251). Con specifico riguardo all'esperienza pandemica che ha interessato l'ordinamento a partire dal marzo 2020, A. D'ANDREA, *L'emergenza sanitaria e il ruolo del Governo: qualche preoccupazione costituzionale senza disfattismo*, in *Questione giustizia*, 20 aprile 2020 li ha definiti «atti sub-secondari», mentre A. RUGGERI, *Il disordine delle fonti e la piramide rovesciata al tempo del COVID-19*, in *Consulta OnLine*, III/2020, 696 ha ritenuto che per l'«aspetto sostanziale-contenutistico» siano da includere tra le fonti di terzo grado perché subordinati, oltre che alla legge, ai regolamenti governativi. Per P. CARETTI, *I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di Stato*, in *Osservatorio sulle fonti*, fascicolo speciale 2020, 296-297 il d.P.C.m. è una fonte «dalla natura ambigua»; analogamente, A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 570 ritiene che occupino «una zona grigia tra norme secondarie ed atti amministrativi», mentre R. ROMBOLI, *La incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, jan./jun. 2021, 524 li definisce «fonti "derivate"». Sono stati considerati anche ordinanze dal contenuto normativo da M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 5; ordinanze emergenziali, quantunque mancasse un esplicito riferimento alla contingibilità e all'urgenza (così A. MANGIA, *Il ritorno delle fonti-fatto*, in *Lo Stato*, 13/2019, 477 ss.; E. C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2020); nonché atti amministrativi (cfr. T.A.R. Calabria, sentenza n. 841 del 2020; A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di COVID-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2021, 19). Ciò posto, e a prescindere dalla diversa collocazione sul piano delle fonti, quel che è certo è che sono adottati dal Presidente del Consiglio, di concerto con alcuni Ministri (cfr. il preambolo del d.P.C.m. del 23 febbraio 2020, così come di tutti i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri che sono seguiti) non è prevista l'emanazione – quindi il controllo – da parte del Presidente della Repubblica; non c'è alcun passaggio parlamentare e nel caso dell'emergenza da coronavirus è difficile considerare decisivo per il rispetto del principio di minoranza la previsione delle comunicazioni che il Presidente del Consiglio o un Ministro delegato sono stati chiamati a dare al Parlamento a proposito dei d.P.C.m. adottati (art. 2, comma 1, legge 22 maggio 2020, n. 35 di conversione, con modifiche, del decreto-legge n. 19 del 2020); infine, non può nemmeno essere adita la Corte costituzionale per il controllo di costituzionalità.

Questo schema normativo è apparso sin da subito non perfettamente coerente con la norma costituzionale relativa ai casi straordinari di necessità e di urgenza che l’ordinamento può trovarsi ad affrontare (art. 77 Cost.) non già perché le limitazioni dei diritti non possono avvenire con atti normativi primari, quanto piuttosto perché il decreto-legge n. 6 del 2020, prevedendo che le autorità competenti avrebbero potuto «adottare ulteriori misure [rispetto a quelle tipizzate] di contenimento e gestione dell’emergenza», finiva con l’esercitare in maniera impropria l’istituto della delega legislativa³.

Da questa circostanza è scaturita una sequenza di anomalie che ha determinato alcune perplessità in ordine alla relazione tra le fonti del diritto e il rapporto tra i poteri dello Stato.

In primis, il Governo, attraverso il decreto-legge n. 6 del 2020, si è attribuito il potere di assumere misure restrittive dei diritti e delle libertà disattendendo l’art. 15, secondo comma, lettere *a*) e *b*) della legge n. 400 del 1988 – che com’è noto vieta la possibilità che il Governo conferisca deleghe attraverso decreto-legge – e l’art. 72, quarto comma, Cost. – che prescrive il procedimento in sede referente per la delegazione legislativa⁴. Com’è noto, l’istituto della delega legislativa, avendo a oggetto una delle attività che interessa i rapporti tra il potere legislativo e quello esecutivo sotto la veste, rispettivamente, di controllore e controllato, impedisce la coincidenza fra i ruoli; viceversa, si altererebbe profondamente la *ratio* dell’istituto.

Dalla circostanza che il decreto-legge è stato utilizzato alla stregua del decreto legislativo deriva un’ulteriore criticità, posto che è stata prevista, sia pur attraverso l’uso di una fonte diversa rispetto allo stesso decreto-legge, la possibilità di procedere a successive integrazioni, rievocando così i decreti correttivi e integrativi, anch’essi propri del decreto legislativo⁵.

Accanto a ciò, siccome i decreti-legge lasciavano aperta la possibilità che venissero adottate ulteriori misure per far fronte all’emergenza⁶ avvalendosi dello strumento del

³ Rappresentata in maniera suggestiva come “delega in bianco”; v. almeno G. SILVESTRI, *COVID-19 e Costituzione*, in *unicost.eu*, 4 ottobre 2020; P. CARETTI, *I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di Stato*, cit., 297; C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020, 83; G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 1/2021, 389 e, *ivi*, M. CALAMO SPECCHIA, A. LUCARELLI, F. SALMONI, *Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della pandemia. Illegittimità diffuse e strumenti di tutela*, 403. A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia*, cit., 23 riferisce di «patchwork normativo»; G. L. CONTI, *La crisi dello “stato moderno” e l’emergenza pandemica: appunti sul ruolo delle Camere nella lotta contro il coronavirus*, in *Osservatorio sulle fonti*, fascicolo speciale 2020, 537 parla di «virulenza normativa dell’emergenza pandemica»; mentre A. SAITTA, *Il Codice della protezione civile e l’emergenza pandemica anche alla luce di C. cost. n. 198 del 2021*, in *Consulta OnLine*, n. III/2021, riferisce di «un inedito micro-sistema normativo di gestione dell’emergenza». Dubita delle liceità costituzionali di questa norma anche U. DE SIERVO, *Emergenza COVID e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, fascicolo speciale 2020, 305.

⁴ Si vedano per tutti almeno A. D’ANDREA, *Metodo di governo della pandemia: non si discutono i fini, ma gli strumenti sì*, in *lacostituzione.info*, 6 maggio 2020, 2, che afferma che il Presidente del Consiglio dei ministri ha adottato uno «schema normativo» di “auto delega”; A. VERNATA, *Decretazione d’urgenza e perimetro costituzionale nello stato di “emergenza epidemiologica”*, in *Forum di BioLaw Journal*, 13 marzo 2020, 6 dichiara espressamente che «il Governo ha legittimato sé stesso conferendosi i poteri necessari».

⁵ Cfr. l’articolo 2 del decreto-legge n. 6 del 2020.

⁶ Si vedano a tal proposito gli articoli 2 e 3 decreto-legge n. 6 del 2020 e l’articolo 2 decreto-legge n. 19 del 2020.

decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, si è avuta l'impressione che queste ulteriori misure, adottate con fonte di rango inferiore, assolvessero al compito proprio dei regolamenti di attuazione, in palese contraddizione – fra l'altro – con l'articolo 15, terzo comma, legge n. 400 del 1988, a norma del quale «i decreti[-legge] devono contenere misure di immediata applicazione [...]»⁷.

Queste irregolarità sono state rilevate sin da subito dalla dottrina e dalla stessa politica e dopo un primo momento di sicura difficoltà nel reagire all'inedita situazione sanitaria e sociale il Governo ha cercato di mitigare la situazione di incertezza giuridica attraverso il decreto-legge n. 19 del 2020 che, abrogando quasi totalmente il primo decreto della «catena normativa»⁸, ha ridotto lo “strappo” presente nell'ordinamento e ha cercato di rimediare all'indeterminatezza delle misure restrittive dei diritti e delle libertà dei cittadini.

2. La risposta costituzionale alle situazioni straordinarie e urgenti

La Costituzione sancisce i principi di unità e indivisibilità della Repubblica (articoli 5 e 87 Cost.) e di immodificabilità dei principi supremi dell'ordinamento (articolo 139 Cost. e Corte costituzionale, sentenza n. 1146 del 1988) che fungono da “stella polare” per il legislatore nell'adozione degli atti legislativi e normativi *anche* in caso di emergenza⁹.

⁷ A tal proposito P. CARNEVALE, *Pandemia e sistema delle fonti a livello statale. Qualche riflessione di ordine sistematico*, in *Corti supreme e salute*, 1/2021, spec. 41-43 rileva che i d.P.C.m. sono stati chiamati «esplicitamente» ad attuare la «disciplina degli atti di decretazione d'urgenza» finendo con l'«assorbire in sé la tradizionale portata derogatoria del potere di ordinanza» e lasciando sullo sfondo il decreto-legge. Critico sulla modalità di utilizzo dei d.P.C.m. in quanto attuativi dei decreti-legge anche G. MOBILIO, *La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze. L'epidemia da COVID-19 e i rapporti tra decreto-legge e altre fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, fascicolo speciale 2020, spec. 355. Mentre A. PERTICI, *Il potere politico di fronte all'emergenza: notazioni introduttive*, in *Rivista del Gruppo di Pisa – Forum emergenza Covid e organi costituzionali*, 8 valuta positivamente questi d.P.C.m. sia perché «alcuni aspetti della disciplina» dei decreti-legge devono legittimamente essere ricondotti «alla normativa secondaria, a cui i decreti legge rinviano spesso in funzione “attuativa”», sia perché i d.P.C.m. assolvevano al compito di adattare la normativa contenuta nella fonte di rango primario alle nuove esigenze presentate dal mutamento dell'emergenza epidemiologica. Nello stesso senso sembra esprimersi U. DE SIERVO, *Emergenza COVID e sistema delle fonti*, cit., 304 per il quale i d.P.C.m. non hanno posto «limitazioni a precedenti facoltà o divieti» ma è stato il legislatore «a determinare la liceità e possibilità di queste compressioni per contrastare la pandemia». Similmente A. SAITTA, *Il Codice della protezione civile*, cit., 847 ritiene che «i provvedimenti concretamente attuativi delle norme contenute negli atti normativi primari non potevano che essere del Presidente del Consiglio» in virtù della «attribuzione costituzionale di direzione della politica generale del Governo», da cui discende la «assunzione di ogni necessaria responsabilità giuridica e politica».

⁸ Così M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 110. In particolare, l'articolo 5 del decreto-legge n. 19 del 2020 ha disposto l'abrogazione del decreto-legge n. 6 del 2020, ad eccezione degli artt. 3, comma 6-bis, e 4. Ciò non toglie, come rilevato da G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020 e A. RUGGERI, *Il disordine delle fonti*, cit., che con il secondo decreto-legge i margini d'intervento dei d.P.C.m. in ordine alle limitazioni delle libertà costituzionali fossero comunque ampi e generici.

⁹ Si rifiuta così la teoria della necessità come autonoma fonte del diritto (per tutti si veda S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Rivista di diritto costituzionale e amministrativo*, 1909, 251 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1967, 280 e, da ultimo, R. ROMBOLI, *La incidenza della pandemia*, cit., 528), così come la teoria

In situazioni straordinarie di necessità e di urgenza, com'è noto, la Carta del '48 prevede la possibilità che si deroghi all'esercizio della funzione legislativa ad opera del Parlamento e consente all'Esecutivo di adottare atti provvisori con forza di legge. È altrettanto noto che il ruolo delle Assemblee elettive non viene meno perché il provvedimento provvisorio con forza di legge deve essere convertito in legge dalle Camere entro 60 giorni, pena la decadenza *ex tunc*.

Il decreto-legge è stato previsto dai Costituenti come la fonte chiamata a rispondere alle situazioni di emergenza attraverso una decisione che possa assumersi rapidamente e che permetta di recuperare le garanzie dei principi di rappresentanza, di tutela delle minoranze e di salvaguardia dei diritti fondamentali¹⁰. I casi straordinari di necessità e urgenza prescritti dall'articolo 77 Cost. godono così di una copertura costituzionale che è, al tempo stesso, «bussola e fonte legittimante»¹¹ degli atti di rango primario che l'Esecutivo ritiene necessari per reagire a una situazione imprevista e che non abdica dalla funzione di salvaguardia, previo bilanciamento, dei diritti fondamentali¹².

Siccome il decreto-legge si propone di «assicurare la sopravvivenza dello Stato e dell'ordinamento» dinanzi «a situazioni imprevedibili che lo mettano in pericolo»¹³, anche il legislatore della pandemia avrebbe dovuto utilizzarlo quale unica fonte capace di conciliare la necessaria rapidità del provvedere e il rispetto dei principi fondamentali sanciti dalla Costituzione.

L'analisi dei fatti che hanno contraddistinto il periodo pandemico, specialmente nella sua prima fase – e cioè quando erano numerose e si succedevano con rapidità le misure di cautela –, induce a ritenere che la reiterazione del decreto-legge non avrebbe violato il presupposto costituzionale per la sua adozione. Com'è noto, la dottrina più

della paura a fondamento del diritto emergenziale (F. RESCIGNO, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2020, 254-261).

¹⁰ Come ha rilevato G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto legge*, Padova, 1989, 146, «il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria, a meno che vi siano casi straordinari di necessità e d'urgenza».

¹¹ A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto*, cit., 561. Così anche V. ONIDA, *Costituzione e coronavirus. La democrazia nel tempo dell'emergenza*, Milano, 2020, § I "casi straordinari di necessità e urgenza" e i decreti legge.

¹² In questa sede sia consentita una precisazione a quanto da me sostenuto in *Il sistema delle fonti e i provvedimenti adottati per contenere l'emergenza epidemiologica da COVID-19*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 1/2020. Com'è noto, la Carta costituzionale esige che gli organi investiti del potere decisionale procedano a un'opera di costante bilanciamento dei valori e degli interessi in gioco, evitando che la salvaguardia di uno fra i diritti fondamentali possa giustificare la compressione di tutti gli altri. Ritenere che il diritto alla salute sia preconditione per l'esercizio di altri diritti e libertà costituzionalmente garantiti, e che perciò possa giustificare la sospensione, se è ammissibile, lo è solo per un periodo circoscritto, che può essere giustificato dall'inimmaginabile straordinarietà che il decisore si trova a contrastare, ma che non può protrarsi per un periodo di tempo lungo né, tantomeno, indefinito (v. Corte cost., sentenza n. 85 del 2013 § 9 *Cons. dir.*). Dunque, se agli albori dell'emergenza sanitaria, quando erano ignote la gravità della situazione e la relativa durata, si è ritenuto che il diritto sancito dall'art. 32 Cost. recante i principi del *primum vivere* e della *salus rei publicae* fosse la preconditione per l'esercizio di tutti gli altri diritti e libertà fondamentali che la Carta prescrive e che pertanto valesse per ciò solo a giustificare l'"annullamento" di un nutrito catalogo di diritti, in un secondo momento, quando l'emergenza sanitaria ha svelato tutte le drammatiche difficoltà, mi è sembrato necessario rivedere tale posizione per fare appello all'imprescindibile opera di bilanciamento cui il decisore è chiamato per (cercare di) risolvere le problematiche che il caso concreto pone.

¹³ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, *L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, 1976, 83.

risalente già sosteneva la legittimità di tale pratica purché la necessità di riproporre il decreto fosse giustificata e sorretta dai requisiti indicati dall’articolo 77 della Costituzione. Si riteneva che se allo scadere dei sessanta giorni il decreto-legge non è convertito a perdere efficacia è il singolo provvedimento, senza tuttavia che si esaurisca il «potere governativo di provvedere». Pertanto, stante la scadenza del decreto in quanto atto normativo allo scoccare del sessantesimo giorno, «la necessità e l’urgenza di adottare determinate misure» ben possono permanere, o aggravarsi, giustificando così la riadozione del decreto-legge¹⁴.

Peraltro, la non contrarietà a Costituzione della reiterazione sembra trovare conferma nella stessa giurisprudenza costituzionale che ha sanzionato il fenomeno; il Giudice di costituzionalità l’ha infatti giustificata laddove perduri la situazione di necessità e urgenza.

La Consulta, com’è noto, ha precisato che «in caso di mancata conversione [del decreto-legge], il Governo non risulta spogliato del potere di intervenire nella stessa materia con lo strumento della decretazione d’urgenza», purché l’intervento governativo non si ponga «in un rapporto di continuità sostanziale con il decreto non convertito (come accade con l’iterazione e con la reiterazione)» perché, «per poter rispettare i limiti della straordinarietà e della provvisorietà segnati dall’art. 77», dovrà «risultare caratterizzato da contenuti normativi sostanzialmente diversi ovvero da presupposti giustificativi nuovi di natura “straordinaria”»¹⁵.

I repentini mutamenti provocati dallo sviluppo delle numerose varianti del coronavirus e dal differente grado di contagiosità e aggressività sugli organismi si ritiene soddisfino il requisito dei nuovi presupposti giustificativi, che rispettano i limiti della straordinarietà e della provvisorietà, così come indicato dalla sentenza n. 360 del 1996 della Corte costituzionale¹⁶.

D’altro canto, è stato sostenuto che a causa della durata della emergenza il legislatore avrebbe dovuto orientarsi verso l’utilizzo della fonte più garantista sia del rispetto delle minoranze, sia del dibattito politico fra i rappresentanti della Nazione, ovvero la legge¹⁷. Eppure, la nuova ordinarietà che è venuta affermandosi con il protrarsi

¹⁴ Così L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 2001, 248. Nello stesso senso si vedano almeno V. LIPPOLIS, *La reiterazione dei decreti legge*, in *Diritto e società*, 2/1981, 258 ss. e A. PACE, *I ridotti limiti della potestà normativa del governo nella legge n. 400 del 1988*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 9/1988, 1489-1490.

¹⁵ Corte cost., sentenza n. 360 del 1996 § 5 *Cons. dir.*

¹⁶ In questo senso si è espresso R. ROMBOLI, *La incidenza della pandemia*, cit., 535 e A. MALASCHINI, *Procedure parlamentari e legislazione d’emergenza*, in *SoG Working paper – Luiss School of Government*, 57/2020, 11 sostiene la legittimità della reiterazione dei decreti-legge nel tempo pandemico, giustificandola tuttavia rispetto alla difficoltà del Parlamento di riunirsi per discutere al fine di convertire in legge il decreto, non già al costante mutamento della situazione epidemiologica. *Contra* A. PERTICI, *Il potere politico di fronte all’emergenza*, cit., 7, ad avviso del quale il protrarsi dell’epidemia e perciò dei contagi non sarebbe un elemento giustificativo della reiterazione, la quale invece sarebbe praticabile dinanzi a nuovi elementi di emergenza.

¹⁷ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti*, cit., 120 ha affermato che il protrarsi dell’emergenza l’ha trasformata in una situazione «sostanzialmente ordinaria» che esige «una parimenti ordinaria risposta delle istituzioni», dunque il Parlamento avrebbe dovuto «recuperare appieno la propria capacità nomopoietica, liberandosi dal ruolo di mero ufficio di conversione in legge dei decreti del Governo», cui nondimeno avrebbe dovuto conseguire la «soluzione dei problemi pratici di funzionamento delle assemblee rappresentative».

della pandemia sembra sia stata caratterizzata da elementi di straordinarietà intrinseci che hanno prodotto novità anche rispetto alla gestione in concreto della situazione sanitaria¹⁸. Basti pensare alle c.d. nuove varianti, al differente grado di aggressività e contagiosità che recano e che si ripercuotono, *in primis*, sull’occupazione dei posti letto negli ospedali, ma anche sulle misure adottate per frenare la circolazione del virus; sull’adozione del c.d. *green pass* per esercitare alcuni fondamentali diritti; sull’introduzione dell’auto-sorveglianza in luogo della quarantena per coloro che sono stati in contatto con persone positive e così via.

Considerando la durata e la repentina mutevolezza delle situazioni di fatto che hanno contraddistinto l’emergenza sanitaria, è stato anche sostenuto che il decreto-legge si è dimostrato inidoneo a dare risposte efficaci ed efficienti¹⁹. Onde evitare difficili interventi normativi in situazioni di (futura) emergenza, questa dottrina ha proposto di modificare la disciplina costituzionale della fonte prevista dall’art. 77 Cost. prevedendone di due tipi: da un lato, i “veri” decreti-legge, quelli realmente fondati sulla necessità e sull’urgenza e, dall’altro lato, i decreti-legge “ordinari”, ovvero quelli normalmente adottati in luogo della legge²⁰.

Infine, parte della dottrina ha (indirettamente) ammesso la legittimità dell’intervento dei d.P.C.m. partendo dal presupposto che il decreto-legge non è idoneo a rispondere alle esigenze del tempo pandemico perché «è stato pensato per emergenze dotate di una sia pur relativa stabilità», ovvero portate «a presentarsi con caratteri immutati perlomeno per sessanta giorni (e, verosimilmente, anche oltre)», dimodoché le Camere abbiano il tempo, se d’accordo, di convertirlo in legge. La pandemia, invece, necessitava di costanti aggiustamenti normativi, perciò avrebbe dovuto essere disciplinata «unicamente a mezzo di atti di organi monocratici» per evitare di bloccare le Camere o comunque di renderle «ancor più serventi di quanto già non siano rispetto all’attività normativa del Governo»²¹.

Queste posizioni, ritenendo che sia stata correttamente introdotta attraverso i d.P.C.m. la compressione dei diritti fondamentali, sembra non tengano in considerazione la circostanza che si tratta di atti sub-secondari, dunque non idonei a innovare

¹⁸ Così mi sembra V. LIPPOLIS, *Il rapporto Parlamento-Governo nel tempo della pandemia*, in *Rivista AIC*, 1/2021, 269. P. CARNEVALE, *Pandemia e sistema delle fonti*, cit., 50 ha riferito di una «*continua discontinuità*» della pandemia, contraddistinta da un «camaleontico muta[mento]».

¹⁹ In questi termini si pronuncia P. CARNEVALE, *Pandemia e sistema delle fonti*, cit., 50-51 che, oltre a ritenere il decreto-legge troppo lento rispetto alla risposta pandemica (perché, «pur dotato di applicabilità immediata», richiede un tempo pari a sessanta giorni per la conversione), sostiene che non sarebbe possibile rispondere al mutamento della situazione di fatto attraverso gli emendamenti in sede di conversione perché, da un lato, sarebbe «*ius novum*» destinato a produrre effetti *dopo* la conversione (effetti, cioè, *pro futuro*) e, d’altro lato, la circostanza che la procedura di conversione dovrebbe terminare entro sessanta giorni rischierebbe di far rimbalzare il decreto-legge tra le Camere per l’approvazione degli emendamenti.

²⁰ Cfr. A. D’ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L’esperienza del coronavirus*, in *Forum di BioLaw Journal*, 14 marzo 2020, 6

²¹ Questa la tesi di A. RUGGERI, *Il disordine delle fonti*, cit., 694. Così anche P. CARNEVALE, *Pandemia e sistema delle fonti*, cit., 51 ad avviso del quale il d.P.C.m. si è rivelato necessario per rendere effettivo il decreto-legge in quanto atto velocemente adottabile e perciò idoneo a garantire «quella rapidità di modifica delle misure» connesse al mutare della situazione sanitaria.

l'ordinamento²², specialmente se chiamati a intervenire in materie coperte da riserva di legge²³.

Fermo il presupposto che le restrizioni dei diritti e delle libertà fondamentali attraverso atti sub-secondari hanno violato le riserve di legge assolute, si ritiene che sia stata altresì lesa anche quella relativa prevista dall'articolo 23 della Costituzione, a norma del quale «nessuna prestazione personale [...] può essere imposta se non in base alla legge»²⁴.

La riserva relativa dell'art. 23 Cost., com'è noto, lascia all'Esecutivo «consistenti margini di regolazione delle fattispecie in tutti gli ambiti non coperti dalle riserve di legge assolute, poste a presidio dei diritti di libertà»²⁵. In questi casi la legge può imporre prestazioni personali purché indichi l'autorità che potrà esigere la prestazione e il modo in cui quest'ultima sarà esercitata; affinché l'imposizione sia valida è perciò necessario che «sia indispensabile per il funzionamento dei servizi pubblici» e non contrasti con altri diritti²⁶.

Il fatto che le prestazioni personali possano essere imposte solo in base alla legge indica inoltre il «fine della protezione della libertà» individuale, ovvero un principio che «implica che la legge che attribuisce ad un ente il potere di imporre una prestazione non lasci all'arbitrio dell'ente impositore la determinazione» della stessa²⁷. Infatti, l'art. 23 Cost. «limita le situazioni doverose soggettive a quelle espressamente previste dalla legge», la quale si può integrare «con altre fonti nella definizione degli obblighi e delle

²² A. D'ANDREA, *L'emergenza sanitaria*, cit., afferma che non è possibile «sostituire, nel permanere della diffusione epidemica, una fluida sequenza di decreti legge e di atti sub-secondari richiamati da tali provvedimenti fisiologicamente provvisori, alla regolamentazione legislativa ordinaria».

²³ Com'è noto, in un ordinamento a Costituzione rigida l'istituto della riserva di legge condiziona proprio la legge, alla quale è precluso non solo demandare la soddisfazione del principio sancito in Costituzione a una fonte subordinata alla legge, ma anche «lasciare spazio ad atti amministrativi svincolati da una previa disciplina legislativa», così L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 2001, 188. F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009, 48 sottolinea le due «anime» della riserva di legge, ovvero l'«aspetto negativo» per cui le fonti regolamentari hanno il divieto «d'intervenire nella disciplina degli aspetti riservati» e l'«aspetto positivo» che indica «la necessità che il legislatore disciplini compiutamente quegli oggetti, in modo da limitare gli ambiti di discrezionalità delle autorità preposte all'applicazione della legge». Peraltro, come ricorda V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 53, l'istituto della riserva di legge ha riguardo, ancora prima che alle fonti del diritto in quanto atti, ai «rapporti tra gli organi», cioè alla «alterità» fra potere legislativo e potere esecutivo (inteso, quest'ultimo, specialmente in quanto amministrazione).

²⁴ Come ha precisato C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 17 e 47, siccome l'art. 23 Cost. dispone «l'esclusiva potestà dello Stato e delle leggi di imporre imperativi e prestazioni o di consentirvi» non attribuisce «una "generale" ed "assoluta" potestà alla legge», ma «stabilisce solo che nei casi in cui la imposizione di una prestazione non urta contro una specifica garanzia costituzionale, tale impostazione va fatta in base alla legge».

²⁵ Corte cost., sentenza n. 115 del 2011 § 5 *Cons. dir.* Il Giudice di costituzionalità prosegue precisando che la relatività della riserva «non relega [...] la legge sullo sfondo, né può costituire giustificazione sufficiente per un rapporto con gli atti amministrativi concreti ridotto al mero richiamo formale ad un prescrizione normativa "in bianco", genericamente orientata ad un principio-valore, senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini» (*ibidem*).

²⁶ P. VIRGA, *Diritto costituzionale*, Milano, 1971, 599. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 902 esige un requisito ulteriore: che le prestazioni personali non contraddicano, né ledano, il «principio della libertà del lavoro».

²⁷ Corte cost., sentenza n. 4 del 1957 § 3 *Cons. dir.* Cfr. anche P. VIRGA, *Diritto costituzionale*, cit., 599, spec. nt. 2 e U. DE SIERVO, *Emergenza COVID e sistema delle fonti*, cit., 301.

relative sanzioni», ma non può venire meno e lasciare anche la definizione del tipo di restrizioni a un atto che non sia riconducibile al Parlamento²⁸.

Fra le prestazioni personali che la legge può imporre in base all'art. 23 Cost. si ritiene debbano essere inclusi, accanto agli «obblighi coattivi di fare»²⁹, anche gli obblighi di non fare, ovvero quelli che, «imponendo l'omissione di un comportamento altrimenti riconducibile alla sfera del legalmente lecito», restringono comunque la «libertà dei cittadini»³⁰. Siccome ogni obbligo positivo può essere tradotto in un obbligo negativo (il divieto di tenere un comportamento), appare difficile escludere che la prestazione personale possa esprimersi anche nel senso di un non fare³¹. Ne deriva allora che quando la normativa emergenziale introdotta con d.P.C.m. ha imposto anche doveri di non fare, si è posta in tensione rispetto all'articolo 23 della Costituzione dal momento che non è stata rispettata neppure la riserva di legge relativa.

Ciò nonostante, sembra che la Corte costituzionale abbia avallato le anomalie nel sistema delle fonti del diritto che si sono presentate nei due anni appena passati limitandosi a constatare un mutamento di fatto del sistema delle fonti e della forma di governo, tanto che ha cercato di ricondurre la novità del binomio decreti-legge - decreti del Presidente del Consiglio dei ministri nell'alveo della legalità costituzionale.

Con la sentenza n. 198 del 2021, infatti, ha sancito che i d.P.C.m. sono da annoverare nel *genus* degli atti necessitati, cioè atti «emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto» (§ 8 *Cons. dir.*) e che sono stati legittimati dal decreto-legge³². I d.P.C.m., ad avviso della Corte, non hanno «conferito al Presidente del Consiglio dei ministri una funzione legislativa in violazione» delle disposizioni costituzionali (in particolare, l'art. 77 Cost.), piuttosto «hanno ad esso [il Presidente del Consiglio] attribuito unicamente il compito di dare esecuzione alla norma primaria mediante atti amministrativi sufficientemente tipizzati» (§ 9 *Cons. dir.*), non attribuendogli alcuna funzione legislativa o poteri straordinari in deroga alla Costituzione.

²⁸ Così A. APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia*, Milano, 2012, 56.

²⁹ Corte cost., sentenza n. 290 del 1987 § 9 *Cons. dir.*

³⁰ Corte cost., sentenza n. 115 del 2011 § 5 *Cons. dir.* In questo senso A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2008, 57; ID., *Libertà personale (diritto costituzionale)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, XXIV, Milano, 1974, spec. 292. Da ultimo v. anche M. CALAMO SPECCHIA, A. LUCARELLI, F. SALMONI, *Sistema normativo delle fonti*, cit., 416. Mentre A. FEDELE, *Art. 23*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Roma-Bari, 1978, 43 ss.; L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1988, 620 ss.; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Milano, 1993, 312; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 189, ritengono che la previsione dell'art. 23 Cost. si riferisca solo alle prestazioni personali positive, ovvero agli obblighi di fare che implicano un comportamento attivo del soggetto ed escludono gli obblighi di non fare, ossia i divieti, perché il contenuto delle prestazioni personali si traduce nell'esercizio di una attività concreta (fisica o intellettuale), che dunque non può che essere positivo. In questo senso anche P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 277-278, ad avviso del quale la prestazione imposta sia quella che deriva da un atto di autorità che esige «l'esplicazione di energie fisiche o intellettuali» a vantaggio «dello Stato o di altri enti pubblici».

³¹ Cfr. D. MORANA, *La rivincita dell'art. 23 Cost. sulle ordinanze di sicurezza urbana (senza bisogno di invocare un principio supremo dello Stato di diritto)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2011, 1615.

³² Quest'ultimo, ha sostenuto P. CARNEVALE, *Pandemia e sistema delle fonti*, cit., 47, si è trasformato «da fonte di in fonte sulla produzione». Così anche U. DE SIERVO, *Emergenza COVID e sistema delle fonti*, cit., 304 e G. MOBILIO, *La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze*, cit., 356-357.

L'impressione è che anche il Giudice costituzionale abbia operato una valutazione strettamente legata al contingente, ancorata cioè all'inedita situazione di emergenza in cui si è trovato catapultato non solo il nostro Paese, ma l'intero mondo. Sulla scorta di questa situazione, la Consulta sembra aver dato un'interpretazione “a maglie larghe” delle riserve di legge, avallando in qualche modo anche la prassi per cui sia il Presidente del Consiglio dei ministri, in particolare, a definire, accanto alla «politica generale del Governo» (art. 2, primo comma, legge n. 400 del 1988), le regole chiamate a governare la quotidianità.

Dinanzi alla giustificazione offerta dalla Corte costituzionale di un comportamento “anomalo” da parte del legislatore, a mio avviso alla dottrina resta il compito di sorvegliare, in futuro, se l'intervento della Corte costituzionale sia da considerare esclusivamente come uno dei frutti dell'emergenza o se viceversa abbia aperto la via ad una deroga al sistema delle fonti del diritto in pendenza di qualsiasi situazione straordinaria.

3. La conferma del difficile utilizzo, in particolare nel nostro Paese, delle fonti primarie

La gestione dello straordinario evento pandemico ha fatto sì che da più parti si evocasse lo stato di guerra, di eccezione, d'assedio, di necessità, la dittatura, fino ad accusare, da ultimo, la Carta del '48 perché ritenuta incapace di rispondere alle esigenze che nel corso del tempo possono manifestarsi nella società³³.

³³ In dottrina A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem?*, Modena, 2020, 53 ss. ha proposto una lettura estensiva dell'art. 78 Cost.; A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza*, cit., 5 ha proposto una revisione costituzionale che estenda il portato dell'art. 78 Cost. anche alle situazioni di emergenza. M. BELLETTI, *La “confusione” nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2020, 188-189 ritiene che il decreto-legge non sia la fonte idonea a rispondere a queste circostanze: attraverso esso il Governo «si conferisce immediatamente i poteri normativi necessari», evocando – pur con qualche sostanziale differenza – la procedura dell'art. 78 Cost. N. LUPO, *Il Parlamento nell'emergenza pandemica, tra rischio di auto-emarginazione e “finestra di opportunità”*, in V. LIPPOLIS, N. LUPO (a cura di), *Il Parlamento nell'emergenza pandemica, il Filangieri. Quaderno 2020*, Napoli, 2021, 155 ricorda che parte della politica e della dottrina ha proposto anche di istituire una Commissione *ad hoc* composta da un esiguo numero di deputati e senatori affinché discutesse le misure emergenziali. A. RUGGERI, *Il disordine delle fonti*, cit., 695 è favorevole ad una procedura di revisione costituzionale che costituzionalizzi l'emergenza distinguendo fra emergenze «del tempo ordinario» alle quali applicare la regola dell'art. 77 Cost. a Costituzione invariata ed emergenze «del tempo straordinario» per affrontare le quali è necessaria una revisione costituzionale che scongiuri la crisi delle istituzioni repubblicane e dei diritti fondamentali, in specie quelli sociali; favorevole alla riforma costituzionale sembra anche E. C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Rivista AIC*, 2/2021, 67. «Diffidente» verso l'introduzione di una clausola di emergenza in Costituzione è M. VILLONE, *Conclusioni*, in G. DE MINICO, M. VILLONE (a cura di), *Stato di diritto, emergenza tecnologia, Consulta OnLine*, formato ebook, Milano, 2020, 213. Infine, V. ONIDA, *Costituzione e coronavirus*, cit., § *La “saggezza” della Costituzione* ricorda che le circostanze di emergenza possono determinare «pericoli di confusione» più che «una “saggezza” di lungo periodo» e l'emergenza può mettere in luce «difetti che in tempi normali» spesso sono trascurati o sottovalutati; tuttavia, «prima di sovrapporre la pretesa nuova “saggezza” di una futura Costituzione a quella della Costituzione che ci regge» è necessario «esercitare il massimo della riflessione e della cautela», soprattutto in un Paese in cui spinte «verso pericolosi “nuovismi” costituzionali hanno spesso caratterizzato la vita politica».

La pandemia, che ha imposto alcune restrizioni al regolare svolgersi dei diritti sia in forma individuale, che associata, e dell’adempimento dei doveri – primo fra tutti quello al lavoro – a mio avviso dovrebbe essere inquadrata nello stato di emergenza. Esso è previsto e disciplinato dall’ordinamento (art. 25 d.lgs. n. 1 del 2018), non autorizza deroghe, né sospensioni, della Costituzione e definisce «una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea» che finisce con il legittimare «misure insolite», che tuttavia «perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo»³⁴.

Le misure restrittive adottate in questi due ultimi anni e, in particolare, il modo in cui sono state immesse nell’ordinamento, mi sembra abbiano scopercchiato il “vaso di Pandora” perché hanno posto l’accento sulle difficoltà che da tempo interessano il sistema delle fonti del diritto.

Com’è noto, da decenni dottrina e giurisprudenza costituzionale denunciano la “fuga dalla legge” a causa, soprattutto, del massiccio utilizzo della decretazione d’urgenza anche in situazioni di “ordinarietà istituzionale”. Dinanzi a una situazione di effettiva straordinaria necessità e urgenza lo strumento previsto per farvi fronte si è dimostrato debole e svilito dalla prassi, tanto è vero che la disciplina normativa che ha retto l’esercizio dei diritti e dei doveri a partire dal marzo 2020 è stata perlopiù introdotta attraverso i d.P.C.m.³⁵.

Rispetto alle anomalie che hanno contraddistinto la gestione dell’emergenza sanitaria, per quel che qui più direttamente rileva, non si può fra l’altro non rilevare l’accentuata preminenza – anche mediatica³⁶ – dell’Esecutivo a discapito della centralità del Parlamento. Tale irregolarità non deve tuttavia essere esclusivamente addebitata all’atteggiamento fagocitante del Governo, posto che il Parlamento ha convertito quasi

³⁴ Corte cost., sentenza n. 15 del 1982 § 7 *Cons. dir.*

³⁵ A. RUGGERI, *Il disordine delle fonti*, cit., 684 evoca la figura della «piramide rovesciata» delle fonti del diritto dopo la pandemia e sottolinea che è una crisi che il virus ha solo accentuato perché in caso di emergenza «alcuni difetti strutturali del sistema emergono con tratti di singolare evidenza» ove «carenze e torsioni già visibili in tempo di quiete si mostrano in forme esasperate» quando la quiete viene meno. Cfr. anche G. SILVESTRI, *COVID-19 e Costituzione*, cit. il quale evoca in maniera significativa l’«effetto domino» che ha interessato, dapprima, la fuga dalla legge e, poi, la fuga dal regolamento.

³⁶ Com’è noto il Presidente del Consiglio dei ministri Conte ha dichiarato in più occasioni di assumersi personalmente la responsabilità delle misure adottate attraverso i d.P.C.m. Tuttavia, la Carta del ’48, nella pur sintetica definizione della forma di governo parlamentare, non attribuisce mai al Presidente del Consiglio il dovere di dar conto della propria attività agli elettori. Piuttosto egli, da un lato, è chiamato a rispondere del proprio operato dinanzi alle Camere, che possono revocare la fiducia al Governo (art. 94 Cost.) e, d’altro lato, è investito del compito di dirigere la politica generale del Governo e di mantenere l’unità di indirizzo politico e amministrativo (art. 95 Cost.). La sovraesposizione mediatica e politica del Presidente del Consiglio Conte si teme possa giustificare, in futuro, l’accentramento dei poteri decisionali nelle mani di un solo soggetto, disattendendo non solo i principi posti a fondamento della Costituzione repubblicana, nata «quale baluardo all’onnipotenza legislativa ed alla tirannia della maggioranza» (A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto*, cit., 560), ma anche le premesse storiche e ideologiche che hanno guidato i Costituenti nella stesura della Costituzione repubblicana, consci dei pericoli di avere un solo uomo al comando. Sottolinea l’eccessiva preminenza del Presidente del Consiglio dei ministri anche F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull’emergenza coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020, 139 ad avviso del quale l’attuazione dei decreti-legge con i d.P.C.m. ha determinato un «cortocircuito il cui esito è stato quello di esaltare la figura del Primo ministro, non come titolare di un potere di direzione della politica generale del Governo e di coordinamento dell’attività dei ministri» bensì «come titolare di un vero potere di decisione».

all’unanimità (due voti contrari alla Camera dei deputati e cinque astenuti al Senato della Repubblica) e in soli dodici giorni il primo decreto-legge dell’emergenza sanitaria senza sanare le più evidenti criticità e finendo con l’avallare, sia pur implicitamente, il binomio decreto-legge - d.P.C.m. che l’Esecutivo ha continuato a utilizzare.

La pandemia ha così concorso a far emergere un altro difetto strutturale della forma di governo, che trova sinteticamente espressione nella “crisi del Parlamento”. Più precisamente, il riferimento è alla distanza dell’organo rappresentativo dalla volontà popolare e alla difficoltà, già in tempi “di quiete”, di portare avanti progetti di legge che si è accentuata in pendenza della situazione straordinaria. Si è detto, a tal proposito, che il Parlamento «all’insorgere dell’emergenza sanitaria si è auto-marginalizzato»³⁷, così come è stata denunciato l’“impedimento” pratico dell’organo, che in quel frangente è parso «paralizzato» nello svolgere la propria funzione³⁸.

Valutando i riflessi della pandemia sul sistema delle fonti del diritto e sulle relazioni fra gli organi costituzionali, l’impressione è che l’emergenza sanitaria abbia provocato delle «scosse telluriche» che hanno allargato «“crepe”» per certi versi già presenti «nelle sue fondamenta»³⁹; se da un lato è stato seguito il canale costituzionalmente previsto della legislazione in caso di emergenza (art. 77 Cost.), d’altro lato si è registrata una “fuga” dalla previsione costituzionale mediante l’attuazione dei decreti-legge attraverso i d.P.C.m. Così, per un verso è stato assicurato l’intervento del Presidente della Repubblica, del Parlamento e la possibilità di intervento della Corte costituzionale, mentre per altro verso tale “schema normativo” è sfuggito proprio ai sistemi di controllo costituzionalmente previsti, confermando l’alterazione del sistema delle fonti.

La necessità di reagire alle situazioni di difficoltà sociale e istituzionale, al contrario, non può «che essere soddisfatta attraverso l’utilizzo di strumenti e regole di natura giuridica» dell’ordinamento e cioè mediante gli strumenti già presenti nella

³⁷ A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia*, cit.

³⁸ G. AZZARITI, *Editoriale*, cit., III; l’Autore prosegue affermando che «è difficile da accettare l’idea che rimangano aperti i servizi pubblici essenziali [...] e non si riesca a garantire un modo per assicurare, nel rispetto delle norme di sicurezza e di quelle politiche, la continuità dell’organo vitale della democrazia rappresentativa». Analogamente C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, cit., 85 ad avviso della quale «nello stato d’emergenza, la democrazia rappresentativa costituisce un bene primario, un servizio essenziale che non può essere dismesso [...]; i parlamentari devono restare “in trincea”, non meno di medici e personale sanitario». Ancora, V. ONIDA, *Costituzione e coronavirus*, cit., § *Le istituzioni (e anche il Parlamento) non vanno in quarantena* ha ricordato che il funzionamento delle Camere è «un “servizio pubblico”» al pari di altri che, nel tempo dell’emergenza, sono stati assicurati. Negli stessi termini si è espresso R. ROMBOLI, *La incidenza della pandemia*, cit., 545-548. Anche N. LUPO, *Il Parlamento nell’emergenza pandemica*, cit., 145-146 pone in luce come il ruolo del Parlamento, ancor più necessario qualora si tratti di porre dei limiti ai diritti fondamentali, sia stato piuttosto marginale. Mentre M. C. GRISOLIA, *Il rapporto Governo-Parlamento nell’esercizio della funzione normativa durante l’emergenza Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, Fascicolo speciale 2020, 598 domanda provocatoriamente se all’espansione dei poteri del Governo e, in particolare, del Presidente del Consiglio, sia corrisposta un’espansione dei poteri del Parlamento.

³⁹ A. APOSTOLI, *L’art. 139 e il nucleo essenziale dei principi supremi e dei diritti inviolabili*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2018, 29.

Costituzione e nella legislazione ordinaria e non adattati sulla base delle esigenze che di volta in volta si presentano⁴⁰.

Com'è noto, la Carta del '48 esplicita una fonte da adottare quando è necessario rispondere a casi straordinari di necessità e d'urgenza – il decreto-legge –, che anche in pendenza dell'emergenza sanitaria si considera la fonte «più garantista» rispetto alle altre previste dall'ordinamento; essa, infatti, assicura il sistema dei controlli – sia formali, che sostanziali – pur palesandosi come meno duttile e veloce rispetto al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri⁴¹. Infatti, se l'obiettivo è coniugare efficacia ed efficienza, mi sembra di poter rilevare che la prescrizione dell'articolo 77 della Costituzione offre uno strumento rapido e sicuro; prima dell'emanazione, è controllato dal Capo dello Stato e, per innovare *sine die* l'ordinamento giuridico, esige il passaggio parlamentare dal quale, se dovesse essere affetto da criticità, ben potrebbe uscire modificato⁴².

L'esigenza di insistere sul necessario rispetto e sul recupero della legalità trova fondamento nello sguardo “presbite” che deve accompagnare ogni analisi di tipo costituzionale. A mio avviso, è importante ragionare *adesso* come se fosse *dopo*, come se non sia così pregnante l'esigenza di «tutela[re] la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività» (art. 32 Cost.) per scongiurare che le regole emergenziali perdurino oltre l'emergenza, legittimando oltre tempo la restrizione delle libertà e l'alterazione del modello legislativo e normativo per risolvere le situazioni di emergenza⁴³.

Resta, infatti, il dubbio che alla fine della parentesi formatasi in ragione della crisi sanitaria gli organi investiti del potere decisionale possano disporre di un precedente cui ricorrere in qualsiasi situazione di emergenza; ed è un rischio che i principi costituzionali non possono reggere perché le relative regole potrebbero essere sospese o derogate da

⁴⁰ A. APOSTOLI, *L'Italia è una Repubblica democratica fondata anche sul principio pacifista*, in G. AZZARITI (a cura di), *Il costituzionalismo moderno democratico può sopravvivere alla guerra?*, Quaderno n. 4, *Costituzionalismo.it*, Napoli, 2022, 150.

⁴¹ Cfr. B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, 6/2020, VI-VII.

⁴² Come ha sostenuto V. LIPPOLIS, *Il rapporto Parlamento-Governo*, cit., 268 «se la Costituzione non prevede una disciplina specifica per gli stati di emergenza non significa che non preveda lo strumento giuridico per fronteggiare situazioni del genere»; nello stesso senso V. ONIDA, *Costituzione e coronavirus*, cit., § *Non serve lo “stato di eccezione”*, sottolinea come non sia vero «che il nostro sistema costituzionale non contempra regole e strumenti adatti per le situazioni di emergenza»; similmente C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, cit., 82 sostiene che la Carta del '48 «costituzionalizza l'emergenza pur non prevedendo [...] uno “stato di emergenza”». Ancora, A. MORELLI, *Le “convergenze parallele” dei modelli di normazione impiegati per fronteggiare la pandemia: «stato di emergenza» e «stato di necessità» alla luce della sent. n. 198/2021*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 3/2021, 7 ritiene che situazioni imprevedibili ma possibili, come la pandemia, non sono «ingestibili con le forme giuridiche vigenti ed entro le coordinate assiologiche dell'ordinamento costituzionale»; analogamente M. VILLONE, *Conclusioni*, cit., 214 «il silenzio» della Costituzione circa le situazioni di emergenza non «impedisce di fronteggiare una emergenza con la necessaria tempestività», proprio perché la Carta disciplina lo strumento normativo che, una volta approvato, entra immediatamente in vigore innovando l'ordinamento. Infine, M. CALAMO SPECCHIA, A. LUCARELLI, F. SALMONI, *Sistema normativo delle fonti*, cit., 410 ricordano che nel nostro ordinamento è presente «un “implicito statuto costituzionale dell'emergenza”».

⁴³ V. per tutti G. AZZARITI, *Editoriale*, cit., I che auspica, alla pagina seguente, che dall'esperienza pandemica possano trarsi insegnamenti in termini di rafforzamento dei valori di solidarietà, di dignità (sociale), di effettività dei diritti sociali.

parte del decisore politico che dovesse essere chiamato a rispondere ad eventuali ulteriori situazioni straordinarie⁴⁴.

⁴⁴ In questo senso anche M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti*, cit., 141; A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia*, cit., 2 e R. ROMBOLI, *La incidenza della pandemia*, cit., 529-530 temono la normalizzazione dell'emergenza. G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento*, cit., 386-388 teme che possano restare nel nostro ordinamento «scorie pericolose di quanto è accaduto e ancora sta accadendo». M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti*, cit., 188, scongiura che si possa «giustificare qualsiasi restrizione di diritti di fronte a qualsiasi emergenza». Anche M. CALAMO SPECCHIA, A. LUCARELLI, F. SALMONI, *Sistema normativo delle fonti*, cit., 400 pongono l'accento sulla necessità che, soprattutto in situazioni di emergenza, il potere politico risponda con gli strumenti che la Costituzione prevede per queste situazioni. F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza*, cit., 138 pone in guardia dal fatto che qualsiasi legislazione emergenziale «può aprire la strada a tentazioni autoritarie» se quando termina l'emergenza non viene meno la «relativa legislazione», così anche G. AZZARITI, *Editoriale*, cit., I-II.