

# DALLO “STATO DI CRISI” ALLA TRANSIZIONE INTRASISTEMICA: RIFLESSIONI SULLA (POSSIBILE) EREDITÀ DELL’EMERGENZA COVID-19 NEL CONTESTO COSTITUZIONALE ITALIANO\*.

di Nicola Maffei\*\*

**Sommario.** 1. Introduzione. – 2. Stato di crisi e concentrazione eccezionale del potere. – 3. L’uso del DPCM nella gestione dell’emergenza sanitaria in Italia: prospettive per una transizione intrasistemica? – 4. Conclusioni.

1

## 1. Introduzione.

“We have therefore made the assessment that COVID-19 can be characterized as a pandemic”<sup>1</sup>. Con queste parole il direttore generale dell’Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) Tedros Adhanom Ghebreyesus, nella conferenza stampa tenutasi l’11 marzo 2020, ha definito l’emergenza COVID-2019 una situazione pandemica. Tale dichiarazione ha rappresentato l’apice di un susseguirsi di pronunce che avevano visto il 9 gennaio 2020 comunicare, sempre da parte dell’OMS, l’avvenuto isolamento ad opera delle autorità sanitarie cinesi di un nuovo ceppo di coronavirus, sconosciuto all’uomo prima di allora, e riconducibile a un focolaio di casi di polmonite registrati a partire dal 31 dicembre 2019 a Wuhan, città situata nella Cina centrale. A tale pronuncia era seguita, il 30 gennaio 2020, un’ulteriore conferenza stampa nella quale l’Agenzia delle Nazioni Unite specializzata per le questioni sanitarie definiva l’epidemia da COVID-19 un’emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale<sup>2</sup>. Tuttavia, le parole che più hanno avuto una risonanza dal punto di vista mediatico-sociale sono state quelle pronunciate l’11 marzo: il termine *pandemia*

---

\* *Sottoposto a referaggio.*

\*\* Dottore magistrale in Giurisprudenza – Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”.

<sup>1</sup> WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020, in [www.who.int](http://www.who.int) 26/05/2020.

<sup>2</sup> *Misure sull'emergenza coronavirus (COVID-19) - Quadro generale*, Camera dei Deputati Documentazione parlamentare, in [temi.camera.it](http://temi.camera.it) 26/05/2020.

ha infatti inevitabilmente portato alla memoria dei più attenti le vicende che coinvolsero la popolazione mondiale ad inizio del XX secolo, in particolare fra il 1918 e il 1920, in relazione a una delle varianti del virus dell'influenza H1N1, determinante il diffondersi dell'influenza spagnola, cui fecero seguito mezzo miliardo di contagi ed almeno 50 milioni di morti, anche se alcune stime parlano di 100 milioni<sup>3</sup>. Partendo da tali premesse, tentativo specifico di questo studio sarà chiedersi in quale misura ed in quali termini il fenomeno pandemico rappresentato dal COVID-19 possa aver avuto e possa ancora avere, vista l'imprevedibilità del suo avanzare, un impatto sulle odierne liberal e social-democrazie, con particolare riferimento all'esperienza costituzionale italiana.

A questo proposito, partire da un breve inquadramento del concetto di costituzionalismo può risultare certamente funzionale ad individuare il contesto all'interno del quale tale esplosione sanitaria ha manifestato tutta la sua potenza, facendo emergere alcune latenti fragilità e contraddizioni dei sistemi giuridici e sociali attuali.

Il portato politico-giuridico di ciò che Augusto Barbera definisce come “quel movimento politico, filosofico, culturale volto alla conquista di documenti costituzionali improntati a principi liberali o liberaldemocratici”<sup>4</sup> si compone essenzialmente di due elementi fondamentali: la separazione dei poteri e la garanzia dei diritti<sup>5</sup>. Tali concetti, articolandosi in un rapporto di dipendenza reciproca, hanno informato ed informano ancora oggi la stesura e la lettura interpretativa dei testi costituzionali, trovando negli ultimi decenni affermazione altresì oltre la cornice-Stato. In particolare, lo sviluppo di processi di globalizzazione e l'emergere di organizzazioni internazionali e di istituzioni pubblico-private ha di fatto messo in crisi il modello di diritto costituzionale ancorato al concetto di “sovranità statale”<sup>6</sup>, portando la giuspubblicistica europea ad elaborare la teoria del costituzionalismo multilivello. Tale teoria presuppone una generalizzata consapevolezza rispetto all'affermazione, a seguito della progressiva osmosi tra ordinamenti nazionali e sovranazionali, di uno *spazio giuridico europeo* il quale, alimentato da un processo orizzontale di integrazione europea e da un ricco dialogo tra Corti, ha portato e porta

<sup>3</sup> *Le pandemie nella storia: dal vaiolo del '500 al Covid-19*, in [www.fondazioneveronesi.it](http://www.fondazioneveronesi.it), 26/05/2020.

<sup>4</sup> A. Barbera, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Bari-Roma, Laterza, 2006, p. 3.

<sup>5</sup> C. Martinelli, *Le radici del costituzionalismo*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 8.

<sup>6</sup> G. Amato, *Passato, presente e futuro del costituzionalismo*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 2/2018, p. 2.

tutt'ora all'elaborazione di comuni principi giurisprudenziali e alla costruzione di un diritto comune soprattutto in tema di diritti e libertà fondamentali<sup>7</sup>.

Il percorso evoluzionistico cui qui si è brevemente accennato può tuttavia incontrare una battuta d'arresto o, per meglio dire, una deviazione dinanzi al verificarsi di particolari circostanze fattuali le quali possono determinare un'eccezionale concentrazione del potere, cui si lega inevitabilmente una parimenti eccezionale sospensione dei diritti di libertà costituzionalmente previsti. Prescindendo ora dal copioso pluralismo lessicale che l'odierno panorama comparatistico offre, per una più precisa enucleazione ermeneutica delle particolari circostanze fattuali appena citate, nel successivo paragrafo si farà riferimento al macroconcetto di *stato di crisi*, la cui prima elaborazione teorica è da attribuire al filosofo e politologo tedesco Karl Loewenstein all'interno della sua opera *Political Power and the Government Process* del 1957<sup>8</sup> e che oggi, per i fatti tristemente noti, ha riacquisito un forte valore di attualità.

## 2. Stato di crisi e concentrazione eccezionale del potere.

“Not even the most perfectly balanced political system can always rely on the normal operation of the constitutional institutions and procedures, least of all Rome, bent, in her adolescence, on conquest, and, in her maturity, threatened by powerful foreign rivals. For dealing with what may be called crisis government, the Romans found the solution in the institution of the constitutional dictatorship, a regular if extraordinary magistracy”<sup>9</sup>. Questo

---

<sup>7</sup> Per un'analisi più approfondita sul punto si vedano G. Rolla, *Il processo di ibridazione dei sistemi accentrati di giustizia costituzionale. Note di diritto comparato*, in M. Carbonell, H. Fix-fierro e D. Valades, *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Tomo III: Justicia*, Universidad Nacional Autónoma de México, Messico, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 519 s.; P. Scarlatti, *Costituzionalismo multilivello e questione democratica nell'Europa del dopo-Lisbona*, in *Rivista AIC*, n. 1/2012, p. 5 s.; G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Rinella e M. Volpi, *Diritto pubblico comparato*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 131 ss.

<sup>8</sup> G. De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, I, Padova, Cedam, 2019, p. 476.

<sup>9</sup> K. Loewenstein, *The Governance of Rome*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1973, p. 75. Per un approfondimento sulla dittatura commissaria nella Roma classica si veda anche C. Schmitt, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, Berlin, Duncker & Humblot, 1921, trad. it., *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Roma - Bari, Laterza, 1975, a cura e con introd. di F. Valentini, in cui si analizza altresì la sua torsione totalitaria, inquadrandone poi l'attualizzazione novecentesca - come da sottotitolo - nell'assunta esasperazione contemporanea della democrazia, secondo la concezione marxiana e la concreta realizzazione bolscevica.

breve passo, estratto da una successiva opera del già citato Loewenstein, rappresenta l'incipit di un'analisi specifica che il politologo compie della dittatura costituzionale nella Roma repubblicana del VI secolo A.C. Tale riferimento risulta propedeutico all'identificazione del concetto di *stato di crisi* in quanto, pur rappresentando la dittatura costituzionale romana un *unicum* nel panorama comparatistico, data la peculiarità del contesto storico-culturale in cui si inserisce e si sviluppa, ciò nondimeno essa offre ad un occhio attento una serie di elementi che, in virtù della loro ripetuta riscontrabilità in contesti ordinamentali qualitativamente e temporalmente lontani tra loro, contribuiscono a definire in maniera più chiara i contorni del *crisis government*. Tali elementi sono quattro: lo stato di necessità, la temporaneità, la proporzionalità delle misure adottate ed infine la sussistenza di controlli di carattere politico e giurisdizionale.

Procedendo con ordine, per *stato di necessità* o *di emergenza* si vuole intendere qui il verificarsi di una serie di situazioni improvvise di difficoltà o di pericolo che, imperversando con i caratteri propri dell'eccezionalità e della imprevedibilità, comportano una crisi nel funzionamento dell'architettura istituzionale alla base di un dato contesto sociale<sup>10</sup>. Si sono così avvicinati nel corso del tempo una serie di tentativi classificatori di tali situazioni, che, a partire dalla macrodistinzione tra conflitti interni di ordine pubblico e conflitti internazionali, peraltro riconducibile storiograficamente alla distinzione di Loewenstein tra *foreign war* e *internal disorder*<sup>11</sup>, hanno visto enumerare altresì le ipotesi di calamità naturali (tra le quali oggi è possibile annoverare l'emergenza Covid-19), di crisi economiche (finanziarie, monetarie, industriali, occupazionali), di crisi derivanti dal radicamento della criminalità organizzata, peraltro puntellandosi recentemente anche di caratteri internazionalistici, visto il respiro sovranazionale di alcune emergenze quali quella terroristica, climatica e, da ultimo, pandemica<sup>12</sup>. Sebbene, per ragioni legate alla multiformità del dato empirico, la *necessità* sfugga ad una pedissequa identificazione nei pur numerosi stati emergenziali appena elencati, ciò che di più interessante essa offre ai fini di questo studio, è la sua suscettibilità ad un duplice percorso ermeneutico. Mentre infatti un primo filone interpretativo, sensibile da un lato ai richiami dello *stato d'eccezione*

<sup>10</sup> A. Pizzoruso, *Emergenza, stato di*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, III, Roma, Treccani, 1993, p. 551 ss.

<sup>11</sup> Sul punto si veda K. Loewenstein, *The Governance*, cit., p. 76.

<sup>12</sup> A. Rolla, *Profili costituzionali dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015, p. 3.

di matrice schmittiana<sup>13</sup> e dall'altro al concetto di *necessità-urgente*<sup>14</sup> di Santi Romano<sup>15</sup>, ascriverebbe alla necessità il valore di *fonte del diritto extra-ordinem* operante in virtù del principio di effettività nelle ipotesi in cui la strumentazione normativa ordinaria si mostri inidonea a tutelare da situazioni di carattere eccezionale l'ordine costituito, il secondo filone di pensiero leggerebbe la necessità come *stato di necessità*, ovvero sia come presupposto fattuale legittimante un esercizio dei poteri statuali che, seppur straordinari ed eccezionali, vengano esercitati sempre nel rispetto di limiti costituzionalmente previsti: utile a questo proposito è il richiamo per il contesto italiano al decreto-legge, il quale, pur distinguendosi per una disciplina derogatoria rispetto all'ordinario procedimento legislativo, trova nell'art 77 una precisa copertura costituzionale<sup>16</sup>. In tal senso, questa seconda lettura del concetto di necessità appare più garantista o, quantomeno, maggiormente prudente: pur non dovendosi infatti asserire *a priori* che l'esercizio della fonte necessitata avvenga necessariamente *contra Constitutionem*, è indubbio che l'autolegittimazione del potere scaturente dalla necessità-fonte o l'eccessiva vaghezza delle disposizioni costituzionali disciplinanti lo *stato di necessità* si prestino con maggiore facilità ad una degenerazione culminante nel sovvertimento dell'ordine costituito. Quanto accaduto nella Repubblica di Weimar a seguito dell'utilizzo dell'art. 48 nel 1933 ne

---

<sup>13</sup> Lo *stato di eccezione*, teorizzato da Carl Schmitt nella sua opera *Politische Theologie* (1922), trad. it., *Teologia politica*, in *Id., Le categorie del 'politico'*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, Il Mulino, 1972, p. 33 ss., rappresenta un momento di discontinuità tale per cui, dinanzi a una struttura normativa pregressa non più in grado di rispondere alle istanze politiche, sociali religiose di un dato momento storico, possa identificarsi come sovrano esclusivamente il soggetto che, assumendo una decisione politica fondamentale, sia capace di interpretare e condurre consapevolmente ad uniformità tale pluralità di istanze, facendosene portatore. La decisione politica assunta dal titolare del potere costituente attribuisce una veste giuridico-formale a tale pluralità di istanze mediante la riconduzione del dato dell'effettività all'interno di un ordine giuridico come sua legittimazione sostanziale. Sono dunque effettività e concretezza della scelta politica ad assicurare al ruolo di fonte di legittimazione della Costituzione, cosicché il contenuto materiale della stessa non risponde una precisa idea di giustizia o una presunta scelta valore di stampo giusnaturalistico bensì esclusivamente al tipo di scelta politica adottata. Sul punto la letteratura è enorme e sarebbe ultroneo richiamarla, ma si vedano (tra i moltissimi richiami possibili), almeno M. Caserta, *Democrazia e costituzione in Hans Kelsen e Carl Schmitt*, Roma, Aracne, 2005, p. 163 s. e M. Nigro, *Carl Schmitt fra diritto e politica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1986, vol. 15, p. 715.

<sup>14</sup> Espressione usata dall'autore, in F. De Vanna, *L'ordinamento giuridico di Santi Romano e il pluralismo oltre l'orizzonte dello Stato: alcuni percorsi interpretativi*, in *Jura Gentium*, XV (2018), 2, p. 44 ss.

<sup>15</sup> La necessità "può implicare la materiale e assoluta impossibilità di applicare, in certe condizioni, le leggi vigenti e, in questo caso, può dirsi che "necessitas non habet legem". Può anche implicare l'imprescindibile esigenza di agire secondo nuove norme da essa determinate e, in questo senso, come dice un altro comune aforisma, la necessità fa legge. In ogni caso, "salus rei publicae suprema lex". Così S. Romano, *Principii di diritto costituzionale generale* (1946), ora in *Id., L'"ultimo" Santi Romano*, cit., Milano, Giuffrè, 2013, p. 287.

<sup>16</sup> M. Calamo Specchia, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2020, p. 3. Sul punto si veda anche A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, pp. 560-562.

rappresenta un esempio tangibile: la sostanziale illimitatezza e apertura a soluzioni non giuridicamente prevedibili della concentrazione del potere realizzata mediante l’emanazione del *decreto per la protezione del popolo e dello Stato* ha, di fatto, aperto la strada all’avvento del regime nazionalsocialista<sup>17</sup>.

Il secondo elemento che caratterizza lo *stato di crisi*, come detto, è la temporaneità. “The office was restricted to the maximum duration of six months”<sup>18</sup>. Anche in questo caso l’idealtipo della repubblica romana rivela tutta la sua autorevolezza da un punto di vista comparatistico: come infatti per la dittatura costituzionale romana era prevista una durata massima di sei mesi per affrontare l’emergenza interna o esterna, così è pacifico ritenere che le eccezionali misure che oggi vengono adottate dai vari ordinamenti a seguito della constatazione e/o dichiarazione di uno *stato di crisi*, riconducibili in via esegetica all’istituto della sospensione della Costituzione, non possano che avere un carattere meramente transitorio. I motivi di tale asserzione riposano nella *ratio* che sottende proprio al citato istituto della sospensione della Costituzione, vale a dire quella circostanza che vede tutte o, più frequentemente, alcune disposizioni costituzionali, concernenti in genere il riparto delle attribuzioni tra i vari organi di vertice e le garanzie delle libertà fondamentali, essere provvisoriamente sospese nella loro efficacia giuridica in ragione della predisposizione di un *regime a tempo definito* in grado di fronteggiare una qualsiasi emergenza non superabile evidentemente mediante gli strumenti di cui dispone l’impianto giuridico ordinario. Il fine che peraltro informa la predisposizione della sospensione costituzionale è quello di fornire, pur mediante strumenti derogatori, una difesa della Costituzione stessa. In tal senso si fa appello al principio di conservazione dell’assetto costituzionale, sulla scorta del quale la Costituzione viene disattesa in nome di sé stessa<sup>19</sup>. Il carattere della temporaneità a questo punto viene in rilievo come elemento qualificante della sospensione nella misura in cui, qualora le deroghe introdotte dovessero perdere il loro carattere di transitorietà conservando la loro vigenza ed efficacia anche successivamente al superamento della situazione emergenziale che ne aveva costituito la causa di giustificazione e legittimazione, si avrebbe un mutamento totale di prospettiva, dovendosi parlare più propriamente in tal caso di revisione tacita della Costituzione<sup>20</sup> con

<sup>17</sup> G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Rinella e M. Volpi, *Diritto pubblico*, cit., pp. 209-212.

<sup>18</sup> K. Loewenstein, *The Governance*, cit., p. 76.

<sup>19</sup> G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Rinella e M. Volpi, *Diritto pubblico*, cit., p. 208 ss.

<sup>20</sup> A. Rolla, *Profili costituzionali*, cit., p. 1 ss.

conseguenze alquanto pericolose da un punto di vista garantistico, dato il peso identitario che le specifiche norme derogate hanno per l'intero ordinamento<sup>21</sup>.

Il terzo elemento che contribuisce a qualificare lo *stato di crisi* è la proporzionalità delle misure adottate per far fronte all'emergenza: in occasione infatti dell'esercizio dei poteri c. d. emergenziali è sempre riscontrabile, recondito, il rischio di abusi e travalimenti costituzionali i quali possono spingersi sino a comportare, come avvenuto nel già citato caso tedesco, un sovvertimento della forma di Stato. Tuttavia si ritiene qui opportuno collegare il requisito di proporzionalità degli atti con quello relativo al loro controllo in sede politica e giurisdizionale, in quanto entrambi costituiscono elementi limitativi posti a garanzia del tessuto identitario, e pertanto assolutamente inderogabile, di ogni singolo ordinamento costituzionale, anche durante l'eccezionale vigenza di un regime di crisi dettato da circostanze imprevedute. Anche in tale caso giova citare un passo dell'opera di Loewenstein, ove viene sottolineato il ruolo di controllo (implicito) esercitato dal Senato romano rispetto alla *dictatorship*, articolato oltretutto secondo due diverse direttrici: l'autore descrive infatti come la *sanzione* senatoriale si concretasse sia in fase di nomina, ove era previsto che la scelta da parte del console o del tribuno consolare del dittatore avvenisse, se non con una sovvenzione ufficiale, almeno con un consenso di carattere fattuale dei *Patres*; e sia in una fase successiva, in quanto se da un lato il dittatore era esentato dal giustificare il suo operato nell'esercizio del suo ufficio, dall'altro era strettamente dipendente dal Senato in ordine al supporto finanziario<sup>22</sup> della propria azione politico-militare<sup>23</sup>.

Prendendo in senso lato le mosse da questo antico modello di garanzia, diversi ordinamenti giuridici registrano oggi, al verificarsi di stati emergenziali, interventi ad opera degli organi parlamentari e giurisdizionali tesi a vigilare sul corretto e proporzionale, per quanto eccezionale, esercizio dei poteri da parte del potere esecutivo che, per via della sua composizione ristretta e talora monocratica nonché per la sua diretta sovraordinazione alla macchina amministrativa, viene frequentemente indicato come il soggetto istituzionale più

---

<sup>21</sup> Le norme sulla separazione dei poteri e sulla garanzia dei diritti rappresentano la conquista del costituzionalismo moderno e pertanto il nucleo duro di ogni Costituzione. Sul punto si veda utilmente l'art 16 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789: «Ogni società nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata, non ha costituzione».

<sup>22</sup> Si potrebbe trattare di una sorta di antesignano, con tutte le precauzioni del caso, del *power of the purse* tipico del contesto presidenziale statunitense e previsto espressamente nella Costituzione USA nell'art I, sez 9, co 7 (*the Appropriations Clause*) e nell'art I, sez 8, co 1 (*the Taxing and Spending Clause*).

<sup>23</sup> K. Loewenstein, *The Governance*, cit., p. 77 ss.

idoneo ad assolvere una simile funzione<sup>24</sup>. In particolare, al fine di assicurare il minor sacrificio possibile ai diritti di libertà, ciò che emerge dal plurale dato costituzionale è il diffuso affermarsi di un principio di compartecipazione e collaborazione di tutti i tre tradizionali poteri nell'affrontare l'emergenza. A mero titolo esemplificativo, si sottopone qui brevemente all'attenzione il caso della Costituzione francese della V Repubblica. L'ordinamento francese prevede tre ipotesi emergenziali: 1) Lo *stato d'assedio*: ex art. 36 della Costituzione esso viene dichiarato con decreto adottato in Consiglio dei ministri ed ha una durata di 12 giorni, eventualmente prorogabile previa autorizzazione del Parlamento. Tale situazione vede i poteri di eccezione essere comunque disciplinati con legge, la quale pertanto mantiene integro il principio di legalità a tutela di tutti i diritti costituzionalmente garantiti.

2) Lo *stato di crisi*: ex art. 16 della Costituzione, il Presidente della Repubblica, “quando le istituzioni della Repubblica, l'indipendenza della nazione, l'integrità del territorio o l'esecuzione degli impegni internazionali sono minacciati in maniera grave ed immediata e il regolare funzionamento dei poteri pubblici costituzionali è interrotto”<sup>25</sup>, può adottare qualunque tipo di «*mesures*», ad eccezione dello scioglimento dell'Assemblea nazionale, richieste dalle circostanze previo espletamento di un'attività consultiva avente come destinatari il Primo ministro, i Presidenti delle Assemblee legislative e il *Conseil constitutionnel*. Tali consultazioni, benché obbligatorie, non comportano una vincolatività dei pareri espressi. La *Loi constitutionnelle* n. 2008-724 ha tuttavia introdotto la possibilità per il Presidente dell'Assemblea nazionale, il Presidente del Senato, sessanta deputati o sessanta senatori, di adire, trascorsi 30 giorni di esercizio dei poteri eccezionali, il *Conseil constitutionnel* affinché esso si pronunci, sempre mediante parere, in ordine al permanere dei presupposti per la dichiarazione dello stato di crisi. Si tratta come detto anche qui di un parere, la cui efficacia è in un certo modo garantita però dall'obbligo di pubblicazione. In aggiunta, trascorsi 60 giorni dall'inizio dello stato di crisi il *Conseil* procede automaticamente al suddetto controllo e, qualora tale stato dovesse protrarsi oltre i 60 giorni, può verificare di propria iniziativa in qualsiasi momento la sussistenza dei

---

<sup>24</sup> G. De Vergottini, *Diritto costituzionale*, cit., p. 479.

<sup>25</sup> Si veda l'art 16 Cost.

presupposti emergenziali<sup>26</sup>.

3) L'*état d'urgence*: un terzo strumento potenzialmente lesivo e derogatorio delle libertà costituzionali è lo stato d'emergenza, previsto e disciplinato dalla legge 55-395. Esso può essere dichiarato al verificarsi di gravi violazioni dell'ordine pubblico o in caso di calamità pubbliche su tutto o parte del territorio mediante decreto del Consiglio dei ministri per un periodo non superiore a 12 giorni, la cui proroga può essere stabilita dall'Assemblea nazionale a condizione però che specifichi la durata dell'emergenza<sup>27</sup>.

Questa breve rassegna degli strumenti derogatori predisposti dall'ordinamento francese dinanzi al sopravvenire di situazioni eccezionali, meritevoli in altra sede di una trattazione più approfondita, risultano tuttavia funzionali ai fini di questo studio per dimostrare come l'effettivo coinvolgimento di più organi costituzionali estranei all'esecutivo, nel caso francese dualista, rispondano alla logica, o alla ammirevole intenzione, del legislatore ordinario e costituzionale di approntare, in relazione alle componenti fisiologicamente celeri ed improvvise dell'azione emergenziale, un certo grado di condivisione e ponderazione nell'assunzione delle scelte politiche, data la delicatezza della materia su cui si procede ad intervenire in chiave derogatoria. Il medesimo fine guida altresì la disciplina dei tre regimi emergenziali predisposta dall'ordinamento costituzionale spagnolo che condivide peraltro con quello italiano la scelta della forma di governo parlamentare. In base a quanto stabilito dai primi quattro commi dell'art. 116 della Costituzione spagnola emerge infatti con chiarezza la volontà di prevedere, accanto al conferimento del potere di gestione dell'emergenza in capo al Governo, un mutevole intervento dell'organo parlamentare in relazione alle scelte del potere esecutivo a titolo confermativo, autorizzativo e deliberativo rispettivamente in caso di stato di allarme, di stato di eccezione e di stato di assedio. Se, congiuntamente a questa circostanza che vede appunto l'ordinamento spagnolo, nonostante la situazione di eccezionalità, cercare di mantenere intatti gli equilibri alla base dei rapporti tra i poteri anche per il tramite dell'ulteriore previsione di specifici atti di garanzia quali l'impossibilità di sciogliere le Camere (art 116, c. 5 CE), il divieto di intraprendere revisioni

---

<sup>26</sup> C. Bontemps di Sturco, *Francia*, in *Poteri emergenziali e deroghe al principio di legalità*, a cura di P. Passaglia, *Studi di diritto comparato*, 2011, pp. 7-11, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), ultima consultazione il 28/05/2020.

<sup>27</sup> G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Rinella e M. Volpi, *Diritto pubblico*, cit., p. 213. Per una ricostruzione della prima reazione della Francia all'emergenza Covid-19 si veda F. Gallarati, *Le libertà fondamentali alla prova del coronavirus. La gestione dell'emergenza sanitaria in Francia e Spagna*, in L. Cuocolo (a cura di) *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), Osservatorio Emergenza Covid-19, aggiornato al 5 maggio 2020, pp. 50-55.

costituzionali (art. 169 CE), la necessità che tutti gli organi costituzionali mantengano la pienezza delle loro funzioni (art. 116, c. 5 CE) e l'inderogabilità del principio di responsabilità del Governo (art. 116, c. 6 CE), si pone altresì l'attenzione sulla connessa disciplina in tema di diritti, la quale da un lato predispone un elenco dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche suscettibili di sospensione negli stati di eccezione o di assedio (art. 55, c. 1 CE) e dall'altro, per contro, vieta la sospensione durante lo stato di allarme di diritti e libertà autorizzandone la mera limitazione nei termini previsti dalla legge (art. 11 legge organica 4/1981)<sup>28</sup> e in ogni caso a condizione di non intaccarne il contenuto essenziale (art. 53, co.1 CE)<sup>29</sup>, risulta interessante chiedersi, anche tenendo conto di quanto esposto precedentemente in merito al contesto ordinamentale francese, se possa configurarsi un rapporto di diretta proporzionalità tra la minuziosità delle previsioni costituzionali relative al conferimento e all'esercizio dei poteri emergenziali ed una più salda tutela dei diritti di libertà quantomeno in un'ottica di certezza del diritto. Per l'approfondimento di questo ultimo aspetto, può venire in soccorso il confronto che qui si propone tra la dettagliatissima disciplina dello *stato d'assedio* e dello *stato di emergenza* prevista dalla Costituzione portoghese negli articoli 19, 134 e 138, e la totale assenza di una disciplina costituzionalmente tipizzata dello stato emergenziale nel contesto ordinamentale italiano. L'attenta lettura dell'art. 19 *succitato* rivela come siano stabiliti: i presupposti per la dichiarazione dello stato di assedio e di emergenza, venendo essi identificati «soltanto nei casi di aggressione effettiva o imminente di forze straniere, di grave minaccia o perturbazione dell'ordine costituzionale democratico o di calamità pubblica»; l'obbligo di rispettare il principio di proporzionalità, dovendo dichiarazione ed esecuzione dello *stato di assedio* o di *emergenza* limitarsi «con particolare riferimento alla loro estensione e durata e mezzi utilizzati, a quanto è strettamente necessario al pronto ristabilimento della normalità costituzionale»; l'obbligo di motivazione e l'obbligo di specificazione «dei diritti, delle libertà e delle garanzie il cui esercizio rimane sospeso». Ancora si precisa che la dichiarazione dello *stato d'assedio* o dello *stato di emergenza* «in nessun caso può intaccare

---

<sup>28</sup> Il testo completo della legge organica 4/1981 è stato rinvenuto in [www.boe.es](http://www.boe.es), consultato il 30/06/2020.

<sup>29</sup> Sul punto si veda M.C. Carbone, *La disciplina dell'emergenza e la tenuta della forma di governo parlamentare. Alcune brevi osservazioni a partire dalla normativa emergenziale in Spagna*, in *Dirittifondamentali.it* – Attualità, Data di pubblicazione – 1 giugno 2020. Per una descrizione dettagliata dei tre regimi emergenziali si veda, tra gli altri, P. Bonetti, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006, p. 179 ss. Il testo completo della Costituzione spagnola è stato rinvenuto in [www.senado.es](http://www.senado.es), consultato il 30/06/2020.

i diritti alla vita, alla integrità personale, alla identità personale, alla capacità civile e alla cittadinanza, la irretroattività della legge penale, il diritto di difesa degli imputati e la libertà di coscienza e di religione» e che «può alterare la normalità costituzionale soltanto nei termini previsti nella Costituzione e nella legge e non può in particolare incidere sull'applicazione delle regole costituzionali relative alla competenza e al funzionamento degli organi di sovranità e di governo delle regioni autonome o sui diritti e sulle immunità dei rispettivi titolari»<sup>30</sup>. Tutta questa disciplina, se arricchita degli elementi normativi offerti dalla lettura degli articoli 134 e 138<sup>31</sup>, rende lampante un certo livello di *imbrigliatura istituzionale* cui i poteri eccezionali di crisi vengono sottoposti nell'ordinamento costituzionale portoghese, con conseguenti vantaggi in termini di garanzia per i diritti di libertà e per la tenuta dell'ordine democratico costituito.

Non è possibile addivenire alla medesima conclusione se si osserva l'ordinamento costituzionale italiano, il quale, rinvenendo una disciplina peraltro solo *lato sensu* riconducibile allo stato emergenziale esclusivamente nell'ambito degli articoli 77, 78 e 120 della Costituzione, mostra — rispetto a questo ambito di intervento, reso quanto mai attuale dall'incedere dei contagi da COVID-19 — non poche criticità in sede di concreta produzione ed applicazione normativa.

### **3. L'uso del DPCM nella gestione dell'emergenza sanitaria in Italia: prospettive per una transizione intrasistemica?**

Le riflessioni che si vogliono condividere in questa sede necessitano di essere lette alla luce di una premessa di carattere metodologico. A dispetto infatti della pluralità di *atti e fatti* che l'evolversi dell'emergenza ha ingenerato e potrà ingenerare nel prossimo futuro, data l'imprevedibilità dell'andamento del fenomeno, si volge qui l'attenzione nello specifico alle particolari circostanze che hanno visto avvicinarsi, in un rapporto di dubbia coerenza con il sistema delle fonti, il decreto-legge n. 6 del 23 febbraio 2020 e i decreti del Presidente

---

<sup>30</sup> Il testo completo della Costituzione portoghese è stato desunto da [www.elearning.unite.it](http://www.elearning.unite.it).

<sup>31</sup> Gli artt. 134 e 138 disciplinano in particolare i soggetti protagonisti e le procedure mediante cui si addivene alla dichiarazione dello *stato di assedio* o di *emergenza*.

del Consiglio dei ministri a esso collegati<sup>32</sup>. I citati atti, invero, per essere analizzati al meglio, vanno preliminarmente collocati sistematicamente all'interno del contesto temporale immediatamente successivo alla dichiarazione di rischio pandemia dell'OMS del 30 gennaio 2020, che ha dato luogo all'adozione di una sequela di provvedimenti di carattere normativo e amministrativo. A seguito della detta dichiarazione dell'OMS, è occorsa una delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020 recante la "Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili", fissandone la durata in 6 mesi<sup>33</sup>. Tale delibera trova la propria legittimazione normativa nel Codice della protezione civile (d.lgs n. 1/2018). Secondo infatti il Codice della protezione civile, che individua nel Presidente del Consiglio dei ministri l'autorità nazionale di protezione civile con poteri di ordinanza e di direttiva, il Consiglio dei ministri, su proposta di quest'ultimo, dinanzi al verificarsi di una delle tre tipologie di emergenze di rilievo nazionale previste dall'art. 7 dello stesso Codice, previo accertamento in tal senso da parte del Dipartimento della protezione civile, è titolare del potere di deliberare lo stato di emergenza di rilievo nazionale, stabilendone la durata, che non può comunque eccedere i dodici mesi, rinnovabili per altri dodici. Per fronteggiare lo stato di emergenza nazionale il Presidente del Consiglio dei ministri, continua il Codice, è legittimato ad adottare ordinanze, in deroga ad ogni disposizione vigente, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e del diritto dell'Unione Europea e purché venga rispettato l'obbligo di specifica motivazione di tali ordinanze, le quali peraltro possono essere emanate solo successivamente all'acquisizione dell'intesa delle Regioni e con la espressa indicazione delle norme di legge che intendono derogare<sup>34</sup>.

A questo punto sorge un primo interrogativo: in base a quale principio una legge ordinaria, quale il d.lgs. n. 1/2018 citato, può conferire al potere esecutivo la potestà di dichiarare lo stato di emergenza e, per questo tramite, autorizzare una serie di provvedimenti *lato sensu* attuativi di tale stato emergenziale dichiarato? La domanda in realtà è intrinsecamente doppia in quanto: da un lato ci si chiede ove si rinvenga il fondamento giuridico della

---

<sup>32</sup> La questione potrebbe tornare di attualità in relazione al d.l n. 34/2020 (c.d. "Decreto Rilancio") qualora si dovesse registrare anche in tal caso una proliferazione di DPCM ad esso connessi.

<sup>33</sup> Si veda l'art. 1 Delibera del Consiglio dei ministri 31 gennaio 2020, (GU Serie Generale n. 26 del 01-02-2020).

<sup>34</sup> Si veda il Decreto Legislativo n. 1 del 2 gennaio 2018: Codice della protezione civile, (GU Serie Generale n. 17 del 22-01-2018).

necessità di dichiarare lo stato di emergenza; e dall'altro ci si chiede se ed entro quali limiti il potere esecutivo possa ergersi a protagonista della gestione dell'emergenza dichiarata.

In ordine al primo interrogativo, la cui risposta è resa non agevole dalla mancata previsione all'interno della Costituzione italiana di una disposizione che preveda e disciplini puntualmente lo stato di emergenza<sup>35</sup>, un'attenta dottrina fa notare come all'interno della Costituzione sia individuabile un sorta di “implicito statuto costituzionale dell'emergenza”<sup>36</sup> il quale è costituito, in quanto espressione dei tradizionali principi del *primum vivere* e del *salus rei publicae*, dai principi di unità ed indivisibilità della Repubblica, di ripudio della guerra come strumento di offesa, di tutela della salute pubblica e della pubblica sicurezza, nonché dall'affermazione delle fonti sulla produzione dell'emergenza (art. 77 e 120 Cost.) e, da ultimo, dall'intangibilità dei principi supremi del vigente ordine costituzionale. Si tratta evidentemente di elementi che, pur non direttamente riconducibili ad esso, sottopongono il concetto di *stato di emergenza* ad un processo di positivizzazione, fornendo così gli strumenti ermeneutici idonei a legittimarne la dichiarazione.

Quanto alla soluzione del secondo quesito, va chiarito invece che lo sforzo interpretativo appena menzionato, pur riportando estensivamente lo stato d'emergenza nei *binari* del diritto costituzionale positivo, non consente, dato il silenzio del costituente riguardo alle competenze e alle procedure, di spingersi sino a sostenere una diretta attribuibilità della titolarità nella gestione dell'emergenza dalla Costituzione nelle mani del potere esecutivo. Si ritiene infatti necessaria perlomeno l'interposizione di una norma primaria<sup>37</sup>. In questo senso, e in base a quanto affermato sinora, l'impianto normativo costruito dal Codice di protezione civile apparirebbe, ed effettivamente risulta, incontestabile, in quanto vede una

---

<sup>35</sup> L'analogia proposta in riferimento allo *stato di guerra* previsto ai sensi dell'art. 78 Cost («Le Camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono al Governo i poteri necessari») non è in genere ritenuta *allo stato* percorribile. Sul punto si veda L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata* a cura dello stesso, in *federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19*, aggiornato al 5 Maggio 2020, p. 31. Sul punto può peraltro vedersi la discussione tra S. Prisco e F. Abbondante, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, ivi, 24 marzo 2020, in cui il primo propone *de jure condendo* una revisione dell'art. 78 per fronteggiare le future emergenze ambientali e sanitarie (non per quelle “politiche”, come il terrorismo), suggerendo di guardare — anche quanto alle forme, ai limiti, alle garanzie — alle soluzioni costituzionali spagnola e tedesca, ossia di Paesi con analoga forma di governo e medesimo tipo di Stato, che riconosce largamente autonomie politiche territoriali.

<sup>36</sup> M. Calamo Specchia, *Principio di legalità*, cit., p. 8.

<sup>37</sup> Sul punto, M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, p. 113 ss.

norma primaria (d.lgs. n. 1/2018) attribuire un potere di ordinanza, anche integrativo, in capo al potere esecutivo, seppur con l'imposizione di limiti stringenti<sup>38</sup>.

A questo punto però, per ragioni di completezza, ma soprattutto per coerenza con il tema che ci si propone di indagare, è necessario far riferimento ad un altro *iter* normativo percorribile in ordine alla gestione concreta dello stato di emergenza in Italia. La norma primaria su richiamata come necessariamente successiva alla Costituzione può essere individuata infatti anche nel decreto-legge, particolare fonte normativa di primo grado di matrice, almeno inizialmente, esclusivamente governativa. La fonte decreto-legge parrebbe particolarmente idonea a fronteggiare uno stato di emergenza per due ordini di motivi.

Il primo di questi rinvia al dettato dell'art. 77 della Costituzione ed in particolare all'espressione «in casi straordinari di necessità ed urgenza» prevista nel comma 2. Dietro queste parole si cela infatti la *ratio* più profonda del decreto-legge. La sua celere entrata in vigore, dettata dall'assenza di *vacatio legis* e dalla veloce approvazione con procedimento svoltosi esclusivamente in seno al Governo, consente ad esso di intervenire in maniera immediata rispetto alle esigenze richieste dalla situazione. Inoltre il Governo, data la posizione di vertice che occupa all'interno di tutto l'apparato amministrativo, è strettamente legato a quest'ultimo sia in fase di acquisizione delle informazioni riguardanti l'emergenza e sia in sede di attuazione di interventi per il tramite dell'apparato stesso, con evidenti vantaggi in termini di prontezza dell'azione<sup>39</sup>.

La seconda ragione che rende questa fonte la più idonea per la gestione di uno stato di emergenza rinvia a quanto si è specificato nel secondo paragrafo di tale contributo relativamente alle fisiologiche conseguenze che una dichiarazione di *stato di crisi* ha sui diritti di libertà costituzionalmente garantiti.

Il decreto-legge, nonostante il suo carattere eccezionale, è, seppur provvisoriamente, fonte di rango primario e, come tale, risulta in linea con tutto quel sistema di deroghe, coperte da riserva di legge, che vengono previste ed ammesse espressamente nel dettato di molti degli

---

<sup>38</sup> Art 25 del Decreto Legislativo n. 1 del 2 gennaio 2018: Codice della protezione civile, (GU Serie Generale n.17 del 22-01-2018), in particolare il comma 1 «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. Le ordinanze sono emanate acquisita l'intesa delle Regioni e Province autonome territorialmente interessate e, ove rechino deroghe alle leggi vigenti, devono contenere l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare e devono essere specificamente motivate».

<sup>39</sup> F. S. Marini, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 22 Aprile 2020, p. 7.

articoli previsti in Costituzione aventi ad oggetto la tutela dei diritti di libertà<sup>40</sup>. Se, a questo proposito, si richiama la sentenza n. 68/1964 della Corte costituzionale la quale ha dichiarato, in riferimento all'art. 16 Cost, che la riserva di legge ivi prevista è di natura relativa<sup>41</sup>, si ha modo a questo punto di introdurre il discorso riguardo alla fonte normativa che più ha suscitato perplessità in merito all'azione del Governo italiano nel fronteggiare l'emergenza COVID-19: il Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (DPCM). Questo atto infatti, in ragione del suo carattere meramente amministrativo ben si inserirebbe come provvedimento esecutivo ed attuativo di un decreto-legge derogatorio, sempre previa sussistenza dei presupposti *ex art. 77 Cost*, di una libertà costituzionalmente garantita, senza che ciò vada ad intaccare in alcun modo la coerenza del sistema delle fonti. La questione tuttavia si è posta a causa del controverso uso, peraltro reiterato, che di questo atto si è fatto durante nella c. d. *fase I*, in un periodo inquadrabile tra la fine del mese di febbraio e l'inizio del mese di marzo 2020. Una breve ricostruzione dei fatti successivi alla dichiarazione dello stato di emergenza del 31 gennaio 2020 da parte del Consiglio dei ministri aiuterà a delineare meglio la situazione in quanto, a dispetto dei primi provvedimenti che portavano a ritenere che fra i due possibili percorsi normativi emergenziali qui illustrati (l'uno Costituzione - Codice della protezione civile - dichiarazione dello stato di emergenza - DPCM/ordinanze anche integrative; e l'altro Costituzione - legge/decreto-legge - DPCM/ordinanze meramente esecutive)<sup>42</sup> si fosse scelto decisamente il primo, l'evolversi dei fatti ha evidenziato una sostanziale *inversione di rotta*. A seguito infatti del proliferare alluvionale di ordinanze della protezione civile, del Ministro della salute, nonché delle autorità regionali e locali, in data 23 febbraio 2020 il Governo ha emanato il decreto-legge n. 6/2020. Potrebbe sembrare lecito a questo punto affermare che, seppur *in itinere*, si sia scelta una via di gestione dell'emergenza pienamente coerente con l'impianto ordinamentale delle fonti. L'analisi dei contenuti del detto decreto e dei DPCM attuativi dello stesso, non consente tuttavia di addivenire pacificamente ad una siffatta conclusione. Le ragioni di queste perplessità riposano innanzitutto nelle parole utilizzate nell'art 1, co. 1, del decreto, ove si autorizzano le autorità competenti ad «*adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi*

<sup>40</sup> L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza*, cit., pp. 32-33. Si vedano gli artt. 13 ss. della Costituzione italiana.

<sup>41</sup> Si veda Corte cost., s. n. 68/1964 in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>42</sup> M. Calamo Specchia, *Principio di legalità*, cit., p. 8.

della situazione epidemiologica» in particolari aree territoriali<sup>43</sup>; in secondo luogo nell'art 3, co. 1, ove, per l'adozione dei provvedimenti di cui agli articoli precedenti si rimanda allo strumento del DPCM ed infine nell'art 2, il quale autorizza le «autorità competenti» e dunque il Presidente del Consiglio dei ministri ad intervenire anche fuori dalla definizione territoriale di quelle aree, utilizzando la generica formula «ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza».

Il quadro esposto porta a leggere il decreto-legge n. 6/2020 come una fonte contenente previsioni puramente ipotetiche, le quali affidano *in bianco* le decisioni concrete a un atto amministrativo, quale appunto è il DPCM<sup>44</sup>. Si tradisce in questo modo il rapporto tra decreto-legge e atti amministrativi meramente esecutivi, così come concepito all'interno del nostro sistema delle fonti. Non si riscontrano infatti in tale decreto-legge i requisiti di specificità, immediata applicabilità e temporaneità previsti dal legislatore, in particolare nell'art 15 della legge n. 400/1988<sup>45</sup>, dotata peraltro di una sorta di *legittimazione costituzionale* per il tramite della sentenza della Corte costituzionale n. 22/2012<sup>46</sup>.

Gli effetti di tale *vaghezza* del decreto-legge si sono presto manifestati nei contenuti previsti dai numerosi DDPCM susseguitisi dal 4 marzo all'11 marzo 2020<sup>47</sup>, destando non poche perplessità in termini di garanzia della tutela costituzionale dei diritti. Le misure concrete poste in essere da tali atti hanno previsto infatti sensibili limitazioni delle libertà costituzionali, quantomeno stressando quel principio della riserva di legge di cui prima si è accennato. I DPCM infatti, usufruendo di una legittimazione offerta dal decreto-legge n. 6/2020 con una formula sorprendentemente ampia, si sono di fatto sostituiti ad esso, ponendo in essere in via diretta ed innovativa quei contenuti normativi emergenziali e derogatori di libertà costituzionali che, di regola, solo una fonte di rango primario, legge o atto avente forza di legge, avrebbe potuto realizzare e rispetto al quale i DPCM avrebbero

---

<sup>43</sup> Si veda l'art 1 del Decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 (GU Serie Generale n.45 del 23-02-2020).

<sup>44</sup> L. A. Mazzarolli, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio conseguente strapotere alle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in *federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 23 marzo 2020, p. 13.

<sup>45</sup> Legge 23 agosto 1988, n. 400 Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri (GU Serie Generale n.214 del 12-09-1988).

<sup>46</sup> M. Calamo Specchia, *Principio di legalità*, cit., p. 12.

<sup>47</sup> Per una ricostruzione cronologica dei DPCM si rimanda a *Coronavirus, le misure adottate dal Governo*, in *www.governo.it*, 31/05/2020.

dovuto rapportarsi come meri strumenti di carattere esecutivo<sup>48</sup>. I motivi che sottolineano l'opportunità giuridica dell'uso del decreto-legge in luogo del decreto del Presidente del Consiglio in merito alla restrizione delle libertà personali possono ben rinvenirsi in considerazioni di natura *giuridico-sistemica* aventi peraltro conseguenze importanti per il prosieguo di tale trattazione. Il decreto-legge infatti, sebbene dettato da circostanze eccezionali che giustificano la deroga al procedimento legislativo ordinario, è comunque sottoposto a controlli atti a verificarne i presupposti di legittimità e democraticità. Il primo di essi, per immediatezza, è quello effettuato dal Presidente della Repubblica, il quale, anche qualora non gli si voglia riconoscere il medesimo *potere sospensivo di rinvio* di cui è titolare nei confronti delle leggi approvate dal Parlamento<sup>49</sup>, è comunque il soggetto individuato dall'art. 87 della Costituzione a emanare i decreti con valore di legge, realizzandosi così un controllo anche solo di carattere procedurale. Il secondo controllo è quello di carattere parlamentare, dato l'obbligo, previsto sempre in Costituzione, per il Governo di presentare il decreto-legge il giorno stesso della sua adozione dinanzi alle Camere affinché venga convertito nel termine tassativo di 60 giorni dalla sua pubblicazione, pena perdita di efficacia *ex tunc*. Si tratta in questo caso di un controllo *ex post* ma che tuttavia, oltre a verificare l'effettiva sussistenza dei requisiti di necessità ed urgenza, si permea anche di una forte connotazione politica interistituzionale. Da ultimo va menzionato il sindacato di costituzionalità cui il decreto-legge è – eventualmente – sottoposto dinanzi alla Corte costituzionale in merito alla sussistenza dei presupposti di necessità ed urgenza e, in base ad una giurisprudenza recente, anche di omogeneità dal punto di vista dell'oggetto e dello scopo<sup>50</sup>. Come è evidente, la decretazione d'urgenza posta in essere dal Governo per il tramite del decreto-legge è soggetta ad un vaglio più o meno incisivo da parte di tutti i soggetti che oggi, nelle democrazie consolidate, costituiscono i protagonisti dell'articolarsi della forma di governo, con evidenti benefici per la coerenza e la tenuta dell'intero ordine costituzionale. Da questo punto di vista il

<sup>48</sup> Si vedano sul punto G. Silvestri, *Covid-19 e Costituzione*, in *unicost.eu*, 15/06/2020; P. Carrozzino, *Libertà di circolazione e soggiorno, principio di legalità e gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2020, pp. 10-12; 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. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, n. 1/2020, p. 511; S. Staiano, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, p. 546; A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto*, cit., pp. 570-575.

<sup>49</sup> Sul dibattito in tema si veda E. Stradella, *Il controllo del Presidente della Repubblica sulla decretazione d'urgenza: fondamenti e prassi alla prova della crisi*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2016.

<sup>50</sup> Si veda Corte cost., s. n. 22/2012.

DPCM si pone invece su un fronte totalmente opposto in quanto, per la sua natura meramente amministrativa, sebbene con effetti regolamentari di carattere generale, sfugge a una qualsivoglia verifica da parte del Presidente della Repubblica, del Parlamento e della Corte costituzionale, predisponendosi per esso solamente un controllo preventivo di legittimità da parte della Corte dei conti ai sensi della legge n. 340/2000 e un controllo successivo, in sede di eventuale ricorso, da parte del giudice amministrativo. Il cortocircuito istituzionale parrebbe essersi realizzato pertanto non solo sul piano del sistema delle fonti, come si è tentato di argomentare, ma anche in merito ai controlli cui eventualmente i DPCM adottati tra 4 marzo all'11 marzo 2020 avrebbero, *rectius*, non avrebbero potuto essere soggetti, nonostante le importanti limitazioni di libertà costituzionalmente garantite da essi perpetrate.

In base a quanto complessivamente sostenuto sino ad ora, un'altra freccia necessita di essere brevemente estratta dalla faretra relativamente all'interrogativo, a tratti forse provocatorio, circa l'eventualità che questo uso dei DDPCM, le cui criticità si è tentato di fare qui emergere, possa essere inserito all'interno di un discorso più ampio relativo alle *tensioni* che ormai da decenni interessano la forma di governo parlamentare italiana.

La premessa da cui è imprescindibilmente necessario partire è la constatazione che il fenomeno del COVID-19 ha rappresentato e rappresenta ancora oggi un'emergenza nazionale senza precedenti nella storia della Repubblica, e come tale ha messo alla prova in modo parimenti rilevante tanto lo Stato-comunità quanto lo Stato-apparato. Tuttavia, quanto è emerso, dal punto di vista delle dinamiche istituzionali relative al limitato lasso di tempo in tale sede preso in esame, è stato sicuramente un netto prevalere del potere esecutivo, e ancor più, per il tramite dei DPCM, della figura del Presidente del Consiglio dei ministri nella gestione dell'emergenza. Se da un lato infatti il decreto-legge è un atto imputabile unitariamente al Governo inteso come organo collegiale in cui il Presidente del Consiglio assolve un ruolo di carattere direttivo e di coordinamento, il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri è un atto a forte caratterizzazione monocratica e dal peso politico maggiore rispetto al decreto ministeriale di un qualsiasi altro ministro, dato che il soggetto da cui promana è proprio il c. d. *primus inter pares* titolare del potere di direzione della politica generale del Governo.

Può risultare interessante chiedersi se questa particolare dinamica dei ruoli, pur collocandosi e dunque giustificandosi all'interno di un contesto *sui generis* come quello

emergenziale, possa essere un *tassello* inserito in un fenomeno più grande di transizione intrasistemica che procede nella direzione di una presidenzializzazione della nostra forma di governo<sup>51</sup>. Procedendo ad una breve analisi degli elementi spia di tale fenomeno, va chiarito che essi si inseriscono all'interno di un arco temporale più che ventennale rinveniente uno dei suoi esempi più risalenti nella pratica della c. d. reiterazione dei decreti-legge non convertiti (pratica poi sanzionata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 360/1996)<sup>52</sup>, o ancora nella elaborazione di leggi elettorali fortemente selettive, in particolare durante gli anni novanta, funzionali alla costituzione di una forma di governo parlamentare maggioritaria, incline ad attribuire al Governo e al suo Primo ministro un ruolo sostanzialmente direttivo dei lavori e del funzionamento del Parlamento<sup>53</sup>. A questi due elementi appena menzionati possono indubbiamente aggiungersi poi determinati mutamenti definibili *ambientali*: in particolare il sempre più alto valore ricoperto dalla politica estera e la crisi dei partiti di massa. Quanto al primo, va chiarito come si assista oggi ad un sostanziale spostamento del baricentro dei processi politico-decisionali fuori dai confini nazionali, determinando così l'espansione del campo di azione del potere esecutivo, individuato tradizionalmente come soggetto protagonista, nella persona del suo vertice, in ambito internazionale e sovranazionale. Riguardo il secondo, va fatto riferimento al processo di trasformazione dei partiti politici, oggi definiti *post-ideologici* o *liquidi* in quanto sganciati da un'identità ideologica precisa e bensì spesso legati da un rapporto quasi *viscerale* con la figura del *leader*, indicato dal partito stesso come possibile guida della compagine governativa ed a ciò legittimato da una sorta di investitura popolare diretta, scevra da un'interposizione partitica<sup>54</sup>. Tutti questi fattori elencati, che invero potrebbero potenzialmente orientare l'interprete a considerare alquanto verosimile l'attuale configurarsi di un processo di presidenzializzazione della nostra forma di governo, sebbene

---

<sup>51</sup> M. Calamo Specchia, *Dalle transizioni intersistemiche alle transizioni intrasistemiche: verso una osmosi classificatoria dei sistemi parlamentari e dei sistemi presidenziali?*, in *Studi in onore di Giuseppe de Vergottini*, Tomo 2, Assago, Wolters Kluwer, 2015, p. 1012 ss. Si veda altresì I. Ciolli, *La questione del vertice di Palazzo Chigi. Il presidente del Consiglio nella Costituzione repubblicana*, Napoli, Jovene, 2018. Sui processi di concentrazione monocratica del potere di governo, anche nei Paesi a governo parlamentare, si legga comparativamente, in Italia, A. Di Giovine e A. Mastromarino (a cura di), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Torino, Giappichelli, 2008. Sull'adeguamento a tale dinamica del partito e del sistema politico, sempre da noi, M. Calise, *Il partito personale. I due corpi del leader*, Roma – Bari, Laterza, 2010 e *La democrazia del Leader*, ivi, 2016.

<sup>52</sup> G. U. Rescigno, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, Zanichelli, 2017, p. 244.

<sup>53</sup> M. Calamo Specchia, *Principio di legalità*, cit., p. 24.

<sup>54</sup> A. Di Giovine, A. Algostino, F. Longo e A. Mastromarino, *Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Milano, Mondadori, 2017, p. 224 ss.

siano stati qui colpevolmente solo passati in rassegna, aiutano tuttavia in questa sede a comprendere come il fenomeno di produzione normativa a questo punto definibile *surrettiziamente* di rango primario realizzato per mezzo dei DPCM nell'emergenza COVID-19 possa dirsi una manifestazione, seppur estrema, di una neanche troppo latente tendenza tutta italiana al travalicamento degli equilibri istituzionali saggiamente delineati dalla Carta costituzionale. Tendenza rispetto alla quale il giurista deve necessariamente porsi come attento osservatore soprattutto nell'ipotesi in cui, come nel caso di specie, essa coinvolga il principio di separazione dei poteri e la garanzia dei diritti, perno del moderno costituzionalismo.

#### 4. Conclusioni.

Il fenomeno pandemico occorso ha comportato e comporterà ancora nel nostro Paese dei rilevanti risvolti sanitari ed economico-sociali ancora difficili da stimare, data la situazione in progressivo divenire. Tuttavia, anche da un punto di vista giuridico-istituzionale esso ha evidenziato alcune fragilità e contraddizioni interne al nostro sistema, dinanzi alle quali però il dibattito pubblico non è rimasto totalmente passivo. Si sono inoltre registrati, nel momento in cui si scrive, tendenziali mutamenti nell'uso dello strumentario giuridico per affrontare l'emergenza da parte della compagine governativa e questo va letto sicuramente con particolare favore<sup>55</sup>.

In definitiva, il contesto emergenziale della cui gestione le istituzioni italiane sono protagoniste può costituire da un lato, mediante la ferma attribuzione al Parlamento dell'esclusiva titolarità, seppure eventualmente *ex post*, del potere derogatorio in materia di diritti di libertà, la sede appropriata per implementare l'effettivo rendimento del sistema di *checks and balances*, meticolosamente disegnato dalla nostra Costituzione e tuttavia spesso disatteso nel suo svolgimento concreto ad opera della compagine politica; e dall'altro lato, guardando con le dovute precauzioni le argomentazioni di chi legge in

---

<sup>55</sup> Si pensi, in ordine cronologico inverso, all'emanazione del decreto-legge n. 34 del 19/05/2020 o ancora all'emanazione del decreto-legge n. 19 del 25/03/2020 il cui testo non contiene più una clausola "in bianco" ma un elenco molto articolato di misure restrittive adottabili mediante DPCM. Sul punto L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza*, cit., p. 36 e *Coronavirus, la normativa vigente* in [www.governo.it](http://www.governo.it).

chiave dualista l'articolarsi del principio di separazione dei poteri<sup>56</sup>, l'opportunità per un miglioramento della collaborazione e del dialogo tra i diversi organi costituzionali.

Lungi da chi scrive negare l'oggettiva ambiziosità della sfida che si propone, l'auspicio in tal senso è che si possano comunque realizzare in maniera sempre più compiuta quei meccanismi di coinvolgimento e concertazione tra Governo e Parlamento nel suo assieme (ossia in costruttivo dialogo con le opposizioni) che, soprattutto in un momento di emergenza nazionale come questo, necessitano di essere accuratamente implementati, accogliendo i moniti in tal senso del Presidente della Repubblica. Un Governo che coniughi dunque immediatezza di intervento e coinvolgimento degli altri attori istituzionali, e un Parlamento, in particolare le opposizioni, in grado di mettere in atto un'azione che sia realmente costruttiva, costituirebbero infatti l'occasione per misurare l'effettivo grado di maturità e di cultura democratica del nostro sistema politico.

**Abstract:** Muovendo da una breve ricostruzione in chiave evoluzionistica del concetto di costituzionalismo moderno nei suoi tratti fondamentali, il presente saggio si concentra sulla definizione del concetto di *stato di crisi*, valutandone gli effetti potenzialmente derogatori sui principi di separazione dei poteri e di garanzia dei diritti. A questo proposito si analizzano le eventuali conseguenze di ordine giuridico-sistematico relativamente all'uso di poteri normativi eccezionali per la gestione dell'emergenza COVID-19 nel contesto ordinamentale italiano, valutandone i possibili risvolti in un'ottica di transizione intrasistemica della forma di governo parlamentare.

**Abstract:** Starting from a brief evolutionary analysis of the concept of modern constitutionalism in its fundamental features, the present essay focuses on the definition of the concept of *crisis government* assessing its potentially derogatory effects on the principles of separation of powers and guarantee of rights. In this respect, it is to be analyzed the possible legal and systematic consequences of the use of extraordinary regulatory powers in order to deal with Covid-19 emergency in the Italian legal context, considering the possible implications in a prospective of constitutional transition of the

---

<sup>56</sup> Il tema è molto complesso; *ex plurimis*, L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, Paris, Sirey, 1924, pp. 643-644; nella dottrina italiana si veda almeno la sintesi che ne offre E. Grosso *Francia*, in P. Carrozza, A. Di Giovine e G.F. Ferrari, *Diritto costituzionale comparato*, Roma – Bari, Laterza, 2009, p. 158 ss.

parliamentary system of government.

**Parole chiave:** emergenza sanitaria – stato di crisi – diritti fondamentali – forma di governo  
– transizione costituzionale.

**Key words:** health emergency – crisis government – fundamental rights – system of  
government – constitutional transition.