

Roberto Romboli

L'incidenza della pandemia da coronavirus nel sistema costituzionale italiano

**Conversazioni sul lavoro dedicate
a Giuseppe Pera dai suoi allievi**

Virus, stato di eccezione e scelte tragiche.

Le politiche del lavoro, economiche e sociali e la tutela dei diritti fondamentali nei tempi incerti dell'emergenza sanitaria e della crisi.

La costruzione di un nuovo diritto del lavoro.

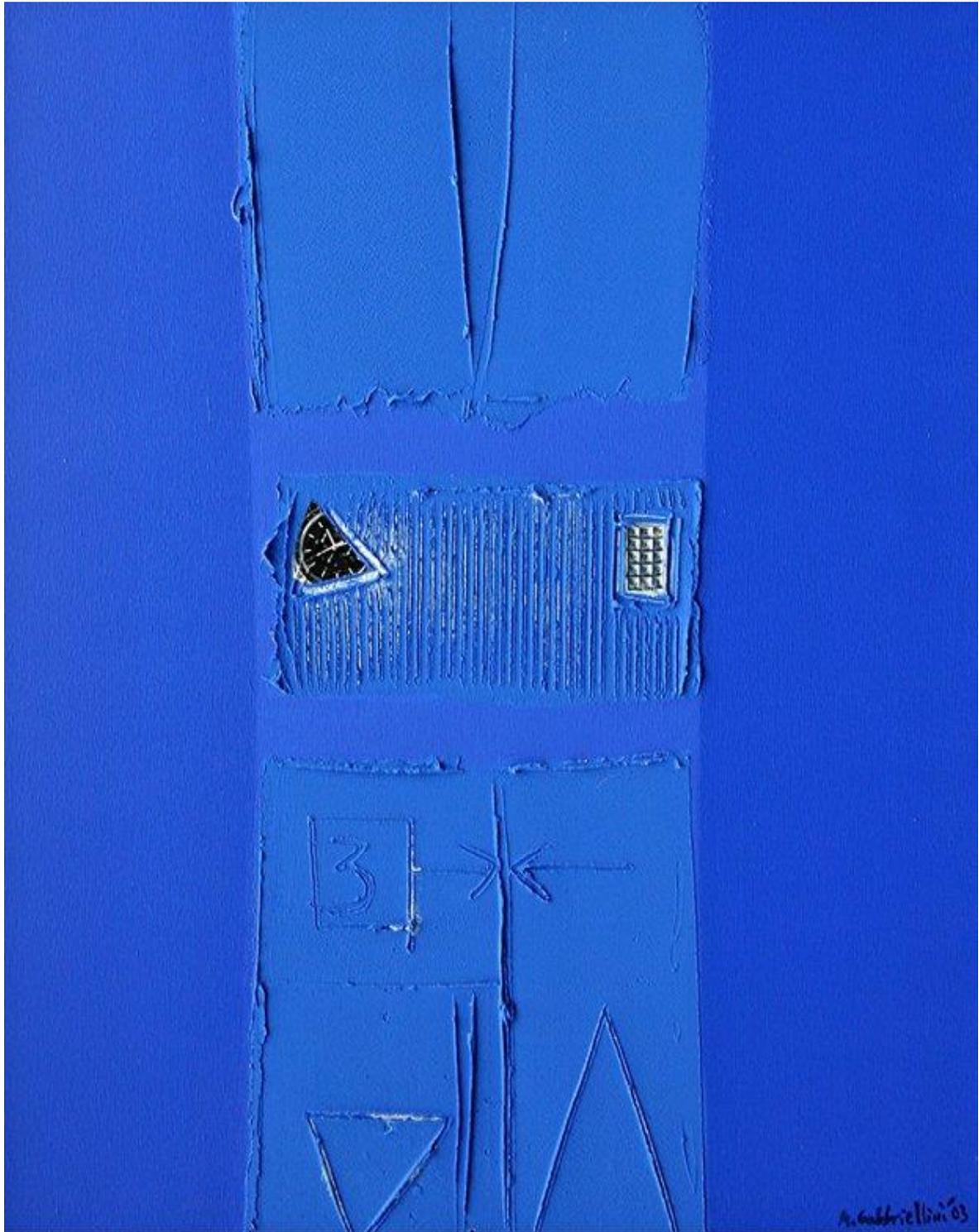
Conversazioni sul lavoro a distanza

da agosto 2020 a marzo 2021

promosse e coordinate da **Vincenzo Antonio Poso**

Gruppo delle Conversazioni sul lavoro del Convento di San Cerbone





Andrea Gabriellini, *Spazio/Tempo*, 2003 (Ciclo Frantumazioni)

Roberto Romboli

L'incidenza della pandemia da coronavirus nel sistema costituzionale italiano

aggiornato al 5 ottobre 2020

* Il presente saggio, già pubblicato in Consulta Online, n. 3 del 2020, è destinato ad essere pubblicato nel volume *"La crisis del parlamentarismo en nuestra democracia constitucional"*, a cura di M. ARAGON REYS, J. RAMON COSSIO e L. FELIPE NAVA, Città del Messico.

SOMMARIO: **1.** Premessa. – **2.** Il quadro normativo: le disposizioni costituzionali ed il codice di protezione civile. – **3.** La dichiarazione di emergenza nazionale e la normativa emergenziale per il Covid-19: i quattro decreti legge “originari”. – **4.** Il fondamento e la legittimazione della normativa emergenziale nella Costituzione o nelle ragioni di eccezione. Le proposte di revisione costituzionale. – **5.** L’incidenza della pandemia sul sistema delle fonti del diritto: le due distinte “catene” normative. L’utilizzo del decreto legge: la presenza di alcune anomalie rispetto al modello costituzionale ed alla prassi. I decreti legge “di delega” ed il rispetto del principio di legalità e delle riserve di legge. Lo strumento del decreto del presidente del consiglio dei ministri (dpcm). – **6.** L’incidenza della pandemia sulla forma di governo: il protagonismo e l’accentramento dei poteri nell’esecutivo e la posizione defilata e silente del parlamento. Le difficoltà per un regolare funzionamento delle camere: le soluzioni sperimentate e le ipotesi di riforma. Le sedute e le votazioni per via telematica. – **7.** L’incidenza della pandemia sui procedimenti giurisdizionali e le loro modalità di svolgimento. I decreti presidenziali per lo svolgimento dei giudizi davanti alla Corte costituzionale durante l’emergenza da Covid-19. Le misure legislative relative ai procedimenti davanti ai giudici comuni: le camere di consiglio e le udienze telematiche. – **8.** L’incidenza della pandemia sui rapporti tra stato centrale ed autonomie territoriali: la ripartizione della competenza in materia di sanità e di protezione civile ed il principio di leale collaborazione. Il potere di ordinanza dei presidenti delle giunte regionali e dei sindaci: alcune ordinanze “ribelli”. – **9.** L’incidenza della pandemia sui diritti fondamentali: il principio di proporzionalità e ragionevolezza e l’attività di bilanciamento tra i diversi diritti costituzionalmente garantiti, la collocazione del diritto alla salute tra gli altri diritti. L’incidenza della scienza e della posizione dei comitati scientifici sulle scelte del legislatore. Sintesi dei problemi relativi ad alcuni diritti maggiormente coinvolti: la libertà di circolazione, il diritto alla salute, la libertà religiosa e di culto, il diritto all’istruzione e l’istruzione universitaria, il diritto di difesa, il diritto alla riservatezza, il diritto di voto, la condizione femminile, i diritti degli stranieri, i diritti dei detenuti.

1. Premessa.

La esposizione dei provvedimenti normativi adottati in Italia per fronteggiare l’emergenza sanitaria da Covid-19 e dei conseguenti problemi che si sono posti rispetto ai principi costituzionali, non si rileva affatto semplice per diverse concomitanti ragioni: la enorme quantità di atti normativi approvati

in maniera alluvionale, di differente tipologia ed efficacia, che ha determinato una grande difficoltà nel riordino e l'armonizzazione; la incertezza delle situazioni di fatto che si andavano a regolare, in continuo mutamento e dipendenti dalle risultanze dei bollettini medici e dei comunicati del comitato tecnico scientifico; la quantità, pure essa quasi incredibile, dei commenti da parte della dottrina costituzionalistica, favorita forse anche dall'obbligo di stare in casa; la necessità, nel porre i problemi costituzionali emersi in questi mesi, di rapportarsi alla condizione di partenza, vale a dire lo stato delle istituzioni ed il grado di tutela dei diritti. Per restare alla materia oggetto di questo scritto, è risultato di palmare evidenza come le conseguenze del virus siano state diverse a seconda che abbiano colpito persone perfettamente sane oppure affette da altre malattie, anche gravi. Lo stesso credo possa valere anche per la incidenza della pandemia su diritti e istituzioni previsti dalla Costituzione.

La destinazione del lavoro ad un lettore non italiano, consiglia di iniziare con una sintetica ricostruzione della normativa, partendo dal quadro costituzionale e legislativo entro il quale essa è andata ad inserirsi, per poi esporre, nella successione cronologica i passaggi più rilevanti.

Riguardo poi ai problemi costituzionali che tale disciplina ha posto, e continua a porre, lo scritto affronterà, nei limiti di spazio consentiti: a) il fondamento e la incidenza sul sistema delle fonti del diritto; b) la forma di governo, in particolare il rapporto tra parlamento e governo; c) il potere giudiziario ed i procedimenti a carattere giurisdizionale; d) la forma di stato, con riguardo alle relazioni tra stato centrale e autonomie territoriali; e) i diritti fondamentali maggiormente coinvolti.

2. Il quadro normativo: le disposizioni costituzionali ed il codice di protezione civile.

La Costituzione italiana non contiene, a differenza di altre esperienze a noi vicine, una disciplina espressa dello stato di emergenza o di eccezione e questa, come da molti ricordato, non fu una dimenticanza, dal momento che l'argomento fu espressamente affrontato in Assemblea costituente e scartato, ad evitare che potesse ripetersi quanto accaduto Costituzione di Weimar, il cui art. 48 favorì la svolta autoritaria. Tale disposizione riconosceva al presidente del Reich il potere di prendere "le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, quanto essi siano turbati o minacciati in modo rilevante" e sospendere l'efficacia dei diritti fondamentali previsti dalla Costituzione.

Questo non significa che la Costituzione non abbia pensato alla possibilità che venga a crearsi una situazione di emergenza, ma si limita a farvi riferimento attraverso specifiche previsioni o singoli istituti.

In particolare è riconosciuta la possibilità di accertamenti e ispezioni nel proprio domicilio (definito espressamente come "inviolabile") regolati dalla legge "per motivi di sanità e di incolumità pubblica (art. 14.2), di limitare la libertà di circolazione" per motivi di sanità e di sicurezza" (art. 16.1), la libertà di riunione "per comprovati motivi di sicurezza e di incolumità pubblica" (art. 17.3), mentre la libertà di iniziativa economica privata non può svolgersi in modo da "recare danno alla sicurezza" (art. 41.2). Uno strumento espressamente previsto per le emergenze è poi il decreto legge che il governo può, "in casi straordinari di necessità ed urgenza", approvare in luogo della legge parlamentare e senza alcun limite di materia. Il decreto, del quale il governo assume la responsabilità politica, deve essere convertito in legge dal parlamento nel termine perentorio di sessanta giorni, altrimenti esso decade con effetti retroattivi (art. 77.2 e 3).

Una diversa situazione straordinaria che viene presa in considerazione dalla Costituzione è quella dello stato di guerra. Si stabilisce infatti che "le camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono al governo i poteri necessari" art. 78). Anche in questo caso, del tutto eccezionale ("l'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa agli altri popoli", art. 11), i poteri riconosciuti al governo sono quindi solo quelli "necessari" e non "pieni ed assoluti".

Con riguardo alla vicenda Covid-19 una parte della dottrina ⁽¹⁾ ha ritenuto possibile una lettura estensiva della disposizione costituzionale oltre il caso della guerra e quindi la possibilità di utilizzare la medesima procedura anche per le misure contro la pandemia. La posizione assolutamente dominante è stata invece in senso contrario a tale possibilità, sottolineando come il riferimento ad una situazione di guerra può essere corretto se utilizzato in senso generico o giornalistico ad evidenziare la gravità del momento, mentre lo stesso risulta sicuramente improprio per un ragionamento giuridico formale, essendo assolutamente chiaro il significato della parola utilizzata dal Costituente e non suscettibile di una interpretazione estensiva.

Nella legislazione ordinaria da ricordare, per la incidenza sulla normativa in esame, la disciplina delle attività di protezione civile (d. leg. 2 gennaio 2018, n. 1; codice di protezione civile).

Per quanto di interesse, essa distingue tre tipi di eventi emergenziali, a seconda che a) siano fronteggiabili mediante interventi attuabili dai singoli enti e amministrazioni competenti in via ordinaria; b) comportino l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni ed il ricorso a mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo; c) riguardino emergenze di livello nazionale che debbano essere affrontati con immediatezza e con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo (art. 7).

Nel caso *sub c)*, il consiglio dei ministri delibera lo stato di emergenza di rilievo nazionale, di durata non superiore ai dodici mesi prorogabile per non più di ulteriori dodici mesi, fissandone la durata, determinando l'estensione territoriale ed autorizzando le ordinanze di protezione civile (art. 24). Queste ultime sono adottate "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. Ove esse rechino deroghe delle leggi vigenti, devono contenere l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare e devono essere specificamente motivate".

3. La dichiarazione di emergenza nazionale e la normativa emergenziale per il Covid-19: i quattro decreti legge "originari".

Il fenomeno del Covid-19 appare in Italia alla fine del mese di gennaio allorchè si riscontra il caso di due turisti cinesi che, sulla base dei sintomi manifestati, vengono ricoverati presso l'ospedale Spallanzani di Roma e riscontrati affetti dal virus.

Il primo provvedimento è una ordinanza del ministro della salute del 30 gennaio che, con validità 90 giorni, ha sospeso i voli da e per la Cina, altre misure sono state prese per agevolare il rientro di italiani dalla Cina.

Il giorno successivo il consiglio dei ministri ha dichiarato lo stato di emergenza, ai sensi del ricordato art. 7.1, lett. c), d.leg. 1/2018. La delibera del consiglio dei ministri ricorda la dichiarazione di emergenza internazionale della organizzazione mondiale della sanità (Oms) per il coronavirus e la necessità di provvedere tempestivamente a porre in essere tutte le iniziative di carattere straordinario per combattere la diffusione, visto che la situazione di emergenza non è fronteggiabile con mezzi ordinari. Lo stato di emergenza è dichiarato per sei mesi, con i poteri riconosciuti dall'art. 25 d. leg. 1/2018 sopra richiamato.

A partire dalla seconda metà di febbraio si verificano i primi casi di infezione di cittadini italiani residenti in Lombardia, a partire dal caso del paese di Codogno e poi anche le grandi città di Milano, Bergamo e Brescia. Un altro focolaio è individuato nella regione Veneto, nella comunità di Vò Euganeo, dove si registra il primo caso di morte da Covid-19 che determina la creazione di una "zona rossa" e della quarantena dell'intera popolazione. In breve tempo l'espansione del contagio è tale che

¹ Cfr. A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem?*, Mucchi editore, Modena, 2020, 53 ss.; F. TORRE, *Il carattere bidirezionale del principio di sussidiarietà alla prova dell'emergenza da Coronavirus*, in *Diritti regionali*, 22 aprile 2020, n. 1/2020.

L'Italia è il primo paese in Europa a dover affrontare l'emergenza Covid e, a livello internazionale, viene indicata in alcuni casi come il luogo da cui è partito il virus.

La normativa si articola, come detto, in una pluralità di atti normativi primari: decreti legge, poi convertiti in legge e secondari: decreti del presidente del consiglio dei ministri (da adesso dpcm), ordinanze ministeriali e della protezione civile; ordinanze delle regioni e dei sindaci di comuni, delle quali, *infra*, par. 8)

Tentando una sistematizzazione, occorre innanzi tutto distinguere i decreti legge "originari", sui quali si fondano le altre fonti "derivate", rispetto ai molti altri decreti legge approvati in questi mesi che, seppure sempre motivati dalla pandemia, hanno invece un contenuto specifico, pur se in alcuni casi di enorme importanza per il paese.

I decreti del primo tipo sono stati fino ad oggi quattro, mentre assai più elevato è il numero delle fonti "derivate" e di attuazione, tra le quali principalmente i dpcm.

Il primo d.l. (23 febbraio 2020, n. 6), contiene misure urgenti per evitare la diffusione del Covid-19, facendo un elenco non tassativo di possibili misure (in tutto quindici), tra cui ad esempio il divieto di allontanamento dal comune o dall'area interessata o di accesso agli stessi; la sospensione di manifestazioni in luogo pubblico, dei servizi educativi per l'infanzia e per le scuole di ogni ordine e grado, dei servizi di apertura di musei, dei viaggi di istruzione, delle procedure di assunzione di personale; la previsione di quarantena per persone a rischio o risultate positive; la chiusura delle attività commerciali, escluse quelle di prima necessità e degli uffici pubblici; la sospensione delle attività lavorative per le imprese e gli enti pubblici, salvo eccezioni.

L'elenco è meramente indicativo in quanto è previsto che "le autorità competenti" sono tenute ad adottare "ogni misura di contenimento e gestione" richiedendo però che la stessa sia "adeguata e "proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica".

E' previsto che le suddette misure siano adottate attraverso dpcm: è questo pertanto il fondamento di questo strumento che assumerà un ruolo assolutamente centrale per la disciplina della emergenza sanitaria in Italia.

In attesa dell'adozione dei decreti e per casi di "estrema necessità ed urgenza" le misure suddette possono essere prese anche a livello locale.

L'ambito territoriale delle misure è limitato a determinati comuni ed aree (dove risulti positiva almeno una persona o un caso di contagio), mentre il mancato rispetto delle stesse è penalmente sanzionato.

Il secondo (d.l. 25 marzo 2020, n. 19) introduce modifiche importanti al primo, che possono essere così sintetizzate: a) il riferimento stavolta è a "specifiche parti del territorio nazionale", ma anche alla "totalità di esso"; b) viene puntualizzato che le misure prese hanno una durata non superiore a trenta giorni, seppure reiterabili; c) viene eliminato il generico riferimento alle "autorità competenti" ed ai loro poteri; d) l'elenco delle misure diviene tassativo (e non più esemplificativo) e viene ampliato (i casi previsti passano infatti da 15 a 29); e) vengono fatti salvi gli effetti prodotti e gli atti adottati sulla base dei decreti e delle ordinanze emanati ai sensi del precedente d.l.; f) le sanzioni penali sono trasformate in sanzioni amministrative, tranne per il caso della trasgressione all'obbligo di quarantena.

Le misure sono state predisposte principalmente attraverso dpcm, quasi sempre presentati in conferenze stampa, o anche decreti del ministro della salute.

Ad inizio di marzo è stata creata, con dpcm, un'unica area comprendente il territorio della Lombardia e di altre 14 province (5 dell'Emilia-Romagna, 5 del Piemonte, 3 del Veneto e 1 delle Marche), nella quale è stata prevista l'applicazione di misure rafforzate di contenimento dell'infezione alla luce dello sviluppo della epidemia..

Le misure hanno riguardato la restrizione degli spostamenti, la sospensione delle attività di ristorazione e dei bar, delle attività commerciali, medie e grandi strutture di vendita con prescrizioni per l'accesso ai supermercati, dei servizi educativi, dei musei ed istituti di cultura, del trasporto pubblico, delle attività produttive ed industriali, degli eventi e competizioni sportive, dei luoghi di culto, dei concorsi pubblici e privati, delle cerimonie, manifestazioni e spettacoli.

Per gli spostamenti in particolare è stato fatto divieto a tutte le persone fisiche di spostarsi o trasferirsi, obbligandole a rimanere in casa (“tutti a casa”), salvo che a) per comprovate esigenze lavorative, b) assoluta urgenza; c) situazioni di necessità; d) motivi di salute. Ogni persona che intendeva uscire di casa è stata quindi invitata, pena sanzione amministrativa, a munirsi di un documento (curiosamente definito “autodichiarazione”, anziché “dichiarazione” o “autocertificazione”) dove, insieme alle generalità si doveva dichiarare di non essere sottoposto a misure di quarantena, di essere a conoscenza della normativa in materia, di seguire un determinato percorso (da via ... a via...) e di indicare quale dei quattro motivi sopra indicati ricorreva nella specie. Ampio dibattito, anche per le differenti soluzioni indicate a livello regionale o comunale, ha suscitato la possibilità di brevi spostamenti per svolgere attività motoria in prossimità della propria abitazione, in ragione della esatta individuazione della distanza percorribile ed il distanziamento da tenere rispetto ad eventuali compagni di passeggiata.

Con il terzo (d.l. 16 maggio 2020, n. 33), in considerazione del miglioramento della situazione sanitaria, viene stabilita la cessazione di tutte le misure limitative della circolazione nell’ambito del territorio regionale e, a partire dal 3 giugno, anche a livello nazionale. Viene riconosciuta, rispettando una serie di limiti di sicurezza tali da impedire assembramenti, la possibilità di riunioni, funzioni religiose, attività didattiche.

Il quarto (d.l. 30 luglio 2020, n. 83) ha provveduto a prorogare lo stato di emergenza per ulteriori due mesi e mezzo (dal 31 luglio al 15 settembre). Questa misura è stata giustificata nella considerazione che la curva dei contagi in Italia, pur ridotta rispetto ai mesi precedenti, dimostra che persiste una diffusione del virus che provoca focolai anche di dimensioni rilevanti, e che sussistono pertanto le condizioni oggettive per il mantenimento delle disposizioni emergenziali e urgenti dirette a contenere la diffusione del virus.

4. Il fondamento e la legittimazione della normativa emergenziale nella Costituzione o nelle ragioni di eccezione. Le proposte di revisione costituzionale.

Data l’assenza di una specifica disciplina costituzionale dell’emergenza, un primo problema che si è posto è stato quello di individuare il fondamento della disciplina emergenziale sopra sommariamente ricordata: se essa trovi la sua legittimazione nella Costituzione e nei suoi principi oppure se vada ricercata altrove.

In proposito Zagrebelsky⁽²⁾ ha distinto tra una situazione di “emergenza” ed una di “eccezione”, sottolineando come la prima abbia carattere conservativo e vi si ricorra per tornare quanto prima alla normalità attraverso poteri riconosciuti dalla Costituzione e calibrati sulla necessità, mentre la seconda ha carattere rinnovativo, tende ad infrangere la regola ed imporre un nuovo ordine, attraverso il riconoscimento di poteri indeterminati, liberi nei fini e nei mezzi e quindi compatibili con i pieni poteri. Quella che stiamo attraversando sarebbe quindi una situazione del primo tipo e non, come rileva Silvestri, uno stato di eccezione schmittiano che presuppone uno spazio vuoto e deregolato, inimmaginabile in uno stato democratico e repubblicano.

Nella dottrina si sono manifestati due contrapposti orientamenti, secondo il primo dei quali il fondamento della legislazione di emergenza starebbe fuori dalla Costituzione nella quale non troverebbe un convincente orientamento, mentre la “grande norma” legittimante sarebbe da individuare nella necessità emergenziale⁽³⁾ e nei principi “*primum vivere*” e “*salus rei publicae*”⁽⁴⁾, che porrebbero l’esigenza di interventi derogatori e sospensivi anche delle disposizioni costituzionali⁽⁵⁾. E’ stato pure sostenuto, in maniera invero assai discutibile, che il forte e forse unico denominatore

² G. ZAGREBELSKY, *La regola e l’eccezione*, in *Repubblica* 29 luglio 2020.

³ V. BALDINI, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell’emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, in *Dirittifondamentali.it*, 23 marzo 2020, fasc. 1/2020

⁴ U. RONGA, *Il governo nell’emergenza (permanente): sistema delle fonti e modello legislativo a partire dal caso Covid-19*, in *Nomos*, n. 1-2020

⁵ F. S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *Federalismi.it*, 22 aprile 2020

della legislazione emergenziale è stato la paura, sapientemente orchestrata a partire dagli ospedali congestionati ed ai camions militari che trasportano le bare, la quale ha fatto accettare palesi violazioni costituzionali ⁽⁶⁾.

Il secondo orientamento, nel quale mi riconosco, ha invece sostenuto che il fondamento può essere trovato nella Costituzione, la quale offre tutte le garanzie e gli strumenti per gestire la fase dell'emergenza, senza dover parlare di una sospensione dei diritti costituzionali. Il principio "*salus rei publicae*" è infatti ritenuto positivizzato in specifici principi costituzionali: quali quelli della unità ed indivisibilità della repubblica, del ripudio della guerra, della tutela della salute pubblica e della sicurezza, delle fonti emergenziali e dei principi supremi sottratti alla revisione costituzione (artt. 5, 7, 10, 11, 32, 77, 87, 120, 139) ⁽⁷⁾, nonché nel sistema delle fonti e dei controlli sulle stesse da questa delineato ⁽⁸⁾.

La presidente della Corte costituzionale si è mostrata dello stesso avviso sostenendo, nella recente relazione sullo stato della giustizia costituzionale, che "anche nel tempo presente, dunque, ancora una volta è la Carta costituzionale così com'è, con il suo equilibrato complesso di principi, poteri, limiti e garanzie, diritti, doveri e responsabilità a offrire alle istituzioni e ai cittadini la bussola necessaria a navigare 'per l'alto mare aperto' dell'emergenza e del dopo-emergenza che ci attende".

La limitazione dei diritti fondamentali può quindi avvenire nel quadro dei principi costituzionali e con le garanzie da questi stabilite, per cui nel rispetto di alcuni requisiti, quali a) la temporaneità della legislazione, b) la sua proporzionalità e ragionevolezza rispetto ai fatti da regolare ed allo sviluppo della epidemia, c) il rispetto del principio della separazione dei poteri, specie nei rapporti tra governo e parlamento ⁽⁹⁾.

La verifica della osservanza dei principi costituzionali trova un importante banco di prova nel rispetto, da parte della normativa emergenziale, del principio di legalità e delle riserve di legge fissate dalla Costituzione a garanzia dei diritti fondamentali. Cosa che vedremo esaminando in particolare l'utilizzo degli strumenti del decreto legge e del dpcm.

Prima di ciò mi pare opportuno ricordare le proposte, avanzate in sede politica e dottrina, di procedere ad una revisione costituzionale, sul presupposto ovviamente che la nostra Costituzione non contenga principi e regole tali da affrontare adeguatamente una situazione di emergenza.

Sul piano politico esponenti del partito "Italia viva" hanno proposto di introdurre in Costituzione lo "stato di emergenza nazionale", prevedendo una procedura straordinaria per l'adozione dei provvedimenti necessari. Lo stato di emergenza dovrebbe essere approvato con voto favorevole dei due terzi dei presenti di ciascuna camera ed è prevista la istituzione di una commissione parlamentare comune cui affidare la funzione legislativa.

La dottrina si è principalmente espressa in senso contrario alla necessità di una apposita modifica della Costituzione, a maggior ragione se mossa dalla specifica situazione del momento, mentre alcuni hanno parlato di una vera necessità di approvare una disciplina costituzionale dell'emergenza, in maniera tale da stabilire controlli, condizioni, limiti ed effetti della normativa emergenziale. In specifico è stata sostenuto che non dotarsi di una chiara disciplina costituzionale per i periodi di emergenza è un rischio che non possiamo e non dobbiamo correre ed è stata quindi indicata la necessità di puntare sul ruolo forte del Capo dello stato a difesa della democrazia parlamentare ⁽¹⁰⁾.

⁶ F. RESCIGNO, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, in *Osservatorio costituzionale*, Riv. Aic, 19 maggio 2020, fasc. 3/2020

⁷ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020: M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del Covid-19*, in *Osservatorio costituzionale*, Riv. AIC, 28 aprile 2020, fasc. 3/2020.

⁸ A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in Riv. Aic, 11 giugno 2020, 2/2020; S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in Riv. AIC, 11 giugno 2020, fasc. 2/2020

⁹ A. ALGOSTINO, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in *Osservatorio costituzionale*, Riv. AIC, 21 aprile 2020, fasc. 3/2020

¹⁰ A. RUGGERI, *Il Coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consultaonline*, 6 aprile 2020, fasc. 1/2020.

5. L'incidenza della pandemia sul sistema delle fonti del diritto: le due distinte "catene" normative. L'utilizzo del decreto legge: la presenza di alcune anomalie rispetto al modello costituzionale ed alla prassi. I decreti legge "di delega" ed il rispetto del principio di legalità e delle riserve di legge. Lo strumento del decreto del presidente del consiglio dei ministri (dpcm).

La normativa emergenziale si è sviluppata attraverso due distinte "catene" o "filieri", ordinate in maniera differente, seppure collegata, e con limiti diversi per l'autorità competente a pronunciare l'atto finale della catena⁽¹¹⁾. Non sempre questo elemento è stato opportunamente colto dai commentatori, con il risultato che parte della dottrina, nella ricostruzione della normativa, ha finito per confonderli o non tenerli adeguatamente separati.

La prima linea è quella che, partendo ovviamente dalla Costituzione, trova l'atto normativo primario nel d. lgt. 1/2018 che contiene il c.d. codice della protezione civile, attuato attraverso la ricordata delibera del consiglio dei ministri contenente la dichiarazione dello stato di emergenza. In questo caso che per l'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza, è previsto che si provveda attraverso ordinanze emanate dal Capo del dipartimento della protezione civile, in deroga ad ogni disposizione di legge e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico.

La seconda linea è quella che, sempre sulla base della Costituzione, vede l'atto normativo primario nel decreto legge, ai sensi dell'art. 77 Cost., il quale, prescindendo totalmente dalla suddetta normativa relativa alla protezione civile, stabilisce che le misure di contenimento e gestione per evitare la diffusione del Covid 19, sono adottate "con uno o più decreti del presidente del consiglio dei ministri" ed eseguite dal prefetto avvalendosi delle forze di polizia e, ove occorra, delle forze armate. E' prevista altresì la competenza di non meglio specificate "autorità competenti" ad adottare "ogni misura di contenimento adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica".

E' sulla base di questa seconda linea, che prescinde del tutto dalla prima, che è stata approvata la maggior parte della normativa emergenziale e senza dubbio quella che ha suscitato le maggiori discussioni nell'ambito della dottrina costituzionalista. Mi riferisco alla approvazione di una serie di decreti legge e dei conseguenti dpcm.

Per quanto riguarda i primi, Gaetano Silvestri⁽¹²⁾ ha scritto che il decreto legge è all'evidenza lo strumento normativo più idoneo, quasi naturale, per regolare una situazione di emergenza, stante la sua immediatezza fondata appunto sulle ragioni di necessità ed urgenza, ma che esso oggi ci appare troppo "lento".

La ragione di ciò non risiede però nel carattere dell'istituto per come era stato pensato dai Costituenti, bensì dalla sua attuazione che ha finito per snaturarne i caratteri basilari. Vediamo di farne in sintesi una brevissima ricostruzione.

Il modello costituzionale prevede che in casi straordinari di necessità e di urgenza la competenza legislativa possa essere esercitata eccezionalmente dal governo attraverso decreti legge che entrano immediatamente in vigore e che debbono essere presentati alle camere il giorno stesso perché queste possano, nel termine perentorio di sessanta giorni, convertirlo in legge. La mancata conversione nel termine previsto determina la decadenza del decreto con effetto retroattivo: giuridicamente il decreto è come se non fosse mai esistito. Questo pertanto ha natura necessariamente provvisoria, in quanto è destinato a vivere nel mondo del diritto solo sessanta giorni, successivamente o diviene legge (in caso di conversione) oppure decade.

La prassi repubblicana ha modificato alquanto il modello, facendo sì che venissero meno alcuni suoi elementi caratterizzanti.

Così per i presupposti di necessità ed urgenza, molto spesso assenti e in certi casi anche in maniera del tutto palese, senza che vi si ponesse rimedio. Si è così parlato di "alluvione di decreti legge", di

¹¹ M. CALAMO SPECCHIA, *op. cit.*; S. STAIANO, *op. cit.*

¹² G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost*. 16 giugno 2020

“abuso” della decretazione d’urgenza, di “emergenza infinita”, ma nonostante l’esistenza di possibili controlli e controllori del rispetto di quanto stabilito dall’art. 77.2 Cost., nessuno di essi ha concretamente funzionato.

Non quello del Presidente della repubblica, che ha il compito di emanare il decreto, il quale si è limitato in certi casi a qualche lettera o richiamo informale, in quanto il decreto è approvato sotto la responsabilità politica del governo, che ne deve quindi rispondere di fronte al parlamento. Quest’ultimo potrebbe esercitare il controllo in sede di conversione, ma quasi sempre in quella sede hanno prevalso ragioni di ordine sostanziale (condivisione o meno del contenuto del decreto) su quelli di ordine formale (sussistenza delle condizioni di necessità ed urgenza).

La Corte costituzionale infine per diverso tempo ha ritenuto, di fatto, impossibile il controllo dei presupposti in ragione dei tempi richiesti per il giudizio costituzionale (proposto in via incidentale) superiori a quelli di vigenza massima del decreto. Per questo la Corte ha dichiarato inammissibili le questioni sollevate perché il decreto era stato ormai convertito in legge, con effetti sananti oppure essendo decaduto per mancata conversione era venuto meno l’oggetto del giudizio. A partire dal 1995 la Corte ha ritenuto che convertire un decreto privo delle condizioni di necessità ed urgenza equivale ad un abuso del procedimento di conversione, non potendosi ammettere la conversione di un decreto incostituzionale per vizio dei presupposti costituzionali ed ha quindi aperto la possibilità di sindacare, sotto l’aspetto di tale vizio, la legge di conversione. La possibilità si è poi dimostrata più formale che reale, in quanto la Corte ha ritenuto che la semplice assenza dei presupposti di necessità ed urgenza non è tale da determinare la incostituzionalità della legge di conversione, essendo necessaria allo scopo una “evidente” mancanza. Ipotesi finora riscontrata solo due volte.

Anche il carattere di provvisorietà del decreto legge è stato aggirato dalla prassi della c.d. reiterazione dei decreti legge, secondo la quale il governo, al termine dei sessanta giorni, presentava un nuovo decreto legge con il medesimo contenuto di quello decaduto e poi un terzo, un quarto e così via, fino ad arrivare, in un caso, a diciannove decreti. La catena dei decreti veniva infine saldata con la conversione in legge dell’ultimo decreto, ottenendo così il risultato pratico di una normativa in vigore per molti mesi ed in qualche caso per anni. L’intervento della Corte costituzionale in questo caso è stato più efficace in quanto, nel 1996, ha dichiarato incostituzionale una simile prassi, consentendo la reiterazione solo allorchè il contenuto del decreto sia, almeno parzialmente, nuovo e diverso da quello del primo oppure se le condizioni di necessità ed urgenza siano nuove e sopravvenute rispetto a quelle poste a fondamento del primo decreto.

Anche il procedimento di conversione ha subito una trasformazione, in quanto lo stesso era stato previsto nel senso di porre il parlamento di fronte all’alternativa se convertire o no, nel secondo caso con l’effetto della decadenza del decreto. Nella prassi il decreto legge è stato trasformato in una sorta di disegno di legge rinforzato, con la caratteristica di entrare immediatamente in vigore, ma soggetto ad emendamenti ed integrazioni nel corso dell’iter parlamentare. Di conseguenza pressoché tutti i decreti vengono convertiti con emendamenti, in alcuni casi tali da stravolgere completamente il contenuto originario del testo approvato dal consiglio dei ministri o da introdurre elementi del tutto estranei rispetto a quello (c.d. emendamenti intrusi).

Per questo che, con riguardo alla emergenza da Covid-19, in dottrina qualcuno ha parlato di due diversi tipi di decreto legge: quello (“originale”) previsto dalla Costituzione e quello “derivato” dalla prassi repubblicana distorsiva del modello costituzionale. E’ stato sostenuto, a mio avviso assai discutibilmente, che nella sua impostazione originaria il decreto legge potrebbe derogare alle norme costituzionali, pur se allo scopo di porre “deroghe sospensive” e non produttrici quindi di effetti stabili e addirittura che simili deroghe potrebbero, seppur temporaneamente, andare contro anche ai principi fondamentali e supremi dell’ordinamento ⁽¹³⁾.

Con riguardo alla decretazione d’urgenza utilizzata nell’ambito della disciplina emergenziale in esame, credo sia necessario distinguere due tipi di decreti: a) quelli che abbiamo chiamato “originari” che hanno quindi inciso sul sistema delle fonti e b) quelli che vanno invece a regolare aspetti

¹³ F.S. MARINI, *op. cit.*

particolari, in certi casi di grande o grandissima importanza per la vita del paese e connessi alla situazione emergenziale.

I primi sono stati essenzialmente tre (d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, 25 marzo 2020, n. 19 e 16 maggio 2020, n. 33), cui si può aggiungere un quarto (30 luglio 2020, n. 83).

Molti sono quelli del secondo tipo e relativi a diversi campi e materie, così possiamo ricordare i decreti 2 marzo 2020, n. 9, contenente misure urgenti per famiglie, lavoratori e imprese; 8 marzo 2020, n. 11, sugli effetti dell'emergenza epidemiologica sullo svolgimento dell'attività giudiziaria; 9 marzo 2020, n. 14, per il potenziamento del servizio sanitario nazionale; 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. CuraItalia), misure di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese; 8 aprile 2020, n. 22, sulla regolare conclusione e l'ordinato avvio dell'anno scolastico e sullo svolgimento degli esami di stato; 8 aprile 2020, n. 23, in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali; 20 aprile 2020, n. 26, in materia di consultazioni elettorali; 30 aprile 2020, n. 28, per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, di ordinamento penitenziario, di giustizia civile, amministrativa e contabile; 10 maggio 2020 n. 29, in materia di detenzione domiciliare o differimento dell'esecuzione della pena, nonché di sostituzione della custodia cautelare in carcere con la misura degli arresti domiciliari di persone detenute o internate per delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso, terroristico e mafioso o per delitti di associazione a delinquere legati al traffico di sostanze stupefacenti; 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. decreto rilancio), in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché politiche sociali connesse all'emergenza.

Interessante riflettere sui decreti del primo tipo, allo scopo di valutare se ed in che limiti questi abbiano rispettato i principi costituzionali sulle condizioni legittimanti la decretazione d'urgenza.

Ritengo che certamente possiamo riscontare in proposito quanto meno alcune anomalie.

Potremmo, con tutte le molte ed evidenti differenze del caso, fare riferimento a quanto accadde in Italia nel periodo costituzionale provvisorio, dalla caduta del regime fascista alla fase repubblicana. Il potere legislativo non poteva essere esercitato, secondo quanto previsto dalla statuto albertino, dal parlamento in quanto una delle due camere (quella dei deputati, divenuta camera dei fasci e delle corporazioni) era stata sciolta, per cui l'unico strumento utilizzabile, data l'esistenza di un governo legittimo, era il decreto legge, regolato dalla legge fascistissima del 1926. Fu attraverso questo strumento che infatti venne approvata la c.d. prima costituzione provvisoria del 1944 che stabilì il sistema delle fonti per quel periodo così particolare, riconoscendo il potere legislativo al governo stesso che lo avrebbe esercitato attraverso decreti legislativi (che niente avevano ovviamente a che vedere con la fonte che sarà poi prevista dalla Costituzione e che il governo potrà approvare sulla base di una legge delega del parlamento).

Strumenti, quello del decreto legge e quello denominato decreto legislativo, che furono pertanto utilizzati in maniera non proprio ortodossa dal punto di vista delle regole istituzionali.

Venendo adesso alle suddette anomalie dei decreti legge "originari", una prima può essere vista a proposito del carattere "straordinario" richiesto dall'art. 77.2 Cost, a proposito del quale è stato osservato come questo sia invece divenuto uno strumento ordinario, "un uso ordinario di uno strumento straordinario" (¹⁴). Il secondo decreto legge della serie in esame porta infatti la data del 25 marzo, vale a dire appena dopo un mese dal primo (23 febbraio) e dopo che il parlamento aveva mostrato di poter intervenire, avendo fatto per convertire in legge quest'ultimo (l. 5 marzo 2020, n. 13).

Una seconda anomalia è quella di un decreto legge che contiene una sorta di delega ad altro strumento normativo (il dpcm) allo scopo di dar esecuzione a quanto stabilito dal decreto, Ciò in apparente contrasto con il carattere di immediatezza che dovrebbe caratterizzare la decretazione d'urgenza.

¹⁴ L.A. MAZZAROLLI, "Riserva di legge" e "principio di legalità" in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo "extra ordinem", con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli art. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in *Federalismi.it* 23 marzo 2020

E' stato rilevato come i dpcm non si limitano a contenere una normativa di dettaglio rispetto a norme di principio, ma addirittura demandano la loro attuazione ad atti amministrativi di autorità diverse, come il prefetto, sottolineando l'anomalia di un decreto legge "di delega" (15).

Anche sulla base di simili considerazioni è stato sostenuto che la funzione normativa dominante avrebbe dovuto essere svolta dal decreto legge (16), anche se non può essere trascurata la esigenza di doversi adattare ad una situazione in continuo movimento (17).

Un aspetto ulteriore, che è stato oggetto di discussione (18), è quello della eventuale violazione del divieto di reiterazione di cui abbiamo detto.

Se è certamente da condividere il giudizio negativo circa l'ipotesi di una reintroduzione, seppure in via eccezionale, della prassi della reiterazione (19), con riguardo ai tre decreti di questa serie credo si possa escludere il mancato rispetto delle condizioni fissate nel 1996 dalla Corte costituzionale per consentite la reitera di un decreto.

Se guardiamo infatti alla successione fra il primo (d.l. 6/2020) ed il secondo (d.l. 19/2020), si può notare innanzi tutto che il primo è già stato convertito, quindi il secondo non reitera certamente il contenuto del primo, ma al contrario viene approvato proprio allo scopo di apportarvi tutta una serie di modifiche, giustificate, come dirò tra un attimo, dalla necessità di rimediare, per quanto possibile, ad un decreto legge palesemente incostituzionale. Quindi possiamo ritenere che il contenuto del secondo sia certamente diverso da quello del primo, per cui, sotto questo aspetto, assolve ad uno dei due criteri indicati dalla Corte costituzionale.

Nella successione fra il secondo ed il terzo (d.l. 33/2020) ancora più evidente è la finalità innovativa, in quanto espressione di una parziale riapertura ed inizio della c.d. fase 2.

Dal momento che i tre decreti della serie fissano i principi, ed in parte le regole, circa l'applicazione di misure limitative di diritti fondamentali, il problema principale che si pone è all'evidenza quello del rispetto del principio di legalità e delle riserve di legge (di regola relative), previste dalla Costituzione a garanzia dei diritti fondamentali che vengono a subire una limitazione.

Certamente la riserva di legge può essere intesa non nel senso di legge formale e pertanto il decreto legge può ritenersi senz'altro tale da far ritenere rispettato il dettato costituzionale, mentre per l'altra "filiera" la fonte primaria è da indicarsi, come detto, nel codice della protezione civile.

Mentre pare pacifico che il dpcm non possa disporre in difformità a quanto stabilito nel decreto legge, il principio di legalità richiede che, pur residuando certamente un margine di discrezionalità nella scelta di certe misure, siano esattamente stabiliti i limiti e le condizioni.

Sotto questo aspetto non può non suscitare più di un dubbio il d.l. 6/2020, dal momento che esso riconosce la competenza a determinare le misure indicate (in maniera meramente esemplificativa, come mostra l'utilizzo della congiunzione "anche") nello stesso decreto, senza fissare alcun limite alle misure stesse, né di carattere temporale, né sostanziale (tranne il generico riferimento ad una "gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica").

Per questo è stata utilizzata da molti commentatori l'espressione di "foglia di fico" (20) o di "delega in bianco" in palese contrasto con quanto da tempo affermato dalla Corte costituzionale, la quale ha richiesto al legislatore che intende attribuire un simile potere di richiedere alcune condizioni tra le quali "la efficacia limitata nel tempo in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza; adeguata motivazione; efficace pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non abbia carattere individuale; conformità del provvedimento stesso ai principi dell'ordinamento giuridico" (sent. 26/1961).

Inoltre il medesimo decreto attribuisce, come ricordato, alle "autorità competenti" il potere di adottare "ogni" ed "ulteriore" misura di contenimento e gestione dell'emergenza, anche fuori dai casi

¹⁵ L.A. MAZZAROLLI, *op. cit.*

¹⁶ A. LUCARELLI, *op. cit.*

¹⁷ M. LUCIANI, *op. cit.*

¹⁸ M. LUCIANI, *op. cit.*; A. PERTICI, *Gli effetti della pandemia sull'esercizio dei poteri pubblici nella latitanza dei partiti politici*, in *Ragion pratica*, in corso di pubblicazione

¹⁹ N. LUPO, *L'attività parlamentare in tempi di coronavirus*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2/2020

²⁰ G. SILVESTRI, *op. cit.*

espressamente indicati, riconosce “nelle more dell’adozione dei dpcm” la possibilità di adottare ordinanze da parte degli organi delle regioni e dei comuni (su cui v., *infra*, par.8) “nei casi di estrema necessità ed urgenza” e fa salvi gli effetti delle ordinanze già adottate dal ministro della salute.

Il secondo decreto legge (19/2020) è stato approvato dopo appena un mese dal primo con la chiara finalità di porre riparo ad alcuni dei più evidenti elementi di incostituzionalità.

Il decreto, innanzi tutto, a differenza del primo, richiama l’art. 16 Cost. (libertà di circolazione) a voler mostrare che il ricorso alla fonte primaria è fatto allo scopo di rispettare la riserva di legge in tema di diritti fondamentali.

Le misure che possono essere adottate (“secondo i principi di adeguatezza e proporzionalità”) sono stavolta indicate, come già ricordato, in maniera tassativa (non viene ripetuto l’avverbio “anche”) e più specifica e soprattutto viene indicato un limite temporale di efficacia: periodi predeterminati di durata non superiore a trenta giorni, reiterabili.

Scompare la parte relativa alle “autorità competenti” e nelle more dell’adozione dei dpcm le misure indicate possono essere prese sempre in casi di estrema necessità ed urgenza, ma solo dal ministro della salute, mentre le ordinanze regionali possono intervenire esclusivamente per introdurre misure più restrittive e solamente nell’ambito delle attività di loro competenza.

Molte perplessità ha suscitato invece la sanatoria operata nei confronti degli effetti prodotti e degli atti adottati sulla base dei dpcm e delle ordinanze emanati ai sensi del d.l. 6/2020, stante la incostituzionalità di quest’ultimo che ha travolto anche i provvedimenti che sullo stesso facevano fondamento. Provvedimenti quindi illegittimi che, come tali, giuridicamente non avrebbero potuto essere sanati, pur se non può sfuggire l’opportunità, dato il momento, della sanatoria. Nello stesso ordine di idee è stato ad esempio sostenuto che i decreti legge di questo periodo non possono che essere convertiti in legge, essendo troppo gravi e quasi impensabili gli effetti della mancata conversione ⁽²¹⁾.

Il terzo decreto (33/2020) si richiama pure esso all’art. 16 Cost. e contiene una sostanziale modifica delle misure indicate nel precedente decreto nel senso di un allentamento scadenzato delle stesse.

Il quarto decreto (83/2020) infine prevede una proroga dello stato di emergenza dal 31 luglio al 15 ottobre 2020, valutata in considerazione dello stato di diffusione del virus.

Mentre, come detto, la dichiarazione dello stato di emergenza, secondo quanto prescritto dal codice di protezione civile è stata adottata sulla base di una delibera del consiglio dei ministri, la sua proroga, in considerazione delle proteste avanzate dalle forze politiche di opposizione e dell’accusa di voler accentrare i poteri in capo al governo, è stata invece approvata con decreto legge in modo da permettere la discussione parlamentare in sede di conversione dello stesso.

A seguito del primo decreto legge sono quindi stati approvati una serie di dpcm contenenti norme di attuazione di quanto previsto nello stesso, con la previsione di misure limitative via via meglio puntualizzate nei loro contenuti e circa gli ambiti materiali coinvolti. I primi dpcm limitavano la loro applicazione ad un preciso ambito territoriale (dapprima dieci comuni della Lombardia ed uno del Veneto), che progressivamente è andato estendendosi fino poi a riguardare l’intero territorio nazionale.

Molte le critiche che si sono levate nella dottrina con riguardo all’utilizzo dello strumento del dpcm, ritenuto non adeguatamente delimitato e quindi poco controllabile, in violazione del principio della separazione dei poteri. Uno stato di emergenza decretato con delibera del consiglio dei ministri, un decreto legge approvato dallo stesso organo di vertice dell’esecutivo ed attuato attraverso decreti del presidente del consiglio dei ministri ed eseguiti da parte dei prefetti ⁽²²⁾.

Un aspetto di un certo rilievo è quello relativo al fondamento normativo dei dpcm, per alcuni individuato nei decreti legge “originari”, per altri anche nelle ricordate norme del codice di protezione civile.

²¹ L. MAZZAROLLI, *op. cit.*

²² F. TORRE, *op. cit.*

Nel secondo senso si è espresso ad esempio Luciani, il quale osserva come il presidente del consiglio dei ministri sia autorità nazionale di protezione civile e pertanto titolare delle politiche in materia e dotato dei poteri di ordinanza di cui all'art. 25 del codice di protezione civile, abilitata a derogare alle leggi vigenti, anche se non al decreto legge in quanto fonte legittimante.

In realtà nessuno dei dpcm fa riferimento al suddetto codice, né alla dichiarazione di emergenza, che attribuiva il potere di ordinanza in deroga alle leggi vigenti al capo del dipartimento della protezione civile Angelo Borrelli e non quindi al presidente del consiglio dei ministri Giuseppe Conte.

Tutti i dpcm emanati dopo il d.l. 6/2020 infatti recano nella intestazione: “visto il decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 ed in particolare l'art. 3.1”, secondo cui le misure restrittive sono adottate con decreti del presidente del consiglio dei ministri. A partire dal 25 marzo il riferimento viene sostituito con quello agli artt. 1 e 2.1 d.l. 19/2020.

Nessun riferimento quindi alla normativa del codice di protezione civile, per cui i dpcm risultano fondati esclusivamente sui decreti legge come fonte atipica da questi individuata per dare attuazione alle misure contenute nei decreti stessi, con ampio margine di scelta discrezionale⁽²³⁾, un atto amministrativo, da alcuni ritenuto *extra ordinem*, ma come tale controllabile specialmente con riguardo al rispetto dei canoni di proporzionalità ed adeguatezza⁽²⁴⁾.

Per quanto detto, anche con riguardo al fondamento della normativa emergenziale, non può essere condiviso quanto sostenuto da Gaetano Azzariti⁽²⁵⁾, allorché afferma che la prassi seguita si pone in contrasto con la Costituzione, ma che gli atti adottati debbono ritenersi legittimi, in virtù di una supposta autoassunzione di potere *extra ordinem* il quale si legittimerebbe per via di necessità, rappresentata ovviamente dalla pandemia, in assenza della quale gli atti con cui il governo pone in essere una limitazione dei diritti fondamentali dovrebbero essere qualificati come atti eversivi della legalità costituzionale.

E' stato infine sostenuto che la reiterazione dei dpcm equivale ad una indiretta violazione dell'art. 77 Cost., dal momento che integrerebbe nella sostanza una reiterazione del decreto legge⁽²⁶⁾. In proposito non credo che sia possibile estendere il divieto di reiterazione riconosciuto per il decreto legge ai dpcm attuativi. Questi ultimi infatti trovano, come detto, il loro fondamento nel decreto legge e niente vieta che, permanendo la stessa situazione sanitaria, le misure possano essere prorogate. Questo elemento potrebbe forse svolgere una incidenza sulla valutazione della sussistenza dei requisiti di straordinaria necessità ed urgenza, ma non determinare una mascherata reiterazione del decreto legge, il quale, come è accaduto, potrebbe essere stato intanto convertito in legge, facendo quindi cadere qualsiasi ipotesi di reiterazione.

6. L'incidenza della pandemia sulla forma di governo: il protagonismo e l'accentramento dei poteri nell'esecutivo e la posizione defilata e silente del parlamento. Le difficoltà per un regolare funzionamento delle camere: le soluzioni sperimentate e le ipotesi di riforma. Le sedute e le votazioni per via telematica.

Un elemento sottolineato da parte di tutti i commentatori e fortemente criticato dalle forze politiche di opposizione, è la presenza costante e quasi invadente del governo e dei suoi organi rispetto alla posizione assolutamente defilata e quasi silente del parlamento.

Nell'ordinamento costituzionale italiano vale il principio del c.d. bicameralismo perfetto, vale a dire il riconoscimento delle stesse competenze e dei medesimi poteri alle due camere le quali agiscono in situazione di equiordinazione ed autonomia l'una dall'altra.

In ragione di ciò il procedimento “ordinario” di approvazione delle leggi richiede una doppia approvazione del medesimo testo da entrambe le assemblee, salvo la possibilità di poter ricorrere ad una procedura decentrata riconoscendo alle commissioni parlamentari il competenza ad approvare la

²³ N. LUPO, *op. cit.*

²⁴ A. LUCARELLI, *op. cit.*

²⁵ G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020

²⁶ M. CALAMO SPECCHIA, *op. cit.*

legge (commissioni in sede deliberante) oppure i singoli articoli senza voto finale (commissione in sede redigente). Tale procedura non è possibile per alcune materie espressamente indicate dalla Costituzione (art. 72.4) e riservate alla procedura ordinaria (c.d. riserva di assemblea).

Gran parte delle regole procedurali delle camere non sono contenute nella Costituzione, bensì nei regolamenti parlamentari, del senato e della camera dei deputati, che ognuna delle due camere approva a maggioranza assoluta dei suoi componenti.

Per le deliberazioni delle camere è previsto che “le deliberazioni di ciascuna camera e del parlamento non sono valide se non è presente la maggioranza dei loro componenti, e se non sono adottate a maggioranza dei presenti, salvo che la Costituzione prescriva una maggioranza speciale” (art. 72.3). Nell’interpretare il riferimento ai “presenti”, i regolamenti di senato e camera, a proposito di come qualificare gli astenuti, avevano dato letture diverse, in un caso considerando gli stessi presenti e nell’altro assenti. La Corte costituzionale, investita della questione, ha ritenuto costituzionalmente legittime entrambe le letture, in ragione della autonomia delle camere (sent. 78/1984).

Il protagonismo del governo a scapito del parlamento e l’accentramento di poteri in capo al primo è stato da alcuni letto come un segno dei tempi ed in particolare del diffuso antiparlamentarismo. Ci si è infatti chiesti ironicamente ⁽²⁷⁾: “che male c’è a sottrarre potere decisionale e di controllo ad un gruppo di parassitari membri della ‘casta’, comodamente assisi nelle loro poltrone e attenti soltanto alle loro prebende ed ai loro privilegi?”.

A livello normativo il d.l. 19/2020 ha introdotto una nuova disposizione secondo la quale “il presidente del consiglio dei ministri o un ministro da lui delegato riferisce ogni quindici giorni alle camere sulle misure adottate ai sensi del presente decreto” (art. 2.5).

La posizione defilata del parlamento si è verificata anche per le difficoltà, nella situazione emergenziale, di potersi riunire e quindi di funzionare regolarmente. Tre soprattutto i problemi che si sono posti, ossia a) la necessità di evitare assembramenti, dato il numero dei componenti le assemblee; b) come qualificare, ai fini del numero legale, i parlamentari in quarantena, obbligati quindi a non muoversi dalla loro abitazione; c) lo spostamento dei parlamentari dalle loro sedi per raggiungere la sede parlamentare, stante i divieti di circolazione e la mancata previsione nei decreti governativi di una eccezione per coloro che svolgono la funzione di parlamentare. A quest’ultimo riguardo la giunta per il regolamento della camera ed il suo presidente Fico hanno interpretato il dpcm nel senso che tra gli spostamenti consentiti debbano ricomprendersi pure quelli dei parlamentari, da farsi rientrare in una delle condizioni permissive della libertà di circolazione sul territorio nazionale.

Il problema è stato pertanto quello di bilanciare la salute dei parlamentare e quella collettiva con la necessità che l’organo centrale della nostra forma di governo possa in qualche maniera funzionare, confrontarsi e decidere.

L’immagine della camere chiuse, è stato affermato ⁽²⁸⁾, evoca l’idea della sospensione della democrazia e la democrazia rappresentativa costituisce un bene primario che non può essere dismesso, non meno del servizio sanitario.

In maniera più diretta e quasi provocatoria è stato anche sostenuto che è difficile per il cittadino comune accettare che il parlamento risulti come paralizzato quando invece restano aperti, oltre agli ospedali ed alle farmacie, anche le tabaccherie, le autorimesse ed altro e che non si riesca a realizzare le condizioni per consentire ai parlamentari di lavorare in sicurezza ⁽²⁹⁾. Altri hanno fatto riferimento a problemi di immagine: un parlamento che si ritira, quando molte persone invece sono regolarmente al lavoro nell’interesse generale ed hanno portato a paragone il comportamento del governo, il quale invece si è sempre riunito in presenza, potendo dare l’impressione del ruolo essenziale del governo e non anche del parlamento ⁽³⁰⁾.

²⁷ G. SILVESTRI, *op. cit.*

²⁸ C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*. n. 1/2020, parte III.

²⁹ G. AZZARITI, *op. cit.*

³⁰ A. PERTICI, *op. cit.*

Non è mancato chi, al contrario, ha sostenuto che, per l'alta funzione svolta, i parlamentari non possono essere parificati ai normali cittadini ⁽³¹⁾.

Tutti comunque si sono espressi a favore della necessità di trovare modi e strumenti per consentire al parlamento di poter funzionare, per cui ci si confrontati a livello politico-parlamentare ed in dottrina su quali fossero le soluzioni migliori e più efficaci allo scopo.

In Italia non è stata apportata alcuna modifica della normativa regolamentare, né tantomeno costituzionale, ma le innovazioni sono seguite ad accordi informali tra i gruppi parlamentari o a decisioni dei presidenti delle camere.

Così ad esempio, per ricordare alcune delle misure prese, è stato deciso di valorizzare ed ampliare per quanto possibile l'attività svolta in commissione, pervenendo di fatto a realizzare una commissione redigente, a seguito dell'accordo tra le forze politiche di non esaminare in aula gli emendamenti presentati, riservando ad essa il voto sul testo proposto dalla commissione ed il voto finale. Dubbi in proposito sono stati sollevati con riguardo alla conversione in legge dei decreti leggi, la quale, pur non essendo esclusa dalla Costituzione, risulta invece riservata all'assemblea da parte dei regolamenti parlamentari ⁽³²⁾.

E' stato pure deciso di ridurre il numero delle sedute e di limitare i lavori delle commissioni e della assemblea all'esame dei soli progetti di legge indifferibili ed urgenti e per interrogazioni a risposta immediata o interpellanze urgenti.

Al fine di evitare assembramenti è stato aumentato il perimetro dell'aula utilizzabile per la presenza dei parlamentari ed approvate misure al fine di garantire il rispetto delle distanze, come la riduzione di presenze nell'emiclo del senato. Con decisione 22 aprile dei capigruppo della camera, in occasione della votazione sulla fiducia posta per la conversione del decreto legge curaItalia, sono stati regolamentati i comportamenti da tenere fin da fuori dell'aula, su come muoversi all'interno e su come distribuire le presenze nei diversi locali.

I parlamentari impossibilitati, per motivi legati al Covid-19, a raggiungere la camera di appartenenza sono stati parificati, ai fini regolamentari, ai parlamentari in missione, mentre la giunta per il regolamento del senato ha transitoriamente fornito una interpretazione con cui è stata rimossa la perentorietà del termine fissato per le attività della giunta per le elezioni e le immunità parlamentari in caso di impossibilità di partecipare da parte di alcuni dei componenti in ragione della limitazione della libertà di circolazione a tutela della salute pubblica.

Una misura sulla quale maggiore è stato il dibattito in dottrina è quella con cui i gruppi parlamentari hanno deciso una riduzione della presenza dei parlamentari in aula in misura proporzionale ai gruppi stessi, tale quindi da non alterare i rapporti di forza. La limitazione decisa è stata del 55% dei componenti, riducendo così i deputati da 630 a 350 ed i senatori da 350 a 161.

L'accordo, definito come un "contingentamento dei parlamentari" ⁽³³⁾, è stato fondato all'evidenza sul patto tra i gruppi parlamentari, valido fintanto che sia volontariamente rispettato, non potendo essere imposto ai singoli parlamentari, ognuno dei quali per Costituzione rappresenta la nazione senza vincolo di mandato imperativo.

La scelta è stata criticata in quanto ritenuta limitativa della funzione rappresentativa dei parlamentari e tale da poter paradossalmente giustificare anche la provocatoria proposta che avanzò l'allora presidente del consiglio Berlusconi di riservare le decisioni al voto dei capigruppo parlamentari ⁽³⁴⁾. Se nessuna riforma è stata in realtà approvata, non sono invece mancate proposte in tal senso al fine di adeguare temporaneamente o in maniera definitiva il diritto parlamentare alle situazioni di emergenza, quella presente o quelle future.

Dapprima è stata presa in considerazione la adeguatezza allo scopo di una modifica dei regolamenti parlamentari oppure la necessità anche di una riforma costituzionale.

³¹ S. CURRERI, *Il parlamento nell'emergenza*, in *Osservatorio costituzionale, Riv. AIC*, 12 maggio 2020, fasc. 3/2020

³² F. BIONDI, P. VILLASCHI, *Il funzionamento delle camere durante l'emergenza sanitaria. Riflessioni sulla difficile praticabilità di un parlamento "telematico"*, in *Federalismi.it*. 10 giugno 2020

³³ N. LUPO, *op. cit.*

³⁴ A. CELOTTO, *op. cit.*; A. PERTICI, *op. cit.*

La maggioranza della dottrina si è espressa nel primo senso auspicando disposizioni regolamentari specifiche tali da consentire a tutti i parlamentari di potersi esprimere, nonostante la straordinarietà della situazione ⁽³⁵⁾ e da fissare, in caso di partecipazione da remoto, casi e modi della stessa, in assenza dei quali potrebbe registrarsi una pericolosa rottura costituzionale ⁽³⁶⁾.

In tal senso si è altresì parlato di un vero e proprio “diritto parlamentare dell’emergenza” ⁽³⁷⁾ e di una necessaria “re-ingegnerizzazione” dei procedimenti parlamentari ⁽³⁸⁾.

Più in particolare alcuni hanno avanzato la proposta di introdurre un preventivo parere obbligatorio, ma non vincolante, del parlamento per l’approvazione dei dpcm, ritenuto da altri non opportuno vista la necessaria tempestività della decisione e dell’entrata in vigore del provvedimento ⁽³⁹⁾.

L’ipotesi ampiamente più discussa è stata quella di consentire ai parlamentari di svolgere le loro funzioni a distanza, utilizzando gli strumenti telematici. In questo caso non in senso antiparlamentare, come accaduto per alcune proposte avanzate in particolare dal movimento 5Stelle, ma per consentire al parlamento di continuare a funzionare anche in una situazione emergenziale quale quella determinata dalla diffusione del Covid-19.

Al proposito la proposta ha avuto una diversa accoglienza e valutazione a seconda che la stessa faccia riferimento ai lavori che si svolgono nelle commissioni parlamentari oppure in aula, ponendo chiaramente meno problemi nel primo caso in considerazione del numero ben diverso dei componenti. Per la stessa ragione (numero dei componenti) ad esempio, come vedremo nel prossimo paragrafo, nessun problema ha posto la decisione della Corte costituzionale di potersi riunire e di poter votare da remoto.

Con riguardo invece al tipo di attività, è stato proposto di limitare la possibilità di partecipazione da remoto alle attività svolte in sede informale, vale a dire senza rendicontazione ⁽⁴⁰⁾ e soprattutto si è posta una distinzione a seconda che si intenda consentire il voto a distanza, richiedendosi per alcuni che le camere adottino in proposito la stessa soluzione, oppure anche la partecipazione alla discussione in ordine all’oggetto su cui votare, ad evitare di trasformare il parlamento in un “votificio”.

Una posizione centrale nel dibattito della dottrina ha assunto l’interpretazione del ricordato art. 64 Cost. per la parte in cui fa riferimento alla “presenza” dei parlamentari.

Si sono in proposito confrontate due tesi opposte, la prima delle quali ha sollecitato la opportunità di una interpretazione evolutiva della disposizione costituzionale, tale da ricomprendere nella nozione anche i parlamentari collegati telematicamente, ipotesi che certamente non poteva essere prevista dai Costituenti, ma che non tradirebbe la *ratio* della previsione ⁽⁴¹⁾. Una simile lettura rientrerebbe pienamente negli spazi di autonomia riconosciuti anche dalla giurisprudenza costituzionale alle due camere, come mostrato dal ricordato caso della qualificazione degli astenuti come presenti o assenti. Altri invece hanno sottolineato le difficoltà che si incontrerebbero per garantire le condizioni costituzionali del voto parlamentare, se espresso a distanza e sostenuto che la norma costituzionale farebbe chiaramente riferimento alla presenza intesa in senso fisico, intendendo proprio valorizzare il contatto diretto tra parlamentari alla ricerca di soluzioni di mediazione, impossibile a distanza ⁽⁴²⁾. A questo è stato, a sua volta, replicato come attualmente l’attività del parlamentare non possa esaurirsi nelle relazioni e nei contatti che avvengono presso la sede della camera o del senato e come essa non possa ritenersi neppure come l’attività prevalente, dal momento che oggi si svolge principalmente all’esterno specie attraverso l’utilizzo di strumenti informatici ⁽⁴³⁾.

³⁵ A. D’ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L’esperienza del Coronavirus*, in *Biodiritto*, 14 marzo 2020

³⁶ F. BIONDI, P. VILLASCHI, *op. cit.*

³⁷ S. CURRERI, *op. cit.*

³⁸ N. LUPO, *op. cit.*

³⁹ A. RUFFGERI, *op. cit.*

⁴⁰ F. BIONDI, P. VILLASCHI, *op. cit.*

⁴¹ A. D’ALOIA, *op. cit.*

⁴² A. PERTICI, *op. cit.*; G. SILVESTRI, *op. cit.*

⁴³ S. CURRERI, *op. cit.*

Per questo un voto a distanza sarebbe da preferire al non voto o a forme silenti, quali l'autoconfinamento e la rinuncia al ruolo del parlamento, dal momento che la tecnologia non servirebbe a sostituire la rappresentanza, ma ad agevolarla, marcando la differenza tra mezzi e fini⁽⁴⁴⁾.

Al contrario è stato sostenuto che verrebbe sacrificato un elemento di estrema importanza, in quanto la democrazia è confronto di idee e ricerca di mediazione⁽⁴⁵⁾ e significherebbe dimenticare che la funzione della rappresentanza è proprio quella di rendere presenti gli assenti, per cui la presenza fisica sarebbe consustanziale al ruolo del parlamentare⁽⁴⁶⁾. La partecipazione a distanza sarebbe pensabile come *extrema ratio* e solamente in caso di emergenza⁽⁴⁷⁾.

7. L'incidenza della pandemia sui procedimenti giurisdizionali e le loro modalità di svolgimento. I decreti presidenziali per lo svolgimento dei giudizi davanti alla Corte costituzionale durante l'emergenza da Covid-19. Le misure legislative relative ai procedimenti davanti ai giudici comuni: le camere di consiglio e le udienze telematiche.

L'emergenza sanitaria da Covid-19 ha determinato la necessità di introdurre misure specifiche anche con riguardo ai procedimenti giurisdizionali ed alle modalità di svolgimento degli stessi. Questo è accaduto sia con riguardo al processo costituzionale, sia per i giudizi davanti ai giudici comuni.

Iniziando dal primo sono da segnalare un serie di provvedimenti assunti dalla presidente della Corte – la quale pure è risultata positiva al Coronavirus e quindi posta in quarantena presso la propria abitazione – aventi ad oggetto “misure per lo svolgimento dei giudizi davanti alla Corte costituzionale durante l'emergenza epidemiologica da Covid-19”.

Le regole sul processo costituzionale prevedono che la Corte, di regola, decide a seguito di udienza pubblica, alla quale, in caso di giudizio sulle leggi in via incidentale, possono partecipare le parti del giudizio *a quo*, il presidente del consiglio dei ministri o della giunta regionale (se impugnato è un atto legislativo regionale) e terzi “qualificati”. La udienza pubblica può essere evitata in caso di mancata costituzione delle parti, manifesta infondatezza o manifesta inammissibilità della questione, di estinzione o di restituzione degli atti al giudice *a quo*.

Con un primo provvedimento (12 marzo 2020) è stato temporaneamente consentito, in deroga a quanto stabilito dalle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte, il deposito di atti e memorie anche mediante invio in formato elettronico, ad eccezione degli atti di promovimento di nuovi giudizi (ordinanza di rinvio o ricorso), per i quali valgono le regole ordinarie. Si fa riserva di applicare, in quanto compatibili, le norme speciali dettate, sempre per l'emergenza sanitaria, per la giustizia amministrativa.

Decisamente più rilevante il secondo provvedimento (24 marzo 2020) il quale, a differenza del primo, viene assunto “su conforme avviso espresso dal collegio”.

Viene stabilito “sino a nuovo provvedimento” che: a) la partecipazione dei giudici alle camere di consiglio e per ogni altra loro riunione può avvenire anche da remoto ed il luogo dal quale essi si collegano deve considerarsi a tutti gli effetti camera di consiglio; b) i giudizi per i quali è già stata fissata la udienza pubblica sono rinviati a nuovo ruolo per udienze che si terranno al termine dell'emergenza. Se tutte le parti lo richiedono, la questione può essere decisa in camera di consiglio, senza discussione orale e sulla base degli atti depositati; c) eventuali questioni “di eccezionale gravità ed urgenza”, per le quali la presidente, sentito il collegio, ravvisi la “necessità di trattazione immediata in udienza pubblica” saranno esaminate in udienza pubblica secondo modalità all'uopo stabilite.

⁴⁴ F. CLEMENTI, *La democrazia rappresentativa si difende pure con il voto a distanza*, in *Quaderni costituzionali* 2/2020, 379

⁴⁵ C. TRIPODINA, *op. cit.*

⁴⁶ F. BIONDI, P. VILLASCHI, *op. cit.*; A. PERTICI, *op. cit.*

⁴⁷ G. SCACCIA, A. CARBONI, *Funzionalità del parlamento e modalità di voto nell'emergenza*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2020.

Il terzo provvedimento (20 aprile 2020), pure su conforme avviso espresso dal collegio, introduce la novità della udienza pubblica realizzata da remoto, la quale comunque si svolge senza pubblico e la cui pubblicità è assicurata dalla verbalizzazione a cura del cancelliere, nonché mediante la registrazione e la successiva pubblicazione delle registrazioni nel sito informatico istituzionale della Corte costituzionale.

Viene in particolare stabilito che i giudizi per i quali è prevista l'udienza pubblica passano direttamente in camera di consiglio, senza discussione orale e sulla base degli atti, a meno che almeno una delle parti del giudizio ne faccia richiesta. In quel caso il giudizio si svolge in udienza pubblica con collegamento da remoto,

Il quarto ed ultimo provvedimento (8 giugno 2020), valutata la possibilità di consentire al pubblico di tornare ad assistere alla trattazione delle questioni fissate in udienza pubblica anche quando esse avvengano con collegamento da remoto, ha stabilito che nei casi di udienza pubblica da remoto è ammessa la presenza del pubblico presso la sede della Corte costituzionale nel rispetto delle misure di prevenzione sanitaria vigenti, entro il numero massimo di 24 persone, secondo un ordine di prenotazione da indirizzare alla cancelleria della Corte.

Volendo brevemente riflettere su alcuni aspetti della normativa sopra riassunta, un primo problema potrebbe essere quello della fonte utilizzata, ossia il decreto presidenziale. La legge 87/1953 prevede che la Corte si pronunci attraverso sentenze, ordinanze o decreti, in caso di provvedimenti del presidente (art. 18).

La disciplina del processo costituzionale è contenuta nella Costituzione, nelle leggi costituzionali e, più in specifico, nella legge ordinaria (87/1953) e nelle norme integrative approvate dalla stessa Corte costituzionale nella veste di legislatore, che va eccezionalmente a disciplinare il suo processo. In base a ciò ci potremmo chiedere se sia consentito al presidente della Corte derogare alle norme integrative approvate dal collegio-legislatore, in un caso senza alcun coinvolgimento del collegio stesso. Certamente, al pari dei provvedimenti dei presidenti delle camere, non si può prescindere dalla situazione specifica ed eccezionale che si è venuta a creare, anche se il problema in linea di principio resta.

Un secondo aspetto potrebbe essere quello relativo alla nozione di "parte" utilizzato nei decreti presidenziali. Esse sono particolarmente valorizzate allorchè si prevede dapprima che, se "tutte le parti" lo richiedono la Corte può decidere in camera di consiglio una questione già assegnata all'udienza pubblica e poi che, dietro richiesta di "almeno una delle parti", la questione sarà discussa in udienza pubblica seppure da remoto.

Come già accennato la Corte costituzionale può, secondo le regole generali, decidere in camera di consiglio, anziché in udienza pubblica, allorchè nessuna delle parti si costituisca. La Corte costituzionale dopo che, per diversi anni, aveva in proposito ritenuto di qualificare come parte sia le parti del giudizio *a quo*, sia il presidente del consiglio dei ministri (o della giunta regionale), a partire dal 1983 (sent. 210), ha ritenuto che, allo scopo, sono da ritenersi parti solo le prime e non il secondo, potendo quindi decidere in camera di consiglio in tutti i casi in cui sia intervenuto in giudizio solo la parte pubblica.

Ci potremmo chiedere quindi se il riferimento alle parti ed ai relativi poteri nei decreti presidenziali sia anche in questo caso limitato alle parti del giudizio "*a quo*" (ed ai terzi eventualmente ammessi) oppure comprenda anche il presidente del consiglio o della giunta.

L'aspetto che ha maggiormente attirato l'attenzione della dottrina è stato quello relativo alla necessità di procedere attraverso l'udienza pubblica "in presenza", pur se con modalità da stabilire, in caso di "questioni di eccezionale gravità ed urgenza".

E' stato in proposito sostenuto come non emerga immediatamente il possibile nesso tra urgenza e pubblicità dell'udienza, suggerendo di porre maggiore attenzione alla gravità che, se tale, implicherebbe probabilmente di per sé l'urgenza del procedere (⁴⁸).

⁴⁸ P. COSTANZO, *Con l'emergenza, decolla la Corte 2.0*, in *Consultaonline* 25 marzo 2020

Dubbi ha poi suscitato il significato da attribuire alla espressione di cui sopra e ci si è di conseguenza interrogati su quali situazioni si potrebbero ritenere tali da integrare quei presupposti. Così qualcuno ha pensato a possibili futuri giudizi aventi ad oggetto la fase emergenziale in corso ⁽⁴⁹⁾ oppure alla decisione su iniziative tese a mortificare ingiustificatamente od eccessivamente le attribuzioni di rappresentanza del parlamento ⁽⁵⁰⁾.

Con lo sguardo rivolto al futuro, è stato anche rilevato come l'esperienza appena fatta per i giudizi costituzionali potrebbe suggerire l'utilizzo degli strumenti informatici per la trasmissione degli atti e forse anche per ridimensionare il ricorso alla udienza pubblica, dove la partecipazione in presenza dei soggetti ammessi sovente poco aggiunge a quanto risulta già dai documenti allegati ⁽⁵¹⁾.

Alcuni decreti legge della fase emergenziale si sono invece riferiti ai procedimenti giurisdizionali di fronte ai giudici comuni, ordinari e speciali.

Il primo è stato il d.l. 8 marzo 2020, n. 11, in parte modificato pochi giorni dopo dal d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (artt. 83 e 84) e poi dal d. l. 30 aprile 2020, n. 28 (artt. 3-5).

Le disposizioni surrichiamate hanno provveduto, temporaneamente, ad un rinvio d'ufficio delle udienze dei procedimenti civili e penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari ed alla sospensione dei termini per il compimento di qualsiasi atto procedimentale.

I capi degli uffici giudiziari sono stati autorizzati ad adottare misure organizzative, anche relative alla trattazione degli affari giudiziari, necessarie per consentire il rispetto delle indicazioni igienico-sanitarie fornite dal ministero della salute e per evitare assembramenti all'interno dell'ufficio giudiziario. A tal fine sono state indicate una serie di misure che i capi degli uffici giudiziari possono adottare: ad esempio la limitazione dell'accesso del pubblico agli uffici giudiziari e dell'orario di apertura al pubblico; la regolamentazione dell'accesso ai servizi; la celebrazione a porte chiuse delle udienze penali pubbliche o di singole udienze e delle udienze civili pubbliche; la possibilità di collegamenti da remoto per le udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori e dalle parti, con modalità comunque idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti; la previsione di eccezioni al rinvio di udienze civili e penali (cause relative ad alimenti, a minori, a tutela di diritti fondamentali ecc.).

Con riguardo al giudizio amministrativo analoga competenza viene riconosciuta ai presidenti titolari delle sezioni del Consiglio di Stato, al presidente del consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana ed ai presidenti dei tribunali amministrativi regionali e delle relative sezioni staccate. Il d.l. 11/2020 (art. 3) prevede che tutte le controversie fissate per la trattazione passano in decisione sulla base degli atti (c.d. contraddittorio cartolare o procedimento cartolare coatto), salvo che almeno una delle parti abbia chiesto con apposita istanza la discussione in udienza camerale o in udienza pubblica, in questo caso i presidenti possono consentire, per le udienze che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti, collegamenti da remoto con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione dei difensori alla trattazione dell'udienza. Il successivo art. 84 d.l. 84/2020 ha abrogato la suddetta disposizione e previsto invece che le controversie fissate per la trattazione passano in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, se ne fanno congiuntamente richiesta tutte le parti costituite. La possibilità di collegamento da remoto è prevista solo per la delibera in camera di consiglio ed il luogo da cui si collegano i magistrati ed il personale addetto è considerato camera di consiglio a tutti gli effetti di legge.

L'art. 4 del d.l. 28/2020 ha di nuovo introdotto l'udienza telematica, la richiesta della quale è accolta dal presidente del collegio se presentata congiuntamente da tutte le parti costituite, mentre negli altri casi, il presidente del collegio valuta l'istanza, anche sulla base delle eventuali opposizioni espresse dalle altre parti alla discussione da remoto. Se il presidente ritiene necessaria, anche in assenza di istanza di parte, la discussione della causa con modalità da remoto, la dispone con decreto.

⁴⁹ M. TROISI, *Il processo innanzi alla Corte costituzionale in tempo di emergenza epidemiologica: specificità e omologazione delle modalità telematiche*, in *Federalismi.it*, 10 giugno 2020

⁵⁰ P. COSTANZO, *op. cit.*

⁵¹ P. COSTANZO, *op. cit.*

Sui poteri attribuiti ai capi degli uffici giudiziari per assicurare il rispetto delle misure igienico-sanitarie – al cui proposito il Consiglio superiore della magistratura ha approvato in data 26 marzo 2020 apposite linee guida - la maggior parte dei commentatori ha ritenuto la scelta come quella più funzionale allo scopo, trattandosi di persone che meglio conoscono la specifica situazione ambientale, anche se non è mancato chi ha ritenuto che fosse stato preferibile un maggior coordinamento ed omogeneità di soluzioni, almeno a livello regionale ⁽⁵²⁾.

Sul “processo cartolare coatto” nel giudizio amministrativo si sono concentrate le maggiori critiche e sono stati sollevati dubbi di costituzionalità, sul presupposto che la scelta di sacrificare la discussione orale in nome della emergenza risulterebbe niente affatto necessaria e quindi in violazione dei canoni di proporzionalità e di ragionevolezza. L’art. 84.5 d.l. 18/2020 sarebbe da ritenere pertanto incostituzionale, nella parte in cui prevede che le controversie siano decise senza contraddittorio e senza prevedere che le parti possano chiedere una udienza, seppure da remoto ⁽⁵³⁾.

Su tale previsione è intervenuto il Cons. Stato il quale, sulla premessa che una interpretazione letterale determinerebbe un contrasto con gli artt. 111.2 Cost e 6 Cedu, che esigono una diretta interlocuzione con il giudice, ha tentato una interpretazione adeguatrice nel senso di consentire alla parte di chiedere il differimento a data successiva allo scopo di discutere oralmente la causa, quando non si tratti una causa semplice o la cosa non possa recare danno alla controparte per irragionevole durata del processo (Cons. Stato 2538 e 2539/2020).

L’interpretazione adeguatrice è stata ritenuta da una parte della dottrina ⁽⁵⁴⁾ non consentita dalla lettera della legge e quindi eccessivamente creativa, ritenendo più appropriato il proponimento della questione di costituzionalità di fronte alla Corte costituzionale.

Come detto il successivo art. 4 d.l. 28/2020 ha di nuovo previsto, entro certi limiti, la udienza telematica.

A quest’ultimo proposito è stata prospettata una distinzione tra “udienze figurate” e “udienze telematiche online”, le prime con la partecipazione dei soli difensori e possibile svolgimento con scambio documentale, le seconde con partecipazione da remoto ⁽⁵⁵⁾, sulle quali la dottrina ha espresso giudizi differenti.

Per alcuni il processo amministrativo telematico ha dato buona prova di sé in questi anni e l’udienza telematica deve essere vista come una soluzione naturale per affrontare l’emergenza garantendo la pienezza dei diritti difensivi delle parti ⁽⁵⁶⁾, mentre per altri non è possibile sostenere che quella telematica sia soltanto una modalità di comunicazione e di partecipazione succedanea alla fisicità, ma contenutisticamente equivalente, per cui l’udienza telematica non potrebbe trovare cittadinanza nel nostro ordinamento giuridico processuale ⁽⁵⁷⁾.

Interrogandosi su cosa poter mantenere anche dopo che si sarà tornati alla normalità, è stato espresso un giudizio positivo in ordine alla applicazione degli strumenti telematici per le comunicazioni, per lo svolgimento di alcune attività istruttorie, che potrebbero ridurre i tempi lunghi di alcuni spostamenti non sempre necessari, per i giudici popolari, specie per molti adempimenti tecnici, per l’ascolto di certi testimoni che vivono distanti e per la partecipazione del consulente tecnico ⁽⁵⁸⁾.

8. L’incidenza della pandemia sui rapporti tra stato centrale ed autonomie territoriali: la ripartizione della competenza in materia di sanità e di protezione civile ed il principio di leale

⁵² La giustizia civile nell’emergenza e dopo. Intervista al presidente Bichi, in *Federalismi.it* 3 giugno 2020

⁵³ I. LAGROTTA, *Il contraddittorio cartolare coatto tra interpretazione conforme a Costituzione e dubbi di legittimità*, in *Federalismi.it*, 13 maggio 2020

⁵⁴ I. LAGROTTA, “Giusto processo” amministrativo e decreto “Cura Italia”: il principio di oralità alla prova dell’emergenza, in *Judicium*, 2020.

⁵⁵ F. DONATI, *Giustizia online al tempo del coronavirus e dopo*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020

⁵⁶ I. LAGROTTA, “Giusto processo” amministrativo cit.

⁵⁷ C. ZUCHELLI. *Sulla udienza telematica*, in *Federalismi.it* 13 maggio 2020

⁵⁸ F. DONATI, *op. cit.*

collaborazione. Il potere di ordinanza dei presidenti delle giunte regionali e dei sindaci: alcune ordinanze “ribelli”.

Uno degli aspetti assai dibattuto è stato, come ampiamente prevedibile, quello dei rapporti tra lo Stato e le regioni, essendo la materia della salute di competenza concorrente ed essendo i relativi confini tutt'altro che chiari e definiti.

Più in specifico, ai sensi dell'art. 117 Cost., le due materie che più direttamente sono entrate in gioco nella situazione emergenziale da Covid-19 sono quelle di “tutela della salute” e della “protezione civile”, entrambe collocate nel catalogo delle materie di competenza concorrente, per le quali spetta alle regioni la potestà legislativa, salvo per la determinazione dei principi fondamentali riservata allo Stato. Come è stato rilevato, la nozione di “principio fondamentale” è stato inteso dalla Corte costituzionale in maniera estensiva che ha permesso soluzioni centripete, così che sono stati ritenuti tali anche norme qualificabili come di dettaglio⁽⁵⁹⁾.

Da ricordare, in stretta connessione, anche la previsione che riserva allo Stato la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che debbono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (art. 117.2, lett. m), Cost.).

Il riparto di competenze risulta pertanto ispirato alla logica della leale collaborazione, senza perimetri rigidi ed invalicabili, con l'organizzazione del servizio sanitario riconosciuto alle regioni, con il rispetto dei livelli essenziali.

Con riguardo alle funzioni amministrative è costituzionalizzato il principio di sussidiarietà verticale, nel senso della attribuzione delle stesse ai comuni, salvo sia necessario un livello più alto di competenza per assicurare l'esercizio unitario, come può certamente presentarsi in materia di protezione civile⁽⁶⁰⁾. Possibile quindi l'attrazione della competenza in capo allo Stato, con il limite di non tagliare fuori dalla catena decisionale il sistema regionale e degli enti locali⁽⁶¹⁾.

Per completare il quadro della cornice costituzionale con riguardo ai problemi venuti in considerazione in questi mesi, da ricordare l'art. 120.2 Cost. che prevede la possibilità del governo centrale di sostituirsi ad organi regionali o comunali nel caso di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica ovvero per garantire l'unità giuridica ed economica o la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali.

Da sottolineare infine come in questi ultimi anni alcune regioni, proprio quelle più colpite dalla pandemia (Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna), avevano fatto richiesta, ai sensi dell'art. 116.3 Cost. di “ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia”, stipulando il 28 febbraio 2018 con il governo tre distinti accordi preliminari ed indicando tra le materie sulle quali richiedere maggiore autonomia appunto quella della sanità.

A livello di legislazione primaria in materia di igiene e sanità pubblica, è prevista la possibilità per il presidente della giunta regionale o per il sindaco di pronunciare ordinanze di carattere contingibile ed urgente, con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale (art. 32 l. 833/1978).

Il già ricordato codice della protezione civile, nel caso di stato di emergenza di rilievo nazionale, prevede che le ordinanze di protezione civile siano emanate “acquisite l'intesa delle regioni” (art. 25). Al proposito è stato rilevato come in queste circostanze possa verificarsi il rischio di un pressoché totale esautoramento a vantaggio dello Stato in nome dell'emergenza e come l'avvenuta proroga dello stato di emergenza (d.l. 83/2020) in una situazione epidemiologica in netto miglioramento, potrebbe determinare una ingiustificata compressione della autonomia regionale⁽⁶²⁾.

⁵⁹ G. SCACCIA, C. D'ORAZI, *La “concorrenza” fra Stato e autonomie territoriali nella gestione della crisi sanitaria fra unitarietà e differenziazione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2020.

⁶⁰ M. LUCIANI, *op. cit.*

⁶¹ U. ALLEGRETTI, E. BALBONI, *Autonomismo e centralismo nella lotta contro la pandemia coronavirus*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, I, 2020

⁶² G. SCACCIA, C. D'ORAZI, *op. cit.*

A livello comunale, il sindaco, in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale, possono adottare ordinanze contingibili e urgenti. Nel caso di emergenza che interessi il territorio di più comuni, ogni sindaco adotta le misure necessarie fino a quando non intervengano i soggetti competenti. Il sindaco, ma nella veste di ufficiale del governo, può adottare con atto motivato, provvedimenti anche contingibili e urgenti al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica, diretti a tutelare l'integrità fisica della popolazione (Tuel, artt. 50 e 54).

Come puntualmente rilevato ⁽⁶³⁾ i sindaci hanno pronunciato ordinanze senza tener conto dei limiti loro imposti e riferendosi in maniera indistinta al proprio ruolo di rappresentante della comunità comunale ed a quello di ufficiale di governo, con conseguente abnorme cumulazione di ruoli funzionali e sviamento di poteri.

Nella normativa che è seguita alla dichiarazione dello stato di emergenza, il primo dei decreti legge che abbiamo chiamato "originari" (d.l. 6/2020) ha stabilito che i dpcm dovevano essere approvati, "sentiti" i presidenti delle regioni competenti, nel caso in cui le misure riguardassero una sola regione o specifiche regioni oppure il presidente della conferenza dei presidenti delle regioni, nel caso in cui riguardassero l'intero territorio nazionale.

In particolare era previsto che "nelle more dell'adozione dei dpcm", "in casi di estrema necessità ed urgenza" le misure ivi indicate, nonché ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, potevano essere prese dalla regione o dal sindaco, ai sensi dei ricordati artt. 32 l. 833/1978 e 50 tuel. Anche allo scopo di far fronte alle molte e disomogenee ordinanze pronunciate a livello locale, il d.l. 19/2020 è intervenuto a modificare e meglio precisare la disciplina.

Le regioni, sulla base dei presupposti di cui sopra, non solamente debbono essere "sentite", ma possono anche "proporre" l'adozione di dpcm.

Per il potere di ordinanza "nelle more...", la posizione delle regioni rispetto a quella dei sindaci viene distinta.

Le prime possono emanare ordinanze subordinatamente alle seguenti condizioni: a) in presenza di specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio; b) per misure ulteriormente restrittive; c) nell'ambito di materie di loro competenza; d) senza incidere su attività produttive e su quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale.

Per i sindaci invece è fatto divieto, pena inefficacia, di adottare ordinanze dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali.

Ne deriva pertanto che viene così creato per le regioni un potere di ordinanza "speciale" ⁽⁶⁴⁾ e che l'ordinanza sindacale è ammissibile solo riguardo a spazi non regolati da normativa statale e fintanto che sopravvenga quest'ultima, attribuendo così natura cedevole alle ordinanze stesse ⁽⁶⁵⁾.

Infine il d.l. 33/2020 riconosce alle regioni anche la possibilità di misure migliorative e prevede in particolare che le attività economiche, produttive e sociali si svolgano nel rispetto di protocolli e linee guida adottati dalle regioni o dalla Conferenza delle regioni nel rispetto dei principi contenuti nei protocolli nazionali e l'obbligo di monitorare con cadenza giornaliera l'andamento della situazione.

Con riguardo ai limiti entro i quali gli effetti delle ordinanze contingibili ed urgenti possono considerarsi conformi ai principi costituzionali, si è da tempo pronunciata a più riprese la Corte costituzionale, la quale ha avuto modo di precisare che il legislatore statale non può attribuire tale potere in materie coperte da riserva assoluta di legge, mentre per quelle coperte da riserva relativa (artt. 16, 17, 19, 41 Cost.) è possibile farlo solo con la interposizione legislativa, la quale deve comunque attribuire un potere amministrativo idoneo a derogare (ma non abrogare) la normativa primaria, individuare l'organo competente, predeterminare i presupposti, la materia, le finalità. Tale potere deve essere attribuito per un tempo limitato ed imporre l'obbligo di motivazione e di pubblicità

⁶³ N. PIGNATELLI, *La "specialità" delle ordinanze dei sindaci nell'emergenza sanitaria nazionale: un potere "inesauribile"*, in *Diritti regionali*, 10 giugno 2020

⁶⁴ N. PIGNATELLI, *op. cit.*

⁶⁵ G. BOGGERO, *Le "more" dell'adozione dei dpcm sono "ghiotte" per le regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e regioni in tema di Covid-19*, in *Diritti regionali* 21 marzo 2020

e deve comunque rispettare i principi generali dell'ordinamento giuridico (tra le altre, Corte cost. 26/1961, 617/1987, 115/2011).

Un aspetto particolare esaminato dalla dottrina è stato quello del rapporto tra le ordinanze regionali e quelle sindacali, con riguardo allo spazio riconosciuto alle seconde, quando siano attuative delle prime.

Mentre a giudizio di alcuni le ordinanze del sindaco potrebbero trovare un fondamento ed una legittimazione nelle ordinanze regionali che dettano una disciplina derogatoria rispetto a quella statale⁽⁶⁶⁾, secondo altri questo non sarebbe possibile, in quanto la derogabilità è ammessa solo per le ordinanze regionali⁽⁶⁷⁾ o comunque priva di rilievo, dal momento che le ordinanze sindacali, se più restrittive di quelle regionali sarebbero illegittime, mentre se conformi si rivelerebbero inutili⁽⁶⁸⁾.

A seguito della pronuncia di un gran numero di ordinanze regionali e sindacali, qualcuno⁽⁶⁹⁾ ha parlato di un "terreno sul quale la confusione, purtroppo, è massima e insoddisfacente è la cooperazione interistituzionale", mentre altri⁽⁷⁰⁾ hanno sostenuto che se il criterio della collaborazione del regionalismo cooperativo deve certamente essere tentato, dopo un tempo ragionevole lo Stato deve assumersi la responsabilità di una soluzione unitaria in situazioni di emergenza. La materia della protezione civile in una situazione di emergenza nazionale, impone scelte frutto di bilanciamenti tra diritti fondamentali (v. infra, par. seguente) che richiedono una efficacia per l'intero territorio nazionale e che pertanto possono spettare solamente allo Stato.

Spesso è accaduto che, attraverso le ordinanze regionali e sindacali, si sia realizzata una vera e propria contrapposizione con lo Stato, dovuta a ragioni politiche ed alla ricerca di visibilità da parte dei sindaci o dei presidenti delle giunte regionali.

Ricordo, quale esempio, solo alcuni di questi casi che più hanno fatto discutere e sui quali è spesso intervenuta anche la dottrina.

Quello più noto credo si possa ritenere il caso che ha avuto ad oggetto l'ordinanza con cui il sindaco di Messina poneva a carico di chi intendesse fare ingresso in Sicilia l'obbligo di registrazione *online* 48 ore prima e di attendere quindi il rilascio da parte del comune del nulla osta allo spostamento, nonché l'obbligo di registrazione per chiunque intendesse uscire dalla regione.

In proposito è stata attivata la procedura per l'annullamento di atto illegittimo che prevede la proposta del ministro dell'interno, il parere del Consiglio di Stato e la delibera del consiglio dei ministri.

Il Consiglio di Stato (7 aprile 2020, n. 260) ha ritenuto sussistenti gli elementi per procedere all'annullamento, rilevando una molteplicità di vizi, quali l'incompetenza territoriale, la previsione di prestazioni non previste dalla legge (art. 23 Cost.), la limitazione della libertà di circolazione, della privacy, della competenza statale in materia di ordine e sicurezza pubblica. Il Consiglio di Stato ha puntualizzato come, in presenza di emergenze a carattere nazionale, pur nel rispetto delle autonomie territoriali, "vi deve essere una gestione unitaria della crisi per evitare che interventi regionali o locali possano vanificare la strategia complessiva di gestione dell'emergenza".

La dottrina si è espressa per la chiara illegittimità del provvedimento⁽⁷¹⁾.

Un'altra ordinanza, stavolta di un presidente di giunta regionale, che ha fatto discutere è stata quella della regione Calabria che ha consentito, nonostante il divieto valido per l'intero territorio nazionale, la ripresa delle attività di bar, pasticcerie, ristoranti, pizzerie, agriturismo con somministrazione esclusiva attraverso il servizio di tavoli all'aperto. Il provvedimento è stato impugnato davanti al giudice amministrativo che ha annullato l'ordinanza, affermando che spetta al presidente del consiglio

⁶⁶ A. RUGGERI, *Non persuasivo il parere reso, dietro sollecitazione del governo, dal Consiglio di Stato su un'ordinanza del sindaco De Luca relativa all'attraversamento dello stretto di Messina*, in *Consultaonline* 10 aprile 2020; TORRE, *op. cit.*

⁶⁷ M. LUCIANI, *op. cit.*

⁶⁸ N. PIGNATELLI, *L'annullamento straordinario ex art. 138 Tuel di un'ordinanza comunale: il Covid-19 non "chiude" lo stretto di Messina*, in *Diritti regionali*, 12 aprile 2020

⁶⁹ M. LUCIANI, *op. cit.*

⁷⁰ G. SILVESTRI, *op. cit.*

⁷¹ Cfr., tra gli altri, A. CELOTTO, *op. cit.*; M. LUCIANI, *op. cit.*; A. PERTICI, *op. cit.*; N. PIGNATELLI, *L'annullamento straordinario* cit.; in senso dubitativo invece A. RUGGERI, *Non persuasivo* cit.

individuare le misure necessarie a contrastare la diffusione del virus, mentre alle regioni è dato intervenire solo nei limiti delineati dal d.l. 19/2020 che certamente non ricorrevano nel caso di specie (Tar Calabria 9 maggio 2020, n. 841).

In altro caso invece una ordinanza della regione Marche aveva provveduto ad introdurre misure restrittive sul proprio territorio senza che vi fossero ancora le ragioni sanitarie per farlo, quindi in funzione meramente preventiva, non risultando al momento neppure un caso di contagio. In ragione di ciò l'ordinanza che sospendeva in tutto il territorio regionale tutte le manifestazioni pubbliche di qualsiasi natura e l'attività scolastica di ogni ordine e grado è stata impugnata dal prefetto e sospesa dal Tar Marche.

Tra le regioni "più attive" deve essere certamente inserita la Campania, il cui presidente della giunta ha infatti adottato o paventato di adottare tutta una serie di provvedimenti restrittivi, fra cui la chiusura di ogni palestra, pubblica o privata, la quarantena per tutti coloro che provenivano dalle c.d. "zone rosse", il divieto di attività motoria all'aperto, il divieto di ingresso nella regione da parte dei non residenti.

Quest'ultimo provvedimento è stato paventato pure dalle regioni Lazio, Puglia e Valle d'Aosta.

Anche le modalità con le quali rilevare i possibili contagiati e con cui eseguire i tamponi hanno diviso le regioni, che hanno seguito modalità differenti ⁽⁷²⁾.

9. L'incidenza della pandemia sui diritti fondamentali: il principio di proporzionalità e ragionevolezza e l'attività di bilanciamento tra i diversi diritti costituzionalmente garantiti, la collocazione del diritto alla salute tra gli altri diritti. L'incidenza della scienza e della posizione dei comitati scientifici sulle scelte del legislatore. Sintesi dei problemi relativi ad alcuni diritti maggiormente coinvolti: la libertà di circolazione, il diritto alla salute, la libertà religiosa e di culto, il diritto all'istruzione e l'istruzione universitaria, il diritto di difesa, il diritto alla riservatezza, il diritto di voto, la condizione femminile, i diritti degli stranieri, i diritti dei detenuti.

Questo ultimo paragrafo è dedicato ad un sintetico, ed in certi casi meramente esemplificativo, esame dei diritti fondamentali che maggiormente sono venuti in considerazione con riguardo alla normativa emergenziale per il Covid 19. Questi, come già ricordato, sono stati infatti un numero rilevante a partire ovviamente dalla libertà di circolazione, al diritto alla salute, al diritto all'istruzione, alla libertà di iniziativa economica, al diritto al lavoro, alla libertà religiosa, al diritto al voto, al diritto di difesa, solo per citare quelli più coinvolti.

Indubbio che tali diritti possono in certi casi subire limitazioni, purchè queste avvengano nel rispetto dei criteri fissati dalla Costituzione, a partire da quello della riserva di legge e specificati dalla giurisprudenza costituzionale. La Corte ha infatti in varie occasioni sottolineato la necessità che la normativa emergenziale abbia carattere temporaneo e sia sempre strettamente connessa al fatto legittimante, che i poteri riconosciuti agli organi amministrativi siano ben definiti nel contenuto, nei tempi e nelle modalità di esercizio e che non si tratti quindi di pieni poteri, che le misure siano adeguatamente supportate da dati scientifici.

Un ruolo assolutamente centrale viene riconosciuto, negli interventi del Giudice costituzionale, al criterio della proporzionalità e ragionevolezza delle misure adottate in relazione alla situazione da regolare.

Tale condizione richiama la necessità di un'attività di necessario bilanciamento tra i differenti diritti costituzionali che vengono in gioco, quando essi non possono essere realizzati tutti congiuntamente, per cui si pone la necessità di procedere ad un loro bilanciamento teso allo scopo di individuare dapprima quale fra i diritti in conflitto, nella specie, debba prevalere e, successivamente, quale sia la soluzione di minor danno per i diritti che in quella occasione vanno a soccombere, comunque tale da salvaguardare il loro nucleo irriducibile garantito dalla Costituzione.

⁷² M. MANDATO, *Il rapporto Stato-regione nella gestione del Covid-19*, in *Nomos*, n. 1/2020

La Corte costituzionale ha infatti sostenuto come, nell'ordinamento costituzionale, nessun diritto può ritenersi assoluto, in quanto in tal caso esso diverrebbe "tiranno" rispetto a tutti gli altri e come la valutazione debba comunque essere svolta caso per caso, con riguardo alle specificità del momento e non in assoluto, una volta per tutte. Per questo nel bilanciamento tra due stessi diritti, può essere che in un caso prevalga l'uno e in altro caso prevalga invece l'altro.

Con riguardo alla vicenda Covid-19, è stato giustamente sostenuto che la situazione pone il rischio di adottare misure insufficienti oppure misure eccessive, con gravi ricadute su diritti costituzionalmente tutelati, anche in considerazione delle tante incertezze che la circondano, mentre non ritengo condivisibile che la drammaticità della situazione renda privo di senso chiedersi se le misure siano coerenti con i principi di ragionevolezza e proporzionalità delle misure limitative dei diritti ⁽⁷³⁾.

Il diritto alla salute è l'unico diritto espressamente qualificato come "fondamentale" dalla Costituzione ("la repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività") ed alcuni hanno ricavato la conseguenza che esso sia collocato sul gradino più alto, tanto che risulti quindi legittima la compressione di tutti gli altri diritti, essendo compito dello Stato preservare la salute e la vita dei cittadini ⁽⁷⁴⁾.

La posizione del tutto prevalente, e che personalmente condivido, è invece a favore della necessità di bilanciare tale diritto con gli altri diritti costituzionali, accolta anche dalla giurisprudenza costituzionale, da ultimo espressa con riferimento al caso della possibile chiusura degli stabilimenti Ilva in quanto nocivi per la salute. In una prima decisione (sent. 85/2013) la Corte ha affermato il principio secondo cui il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale, concludendo nel senso della ragionevolezza del bilanciamento operato dal legislatore. Dopo cinque anni (sent. 58/2018) la Corte invece è giunta alla conclusione opposta nei riguardi del successivo decreto legge, ritenendo che, mentre poteva ritenersi ragionevole e proporzionata la disciplina contenuta nel d.l. precedente, altrettanto non può dirsi per il successivo, avendo esso privilegiato in modo eccessivo l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva, trascurando del tutto le esigenze di diritti costituzionali inviolabili legati alla tutela della salute e della vita stessa.

Una posizione in certo senso eccentrica è stata espressa da chi ha fortemente criticato la assoluta prevalenza attribuita al diritto alla salute sopra qualsiasi situazione soggettiva, sostenendo che in fondo nella legislazione di emergenza non è stata la salute il bene tutelato, dal momento che si sarebbero mandati al macello proprio i medici che avrebbero dovuto garantire la salute o sarebbe stata del tutto trascurata la salute degli ospiti anziani delle residenze sanitarie ⁽⁷⁵⁾.

L'attività di bilanciamento, a volte operata direttamente dalla Costituzione, viene più spesso realizzata dal legislatore, il quale opera così inevitabilmente anche scelte politiche delle quali si assume la responsabilità.

Nel rapporto tra diritto e politica, in alcuni casi è forte l'incidenza dell'elemento tecnico e dei risultati della scienza. La legislazione emergenziale in generale e quella in esame in particolare ne sono una chiara dimostrazione, basti pensare alle molte strutture emergenziali di esperti (c.d. "task force") create: tra le principali delle quali ne sono state individuate 15, oltre a 40 ulteriori "strutture di emergenza", con circa 500 esperti a livello statale ed altre decine a livello locale ⁽⁷⁶⁾.

Un ruolo particolarmente importante è stato assunto dal "comitato tecnico scientifico", istituito dal Capo del dipartimento della protezione civile, il quale deve, di norma, essere sentito per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità delle misure da adottare (art. 2.1 d.l.19/2020).

⁷³ A. D'ALOIA, *op. cit.*

⁷⁴ A. MAZZOLA, *Il sistema delle fonti e i provvedimenti adottati per contenere l'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Nomos*, 1/2020

⁷⁵ F. RESCIGNO, *op. cit.*

⁷⁶ A. CELOTTO, *op. cit.*

In casi quali quello in esame, la Corte costituzionale ha ammonito il legislatore a tenere nella massima considerazione la posizione dei tecnici ed a motivare adeguatamente le ragioni per cui si discosta dal loro parere (ad es. sent. 40/2004).

In caso di posizioni unanimi da parte della comunità scientifica, si è ritenuto che lo spazio delle scelte politiche si riduca quasi a zero⁽⁷⁷⁾. Anche se forse uno spazio per le scelte politiche, seppur ridotto, è difficile da escludere, dal momento che esiste quella necessaria attività di bilanciamento cui abbiamo accennato poc'anzi. Così, per il tema che ci occupa, pare indiscutibile che il restare tutti chiusi nelle proprie abitazioni riduce o addirittura elimina qualsiasi rischio di contagio e questo, per paradosso, potrebbe essere ritenuto la misura scientificamente migliore fino alla scoperta di un vaccino. Questo se non fosse appunto che la misura va bilanciata con gli effetti negativi che determina su altri diritti fondamentali, di natura economico-sociale, un bilanciamento che non può certo essere attribuito ad un comitato tecnico, ma che può svolgere solamente il soggetto politico.

Termino questo paragrafo, e con esso il saggio, con la indicazione di alcuni diritti e di alcuni problemi che in proposito si sono posti, con la precisazione che si tratta di una esposizione del tutto sommaria ed anche frutto di una scelta arbitraria.

Parto ovviamente dai due diritti maggiormente coinvolti: la libertà di circolazione ed il diritto alla salute.

La libertà di circolazione è garantita dall'art. 16 Cost., che stabilisce una riserva relativa di legge e prevede anche le condizioni in base alle quali può essere limitata, tra le quali i motivi di sanità e il carattere generale della normativa. Non molti problemi ha quindi suscitato la normativa primaria emergenziale, se non per i suoi rapporti, che già abbiamo analizzato, con la normativa secondaria (i dpcm) di attuazione.

Alcuni hanno fatto notare come la limitazione della libertà sia stata tale (“tutti a casa”) da trasformarsi in una sorta di arresto domiciliare, venendo così a determinare una contiguità tra la libertà di circolazione e la libertà personale, per la quale però è prevista una riserva di giurisdizione che quindi nella specie sarebbe stata violata⁽⁷⁸⁾. Soluzione decisamente rigettata da quanti hanno osservato come la misura della quarantena è un provvedimento di tutt'altra natura e funzione, per cui sarebbe da escludere un suo avvicinamento alla misura della detenzione domiciliare⁽⁷⁹⁾, mentre altri, pur ritenendo azzardato parlare in questo caso di arresti domiciliari, hanno poi convenuto che, nella sostanza, non si tratti di cose fra loro molto lontane⁽⁸⁰⁾.

Unanime è stata invece la valutazione negativa in ordine ai provvedimenti dei presidenti delle giunte regionali i quali hanno ritenuto di poter chiudere i confini delle loro regioni, nella considerazione che nessuna legge regionale può porre limiti alla circolazione (Silvestri) e nessuno può chiudere la “sua” regione⁽⁸¹⁾.

Sul *diritto alla salute* un aspetto che purtroppo si è drammaticamente posto è stato quello di dover scegliere chi curare, dal momento che le strutture non erano nelle condizioni di poterlo fare per tutti, nella consapevolezza che una simile scelta andava a determinare la morte di qualcuno.

Non si tratta, come noto, di un problema nuovo, ma che ad esempio è da tempo al centro del dibattito scientifico con riguardo alla materia dei trapianti, allorchè si deve decidere a chi, tra i richiedenti, trapiantare l'unico organo disponibile.

In proposito si sono confrontate diverse teorie in campo bioetico⁽⁸²⁾: a) quella libertaria-individualistica, che favorisce il giovane, il ricco o di chi maggiori possibilità a scapito delle persone più vulnerabili. Negando la natura sociale del problema, la politica è quella del non intervento, che

⁷⁷ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*

⁷⁸ A. CERRI, *Spunti e riflessioni minime a partire dall'emergenza sanitaria*, in *Nomos*, 1/2020; F.S. MARINI, *op. cit.*

⁷⁹ M. LUCIANI, *op. cit.*

⁸⁰ A. RUGGERI, *Il Coronavirus cit.*

⁸¹ A. D'ALOIA, *L'art. 120 Cost., la libertà di circolazione e l'insostenibile ipotesi delle ordinanze regionali di chiusura dei “propri confini”*, in *Diritti fondamentali*, 18 ottobre 2020

⁸² L. PALLAZZANI, *La pandemia Covid-19 e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate: chi curare?*, in *BioLaw Journal, Rivista di Biodiritto*, 1/2020

ha motivato nella emergenza in atto la teoria della c.d. immunità di gregge; b) quella utilitaristica, fondata sul raggiungimento del miglior risultato per il maggior numero di persone, a parità di spesa, privilegiando il paziente con maggiori prospettive di recupero e conseguente emarginazione dei più deboli. Per questo la discussione in ordine all'“ageismo”, vale a dire una discriminazione in base all'età; c) quella fondata sulla eguaglianza delle persone, nella assegnazione di diritti e di doveri e nella compensazione a favore di coloro che si trovano in situazione disagiata. Unico criterio di scelta quindi è quello oggettivo della valutazione medica, caso per caso, della condizione clinica e della presumibile efficacia del trattamento, secondo criteri di proporzionalità ed adeguatezza.

Senza poter svolgere considerazioni che richiederebbero ben altro approfondimento, non certo possibile in questa sede, ritengo che i principi costituzionali, fondati sulla eguaglianza, con divieto di discriminazione per condizioni personali e sulla centralità del valore della dignità della persona conducano senza dubbio a ritenere più conforme la terza delle teorie riassunte.

Con riguardo alla emergenza sanitaria in corso la Società italiana di anestesia analgesia riabilitazione e terapia intensiva (Siaarti) ha pubblicato in data 6 marzo 2020 un documento contenente “raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili”⁽⁸³⁾, il quale pare prevalentemente ispirato dalla teoria fondata sulla eguaglianza delle persone.

Due ulteriori aspetti particolari sono emersi con riferimento al diritto alla salute: la situazione dei malati non da Covid-19, i quali si sono visti impossibilitati a fruire dei normali servizi sanitari, a dover rinviare *sine die* interventi chirurgici da tempo programmati, ponendo in questo caso la necessità di un bilanciamento tra malati affetti da Covid ed altri malati, pure essi bisognosi di cure. L'altro aspetto riguarda invece i disabili, i quali in certi casi si sono visti interrompere i normali servizi sanitari e, se affetti da Covid-19, sono stati postergati alle persone, affette dallo stesso virus, ma prive di complicazioni ulteriori, alle quali è stata data priorità, stante la situazione di superaffollamento degli ospedali.

Altra libertà sulla quale si è svolta una ampia discussione è stata la *libertà religiosa e di culto* rispetto alla quale, come è stato scritto, chiara è stata la prevalenza data alla *salus corporum* rispetto alla *salus animarum*⁽⁸⁴⁾.

La normativa emergenziale ha disposto la sospensione delle cerimonie religiose, degli eventi a carattere religioso in luoghi pubblici e privati, l'apertura degli edifici di culto, purchè siano evitati assembramenti e garantito il distanziamento tra le persone.

Alcuni fra i problemi interpretativi che si sono posti:

a) la conciliazione tra i limiti alla circolazione e l'apertura dei luoghi di culto. Logica vorrebbe che, al pari di quanto previsto per le farmacie o i supermercati, allorchè un luogo è aperto al pubblico vi sia anche la possibilità di recarvisi, ma questo ha forse fatto pensare ad una troppo comoda scusa per sottrarsi alle limitazioni alla circolazione e quindi la scelta ha abbandonato la logica. Il ministro dell'interno ha chiarito che l'accesso alla chiesa è ammesso solo se ciò avvenga in occasione di spostamenti giustificati da altre ragioni: solo chi ha la fortuna di trovarsi la chiesa per strada può entrare a pregare;

b) se la messa debba farsi rientrare tra le “attività religiose” sospese oppure debba essere distinta in quanto “funzione” religiosa. La conferenza episcopale si è espressa nel primo senso e la Direzione centrale degli affari dei culti ha precisato, a proposito di logica, che le celebrazioni liturgiche “non sono di per sé vietate, ma possono continuare a svolgersi senza la partecipazione dei fedeli”. Giusta

⁸³ B. BRANCATI, *L'integrazione tra scienza e diritto, in relazione all'ammissione ai trattamenti di terapia intensiva durante l'emergenza Covid-19*, in E. MALFATTI (cur.), *Scienza, tecnologia e forme di produzione giuridica, DPCE on line*, fasc. 3/2020.

⁸⁴ A. LICASTRO, *Il “lockdown” della libertà di culto pubblico al tempo della pandemia*, in *Consultaonline*, 14 aprile 2020.

la critica: o sono cerimonie e quindi sempre vietate oppure sono consentite, nel rispetto delle misure precauzionali ⁽⁸⁵⁾;

c) il necessario bilanciamento tra tutela della salute e libertà di culto. Sul piano sostanziale chiaramente e credo correttamente è stata data la prevalenza alla prima, ma ci potremmo interrogare se sia stata altresì tenuta nel debito conto la finalità di salvaguardare il nucleo essenziale della seconda, sembrando quasi che la si sia ritenuta come qualcosa di cui si può tranquillamente fare a meno ⁽⁸⁶⁾.

Sul piano procedurale è stata lamentata una gestione esclusivamente governativa senza alcun coinvolgimento delle autorità religiose, così a seguito della decisione unilaterale di consentire le celebrazioni funebri limitando la presenza ad un numero massimo di 15 persone, vi è stata una forte protesta da parte della Conferenza episcopale, che ha portato ad un mutamento di strategia. In data 7 maggio 2020 è stato infatti approvato un Protocollo che indica nel dettaglio le regole per l'accesso ai luoghi di culto, rimettendo la possibilità di conformare la partecipazione dei fedeli alla effettiva capacità di accoglienza di ciascun edificio ⁽⁸⁷⁾.

Anche il *diritto all'istruzione* rientra tra quelli che sono stati coinvolti dalla normativa emergenziale anti Covid-19 con particolare riguardo alla decisione di chiudere le scuole di ogni ordine e grado e le Università, sostituendo le attività in presenza con lezioni da remoto *online*.

Il principale problema emerso è stato quello relativo all'utilizzo ed all'accesso allo strumento informatico, dal momento che non tutti i docenti possono ritenersi educati ad una didattica a distanza e soprattutto non tutti gli studenti hanno l'utilizzo dello strumento, specie in famiglie con più figli e semmai con uno o due genitori impegnati con le modalità di lavoro "agile".

In generale, specie con lo sguardo rivolto al dopo pandemia, non dovrà essere sottovalutata l'importanza, per la formazione ed educazione degli studenti, della attività in comune e del rapporto fisico, guardando alla scuola soprattutto come luogo di sviluppo della personalità ⁽⁸⁸⁾.

Anche l'esperienza che abbiamo avuto nelle Università con esami e lezioni *online* non è stata, almeno per quanto possa valere la mia esperienza personale, affatto soddisfacente, dal momento che, ad esempio, non è sempre agevole garantire la serietà della verifica, stante le possibili (strategiche?) interruzioni di connessione, la presenza occulta di alcuni suggeritori o quanto altro, come ben conoscono i colleghi.

Per le lezioni da remoto sono consapevole della assoluta necessità di operare in tal senso nel periodo della emergenza, quanto della necessità di tornare al più presto alla "normalità", secondo le linee indicate dal ministro per l'Università, attraverso un'attività in presenza "mista", con rotazione degli studenti presenti e le molte altre soluzioni in questi giorni sperimentate. La cosa da evitare è che l'ipotesi di lezioni a distanza continui anche dopo, semmai in parte o per seminari o altro, una modalità certamente non disdegnata da quanti hanno ritenuto certamente più comodo poter far lezione dalla propria abitazione o dal proprio studio professionale.

Le lezioni in presenza ritengo siano essenziali per la formazione degli studenti, trasformare l'esperienza universitaria in una serie di incontri virtuali significherebbe la fine di una università quale quella che abbiamo fino ad oggi conosciuto, trasformando i nostri corsi di laurea in corsi a distanza, come accade nelle università telematiche.

Per comprendere dove conduce questa esperienza, potremmo pensare di registrare le lezioni e di metterle a disposizione degli studenti che potrebbero ascoltarle quando e come vogliono e semmai sentirle di nuovo per le parti risultate meno chiare. Dove sta infatti la ragionevolezza nel doversi collegare ogni giorno, tutti insieme ed ad orario prefissato, quando la lezione è *online*?

⁸⁵ A. LICASTRO, *op. cit.*; M. MICHETTI, *La libertà religiosa e di culto nella spirale dell'emergenza sanitaria Covid-19*, in *Diritti fondamentali* 23 maggio 2020, fasc. 2/2020

⁸⁶ A. LICASTRO, *op. cit.*

⁸⁷ M. MICHETTI, *op. cit.*

⁸⁸ G. LANEVE, *In attesa del ritorno nelle scuole, riflessioni (in ordine sparso) sulla scuola, tra senso del luogo e prospettive della tecnologia*, in *Osservatorio costituzionale Riv. AIC*, 2 giugno 2020, fasc. 3/2020

Il docente potrebbe allora preparare, semmai durante le vacanze estive, una registrazione dell'intero corso e poi metterlo a disposizione degli studenti. Certamente avrebbe il pregio di dare al docente la possibilità di rivedere ed eventualmente correggere la sua lezione.

Quale senso avrebbe mantenere la distinzione di un corso in A, B e C, realizzata per porre un limite al numero massimo degli studenti di un corso? Se la lezione è *online* i corsi dovrebbero all'evidenza essere unici, perdendo di senso la distinzione, con evidente beneficio economico e senza nulla togliere al servizio offerto agli studenti, che anzi potrebbero giovare del fatto che certamente il corso sarà assegnato al docente più preparato fra i due-tre-quattro fra cui è attualmente ripartito il corso, in ragione del numero degli studenti e secondo l'ordine alfabetico del loro cognome.

A proposito della incidenza della normativa emergenziale sui procedimenti giurisdizionali, e quindi anche sul *diritto di difesa*, abbiamo già parlato (v. *retro*, par. 7), adesso vorrei limitarmi solo a ricordare una vicenda particolare, strettamente collegata con l'emergenza in corso.

La Fondazione Luigi Einaudi aveva chiesto alla presidenza del consiglio dei ministri di poter avere accesso ai verbali relativi ai pareri resi dal Comitato tecnico scientifico sulla cui base erano poi stati approvati i dpcm. La presidenza ha negato l'accesso in quanto trattavasi di "atti della pubblica amministrazione diretti alla emanazione di atti normativi generali e contro tale decisione la Fondazione ha fatto ricorso al giudice amministrativo, rilevando come la mancata conoscenza dei pareri avrebbe inciso sulla garanzia del diritto di difesa e sulla possibilità di un controllo politico-democratico.

Il Tar Lazio ha accolto il ricorso, rilevando come alla richiesta di accesso fossero state opposte solo ragioni di carattere formale e non sostanziale, non sulla base cioè di motivi oggettivi di segretezza o di riservatezza a tutela di prevalenti interessi pubblici.

La presidenza ha presentato appello al Consiglio di Stato, il quale ha sospeso la decisione del Tar, ponendo il rilievo le particolarità del caso: verbali come presupposto di misure volte a limitare diritti fondamentali; pareri riferiti a periodi e condizioni ormai superati; l'accesso "civico" non consentito per atti atipici.

La dottrina ha espresso un giudizio negativo, sottolineando la violazione palese del principio di trasparenza⁽⁸⁹⁾ e ricorrendo altresì ad espressioni davvero molto, forse eccessivamente, severe quali "vicenda davvero imbarazzante", che c'è da augurarsi "non succeda mai più"⁽⁹⁰⁾.

La Presidenza ha poi deciso di rivedere la propria posizione, di aderire alle richieste della Fondazione e di desecretare in data 5 agosto 2020 i verbali del Comitato tecnico scientifico.

Un ampio dibattito, tuttora in corso, ha suscitato la decisione di realizzare, allo scopo di ridurre gli effetti della diffusione del virus e come già sperimentato in Corea del sud, una apposita app (App. Immuni) per il monitoraggio del contagio; allo scopo il ministro per l'innovazione tecnologica ha nominato un gruppo di 74 esperti.

La vicenda ha fatto discutere in ordine alla possibile lesione (o alla previsione di meccanismi atti ad evitarla) del *diritto alla riservatezza*.

Mentre alcuni hanno sostenuto che la tutela della *privacy* in questo caso non viene minimamente in considerazione, essendo utile sapere se lo Stato può tracciare i movimenti delle persone, mentre poca o nessuna rilevanza ha il problema se lo stesso è in grado di difendere questi dati nei confronti di soggetti terzi⁽⁹¹⁾, altri hanno ritenuto falsa l'alternativa tra tutela della salute e della riservatezza, non essendovi tra i due un rapporto di esclusione, ma solo un necessario bilanciamento (Colapietro-Iannuzzi).

Sulla conformità della App Immuni ai principi costituzionali, la maggioranza dei commentatori ha ritenuto che, ad evitare il contrasto con la Costituzione, la sua applicazione debba essere facoltativa, anche se altri hanno affermato che si potrebbe anche passare alla obbligatorietà, in caso di scarsa

⁸⁹ C. DELLA GISTINA, *Il Consiglio di Stato riforma la sentenza del T.a.r. e ammette l'opposizione del segreto sui verbali del Comitato tecnico scientifico*, in *Diritti fondamentali*, 5 agosto 2020

⁹⁰ M.G. CIVININI, G. SCARSELLI, *Che non succeda mai più*, in *Questione giustizia*, 31 luglio 2020

⁹¹ M.G. CIVININI, G. SCARSELLI, *op. cit.*

accettazione, in applicazione dei principi costituzionali di solidarietà (art. 2) e di tutela della salute (art. 32) ed altresì per evitare disparità di trattamento tra chi aderisce e chi non fa⁽⁹²⁾.

Al momento in cui scrivo (29 agosto 2020) la diffusione della App Immuni è assai bassa (circa il 15%) e per alcuni ciò è dovuto anche alla presenza di app regionali⁽⁹³⁾.

Anche i diritti politici sono stati coinvolti dalla normativa emergenziale e, oltre ai già ricordati diritti di riunione o di manifestazioni pubbliche, ha riguardato pure il più classico dei diritti politici, ossia il *diritto di voto*.

La vicenda riguarda in particolare l'avvenuto rinvio delle votazioni per il referendum costituzionale oppositivo avente ad oggetto la proposta di revisione costituzionale approvata dal parlamento e relativa alla riduzione del numero dei parlamentari, nonché delle votazioni per le elezioni amministrative per il rinnovo dei consigli di alcune regioni e comuni.

Per il referendum dapprima il governo ha revocato il decreto di indizione della votazione, poi ha allungato il termine per l'indizione stessa (art. 81 d. l. 18/2020), mentre per le elezioni amministrative il d.l. 26/2020 ha rinviato le votazioni fissate a primavera.

Una parte della dottrina ha ritenuto di individuare nei suddetti provvedimenti una eccessiva prevalenza riconosciuta alla tutela della salute rispetto al diritto di voto⁽⁹⁴⁾, sottolineando altresì che garantire le elezioni a scadenze elettorali precise è requisito essenziale per ogni democrazia⁽⁹⁵⁾. A questi rilievi è stato contrapposto, in maniera a mio giudizio convincente, che non è tanto aver accordato prevalenza al diritto alla salute, quanto aver cercato di garantire anche, e forse soprattutto, il diritto al voto, quale voto consapevole ed informato⁽⁹⁶⁾; condizioni difficilmente realizzabili in un momento in cui le persone sono obbligatoriamente chiuse nelle loro abitazioni e certamente prese da problemi personali altri rispetto alla riduzione del numero dei parlamentari o al rinnovo dei consigli regionali.

Un acceso dibattito ha poi suscitato la decisione di fissare una unica data (*election day*) per entrambe le votazioni. Il d.p.r. 17 luglio 2020, sulla base di quanto previsto dal d.l. 26/2020, ha infatti stabilito che le elezioni si svolgessero in due giorni (20 e 21 settembre 2020) e di far coincidere le date del referendum con quelle delle elezioni amministrative “in considerazione di esigenze di contenimento della spesa anche connesse alle misure precauzionali individuate per la tutela della salute degli elettori e dei componenti di seggio”.

L'accorpamento è stato criticato da quanti hanno sostenuto che la normativa elettorale prevede che siano accorpate le votazioni su differenti referendum che si tengono nello stesso anno, così come per elezioni amministrative e politiche, mentre il principio opposto (non accorpate) deve valere per le votazioni referendarie e per quelle politiche⁽⁹⁷⁾, stante la diversa logica istituzionale che sta alla base delle stesse e che potrebbe produrre inopportuni inquinamenti. In un caso il corpo elettorale è chiamato ad opporsi ad una scelta fatta dal parlamento ponendo in essere un istituto di democrazia diretta che potrebbe smentire la scelta e sul punto la rappresentatività del parlamento, nell'altro la logica è chiaramente nel senso della realizzazione della democrazia rappresentativa. Si potrebbe anche sostenere che la partecipazione al voto referendario potrebbe subire conseguenze, almeno in senso quantitativo, dovute all'effetto di traino derivante dalla compresenza nello stesso seggio delle elezioni amministrative, specie nella considerazione che solo una parte limitata del territorio nazionale è interessato da queste ultime.

Anche sulla base di alcune di queste argomentazioni, il comitato promotore del referendum sul taglio dei parlamentari ha sollevato un conflitto di attribuzione davanti alla Corte costituzionale in ordine

⁹² C. COLAPIETRO, A. IANNUZZI, *App di “contact tracing” e trattamento dei dati con algoritmi: la falsa alternativa fra tutela del diritto alla salute e protezione dei dati personali*, in *Diritti fondamentali*, 10 giugno 2020, fasc. 2/2020

⁹³ G. SCACCIA, C. D'ORAZI, *La “concorrenza” fra Stato e autonomie territoriali* cit.

⁹⁴ A. PERTICI, *op. cit.*

⁹⁵ N. LUPO, *op. cit.*

⁹⁶ V. DE SANTIS, *Il voto in tempo di emergenza. Il rinvio del referendum costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari*, in *Osservatorio costituzionale Riv. AIC*, 24 marzo 2020, fasc. 3/2020

⁹⁷ V. DE SANTIS, *op. cit.*

alla decisione dell'*election day* per la diversa natura delle elezioni politiche rispetto a quelle referendarie, La Corte costituzionale in questi giorni (ord. 13 agosto 2020, n. 195) ha risolto il conflitto con una decisione processuale di inammissibilità, ritenendo che il comitato promotore, nel sollevare il conflitto, avrebbe agito fuori dalle funzioni ad esso spettanti. In realtà la Corte non ha mancato di svolgere alcuni rilievi sul merito, rilevando ad esempio che la scelta della data delle elezioni rientra nel potere discrezionale ed insindacabile del governo, che dall'accorpamento non deriva alcun pregiudizio per la votazione referendaria e che la eventuale incidenza sulla affluenza alle urne sarebbe di per sé irrilevante, dal momento che per il referendum costituzionale, a differenza di quello abrogativo, non è previsto un *quorum* di validità.

Come indicato nella premessa a questo saggio, la incidenza della pandemia sulle istituzioni e sui diritti delle persone non può non dipendere dalla situazione di partenza, ossia dalle condizioni in cui vivono le istituzioni e dal grado di tutela riconosciuto ai diritti. E' per questo che la emergenza da Covid-19 in alcuni casi non ha fatto altro che portare a maggiore evidenza aspetti e problemi presenti, già noti e non risolti, questo è il caso della situazione della donna nella società, degli stranieri e dei detenuti.

Per quanto riguarda la *condizione femminile*, correttamente Marilisa D'Amico⁽⁹⁸⁾ sottolinea come la crisi in atto sia destinata a pesare moltissimo sulla condizione della donna, a seguito della chiusura delle scuole, la necessità di seguire i figli e la famiglia, di svolgere a casa il "lavoro agile". Sono poi poste in rilievo anche le conseguenze negative per gli atti di violenza domestica, aumentati in questi giorni o derivanti dalla chiusura o ingolfamento delle strutture sanitarie che rendono assai più difficoltosa la possibilità di interruzione volontaria della gravidanza nelle strutture pubbliche.

Un problema, quello della non sufficiente attenzione alla condizione femminile, che certamente non aveva bisogno della emergenza da Covid-19 per essere conosciuto e che però ha avuto modo di essere platealmente dimostrato dalla assenza femminile tra il personale tecnico facente parte delle varie commissioni ministeriali. La cosa è risultata di tal evidenza che, al fine di garantire una rappresentanza di genere, il presidente del consiglio ha integrato (12 maggio 2020) il comitato di esperti diretto da Vittorio Colao con 5 donne ed allo stesso modo il Capo della protezione civile ha integrato il Comitato tecnico-scientifico con 6 donne.

Con specifico riguardo al "lavoro agile", per il quale sono state coinvolte molte donne lavoratrici, mi pare degno di considerazione, con riguardo principalmente al "dopo emergenza", il suggerimento a non normalizzare questa modalità, cui molte donne potrebbero essere portate allo scopo di poter meglio conciliare i propri impegni sul lavoro e nella famiglia. Essa infatti potrebbe determinare una situazione di solitudine e di debolezza della lavoratrice, con dilatazione del tempo-lavoro rispetto al tempo-vita⁽⁹⁹⁾.

Anche la condizione degli *stranieri* ha inevitabilmente subito un aggravamento a seguito della emergenza sanitaria, basti solo pensare alla chiusura degli uffici pubblici, alla organizzazione del soccorso sanitario o alla dubbia possibilità di proseguire nel trattenimento nei centri.

Tra le misure specifiche, conseguenti al Covid-19, da segnalare il decreto interministeriale 7 aprile 2020 il quale ha stabilito che, fino al 31 luglio 2020, tutti i porti italiani sono da considerare, a seguito dell'emergenza sanitaria, "porto non sicuro" ai fini dello sbarco degli stranieri salvati in mare. Il provvedimento è stato considerato⁽¹⁰⁰⁾ di dubbia legittimità, dal momento che viene data una definizione generale, relativa a tutti i porti, mentre nel diritto internazionale la nozione di porto sicuro deve essere valutata di volta in volta e con riguardo al caso concreto.

Come detto la pandemia ha fatto emergere o reso più evidenti problemi da tempo irrisolti, come nel caso di specie certamente quello della regolarizzazione dei lavoratori migranti, aggravato dai decreti sicurezza. Per Bonetti la pandemia potrebbe essere ritenuto motivo legale (art. 20 d. leg. 286/1998)

⁹⁸ M. D'AMICO, *Emergenza, diritti, discriminazioni*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2020

⁹⁹ A. ALGOSTINO, *op. cit.*

¹⁰⁰ P. BONETTI, *Gli effetti giuridici della pandemia del Coronavirus sulla condizione degli stranieri*, in *Federalismi.it* 20 maggio 2020

per legittimare la regolarizzazione di tutti gli stranieri che si trovano in Italia in situazione di soggiorno irregolare.

Termino con un riferimento alla condizione dei *detenuti e delle carceri*, che sconta una drammatica situazione di partenza, caratterizzata dal sovraffollamento carcerario, per cui la situazione di emergenza da Covid-19 ha mostrato, come è stato scritto, “il carcere reale”⁽¹⁰¹⁾.

La normativa emergenziale ha disciplinato alcuni aspetti specifici della vita carceraria, nella consapevolezza della difficoltà di combattere la diffusione del virus in un ambiente particolare come il carcere.

E’ stata quindi dettata una disciplina limitativa con riguardo agli ingressi, ai colloqui con i parenti, al lavoro inframurario, al ricevimento di pacchi dall’esterno, alla situazione di semilibertà. Ciò ha causato violente proteste e sommosse all’interno delle carceri, con morti tra i detenuti.

Il bilanciamento tra la tutela della salute dei detenuti ed il mantenimento del trattamento punitivo ha condotto alla emanazione da parte dei giudici di sorveglianza di provvedimenti con cui sono stati riconosciuti alcuni benefici, fra i quali gli arresti domiciliari. La cosa ha suscitato una forte reazione da parte di alcune forze politiche, soprattutto allorchè tali misure sono state riconosciute a detenuti per reati di mafia o sottoposti al trattamento speciale dell’art. 41-bis, causa la gravità dei reati commessi.

Giustamente si è parlato in proposito di “populismo carcerario” (D’Amico) per definire la posizione di quanti, in contrasto con i principi della Costituzione, ritengono i detenuti soggetti privi della titolarità di diritti.

Tra i benefici riconosciuti ai detenuti, a seguito della emergenza sanitaria, ha giustamente suscitato critiche (Lorenzetti) la previsione secondo cui l’accesso alle misure di detenzione domiciliare è consentito solamente a coloro che hanno la disponibilità di un “alloggio idoneo”, determinando ciò una discriminazione a danno proprio di chi soffre di una condizione di maggiore fragilità sociale.

¹⁰¹ A. LORENZETTI, *Il carcere ai tempi dell’emergenza Covid-19*, in *Osservatorio costituzionale Riv. AIC* 7 aprile 2020, fasc. 3/2020