

## La gestione dell'emergenza sanitaria: un'analisi in chiave giuridico-positiva dell'esperienza.... \*\*

di  
Vincenzo Baldini\*

SOMMARIO: 1. Qualche premessa definitoria. Lo "stato di eccezione" come categoria del Politico. Ovverossia, l'epifania del "sovrano" senza diritto ... 2. Lo stato d'eccezione come prospettazione teoretico-giuridica nel contesto dello Stato costituzionale di diritto. 3. Le fonti di disciplina dell'emergenza (costituzionale) nell'ordinamento giuridico statale. 4. L'emergenza sanitaria da Covid-19 in Italia: aspetti problematici di una (presunta) "normalizzazione" amministrativa. \*segue: i TT.SS.OO. previsti da ordinanze regionali ed il divieto di circolazione 5. Le problematiche di ordine giuridico-positivo della gestione emergenziale: alla ricerca della Grundnorm di riconoscimento. 6. Conclusioni: l'emergenza sanitaria tra limiti di un ordinamento giuridico "concorrente" ed elementi sintomatici di involuzione del modello di democrazia.

**1. Qualche premessa definitoria. Lo "stato di eccezione" come categoria del Politico. Ovverossia, l'epifania del sovrano senza diritto....**

*"Sovrano è, chi decide sullo stato di eccezione"*. Questa nota asserzione della Teologia politica di Carl Schmitt<sup>1</sup> viene evocata, all'inizio di queste riflessioni, con un tono critico e, nel contempo, problematico poiché lo stato di eccezione

---

\* Professore ordinario di Diritto Costituzionale – Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale

\*\* Il presente lavoro riprende in una versione elaborata la relazione: *"Liberdades ed Estado de direito no contexto de crise da Pandemia Covid-19"*, svolta al Convegno internazionale (webinar) sul tema: *"Direitos Humanos e a crise da Pandemia da Covid-19 "* (26-27 e 28.10. 2020).

<sup>1</sup> C. Schmitt, *Politische Theologie* (1922), 8. Aufl., Berlin 2004, p. 13.

(*Ausnahmezustand*), secondo *Carl Schmitt*, è la condizione di dominio assoluto del Politico che, come tale, resta esterna ed estranea alla sfera del diritto positivo, “accessibile alla conoscenza giuridica”<sup>2</sup> perché afferente all’orizzonte del Giuridico<sup>3</sup> (v. *infra*). Lo stato d’eccezione si colloca, dunque, in una “«frangia ... incerta, all’intersezione fra il giuridico e il politico»<sup>4</sup>. E’ in tale condizione che si staglia assoluta la figura del sovrano-decisore, prevalendo sulla forza regolatrice di ogni diritto positivo.

La consistenza problematica del richiamo a *Carl Schmitt* sta nella perenne incertezza degli esiti e delle conseguenze del conflitto logico e teleologico tra stato d’eccezione e stato costituzionale di diritto<sup>5</sup>, tra il regno del Politico<sup>6</sup> e la razionalità

---

<sup>2</sup> ... in quanto “entrambi gli elementi, la norma e la decisione (quale specifico elemento giuridico), restano nel quadro nel Giuridico”: *C. Schmitt*, op. cit., p. 19.

<sup>3</sup> *Idem*.

<sup>4</sup> *G. Agamben*, *Stato di eccezione*, Torino, 2003, p. 9 (con riferimento al pensiero di *A. Fontana*, *Du droit de résistance au devoir d’insurrection*, in *J.-C. Zancarini* (a cura di), *Le Droit de résistance*, Paris, 1999, p. 16.

<sup>5</sup> Del resto, uno “stato di eccezione” positivamente previsto e regolato si proporrebbe come fattispecie “specificata” dell’ordinamento giuridico statale prestandosi, di conseguenza, ad una declinazione giuridica tipizzata.

<sup>6</sup> Occorre chiarirsi bene sulla portata e il concetto di Stato costituzionale di diritto. Esso, nella sua accezione essenziale, di matrice liberale e ispirata soprattutto dal pensiero positivista, tende a risolversi nella misurabilità dell’esercizio del potere (esecutivo) in conseguenza del suo assoggettamento alla legge (stato di diritto), affidato, tale controllo, ad altro potere autonomo e indipendente chiamato perciò a far rispettare la volontà del legislatore. Sono due i profili essenziali che assicurano l’effettività di tale dimensione: l’esistenza di un atto legislativo che autorizzi l’esercizio del potere amministrativo orientandolo attraverso la previsione di regole di principio (principio di legalità). In questo senso, alla primazia della legge si rapporta l’esigenza della prevedibilità e calcolabilità del potere esecutivo, oltre che della sua sottoposizione al controllo giurisdizionale. Il secondo presupposto va rinvenuto nell’esistenza di un potere “neutro” giudiziario chiamato a sindacare ed eventualmente a censurare l’esercizio illegittimo (cioè non conforme al parametro legislativo) del potere amministrativo. L’originaria dimensione funzionale dello stato di diritto si arricchisce nella portata con il transito verso il costituzionalismo democratico e, per quanto ci riguarda, nello specifico, con l’avvento della Carta repubblicana democratica del ’48. Intesa come espressione di razionalità sostanziale<sup>6</sup> la democrazia sancita nella stessa Carta implica l’inclusione nella sfera dello stato di diritto di tutte quelle regole, sostanziali e procedurali, che valgono a stabilizzare le dinamiche del confronto tra interessi politici divergenti e a garantire trasparenza, comprensibilità e visibilità della decisione<sup>6</sup>. Tali regole si aggiungono, così, al complesso di principi e diritti fondamentali che conferiscono alla Costituzione una specifica identità assiologico-funzionale operando, nell’ottica dello Stato costituzionale di diritto, come paradigma normativi rispettivamente, da osservare -attraverso condotte permissive- o da realizzare attraverso l’impegno attivo degli stessi poteri pubblici. Peraltro, l’esistenza stessa di limiti

dell'assetto organizzativo attraverso cui lo Stato assicura, di norma l'osservanza ed il rispetto generale del diritto, insieme alla peculiare tutela delle sfere di libertà dei cittadini<sup>7</sup>.

Il presente lavoro intende concentrare il fuoco dell'attenzione sull'analisi del complesso degli atti di gestione dell'emergenza sanitaria in atto misurandone la portata alla stregua dei canoni dello stato (costituzionale) di diritto. Ciò anche al fine di rinvenire, eventualmente, sintomi di quel "«punto di squilibrio tra diritto pubblico e fatto politico»"<sup>8</sup> che configura lo stato di eccezione misurandosi, in relazione a questo, le dinamiche del confronto e, nel contempo, il limite dell'efficacia regolatrice del diritto positivo, destinato ad operare in un quadro dell'ordinaria esperienza giuridica<sup>9</sup>, di fronte alla valenza reale della "non sussumibilità"<sup>10</sup> delle azioni del pubblico potere entro la fattispecie astratta prevista dalla norma giuridica.

Sul piano metodologico (oltre che nell'approccio epistemologico), la riflessione muove da alcune premesse intorno a categorie classiche (stato di eccezione, stato di emergenza) per procedere poi all'indagine di diritto positivo sulla disciplina dell'emergenza costituzionale<sup>11</sup>. Sul presupposto di una difficoltà d'inquadramento del complesso degli atti emergenziali nel contesto dello stato costituzionale di diritto l'interesse di studio va anche nella direzione di fissare i contenuti della norma di riconoscimento presupposta che sostiene tale complesso, scongiurando anche per tale via ogni possibilità di declinare l'esperienza presente secondo la categoria eminentemente politica dello stato di eccezione.

---

dell'agire dello Stato si coniuga con l'impegno attivo di quest'ultimo nella realizzazione dell'istanza di Giustizia che figura come il prodotto ultimo dell'esperienza costituzionale.

<sup>7</sup> Sul punto, v., tra gli altri, I. Maus, *Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaat*, in M. Tohidipur (Hrsg.), *Der bürgerliche Rechtsstaat*, 1. Band, Frankfurt am Main, 1978, p. 13 ss; nonché, ivi, N. Luhmann, *Gesellschaftliche und politische Bedingungen des Rechtsstaats*, p. 101 ss.

<sup>8</sup> G. Agamben, op. loc. cit.

<sup>9</sup> C. Schmitt, *Politische Theologie*, cit., p. 18.

<sup>10</sup> C. Schmitt, op. ult. cit., p. 19.

<sup>11</sup> Si tratta di quella condizione di straordinarietà in cui finisce, al limite, per trovare un senso anche la prefigurata contrapposizione tra Stato e ordinamento giuridico secondo la visione tipicamente schmittiana. („*Der Staat bestehen bleibt, während das Recht zurücktritt*“): C. Schmitt, *Politische Theologie* (1922), 8. Aufl., Berlin 2004, p. 18.

## 2. Lo stato d'eccezione come prospettazione teoretico-giuridica nel contesto dello Stato costituzionale di diritto.

Ai fini dell'analisi che qui conduce non è inopportuno indugiare su caratteri e presupposti dello stato di eccezione, sotto il profilo teorico-dogmatico come in relazione alla forza performativa che esso reca rispetto al contesto dell'esperienza ordinamentale. Preliminarmente, deve precisarsi come locuzioni quali "stato d'emergenza" e "stato d'eccezione" non sono da intendersi alla stregua di categorie identiche o sinonimiche; soltanto stato d'eccezione infatti manifesta una sua generale tipicità sul piano sostanziale quale situazione di fatto laddove, invece, lo stato di emergenza può integrare i termini di una fattispecie astratta prevista e disciplinata dal diritto positivo, secondo l'esempio che ci deriva da altri ordinamenti costituzionali europei (Francia, Germania, Spagna) e, sul versante legislativo, dallo stesso ordinamento interno (d.lgs. n. 1/2018, in materia di protezione civile).

Dal punto di vista teleologico, la legittimazione dello stato d'eccezione si pone in una relazione funzionale esclusiva con il fine intrinsecamente giuridico dell'autoconservazione dello Stato, nell'obiettivo di ripristinare quanto prima la "normalità fattuale"<sup>12</sup> delle relazioni sociali indispensabile perché l'ordinamento giuridico torni regolarmente a spiegare effetto<sup>13</sup>. Tanto, muove dal presupposto che l'ordinamento giuridico statale non spieghi efficacia al di fuori dell'ordinaria esperienza (al di fuori del "normale"), pertanto, lo stato di eccezione in quanto azione reale viene a cadere sotto l'integrale ed esclusivo dominio del Politico. Quale "contrario del Normativo"<sup>14</sup> tale azione non trova per la sua regolazione alcun limite normativo se non quello derivante dalla natura assiologica propria di essa che deve mirare, si è detto, al sollecito ripristino dell'assetto ordinamentale tipico. La descritta natura assiologica, a ben vedere, riflette il presupposto e, nel contempo, la ragione ultima di

---

<sup>12</sup> Idem.

<sup>13</sup> Idem.

<sup>14</sup> Così O. Depenheuer, *Selbstbehauptung des Rechtsstaates*, Paderborn – München – Wien – Zürich, 2007, part. p. 41

esistenza dello stato d'eccezione per cui quest'ultimo manifesta un rilievo giuridico<sup>15</sup> pur nell'impossibilità logica di rinvenirsi, per esso, una norma giuridico-positiva di riconoscimento.

Quanto finora detto fa comprendere come lo sforzo di alcuni Paesi europei di regolare espressamente, seppure con inflessioni differenti<sup>16</sup>, l'emergenza costituzionale connessa a eventi in grado di recare pregiudizio all'integrità materiale o istituzionale dello Stato<sup>17</sup>, va inteso essenzialmente come il risvolto positivo della volontà di arginare, se possibile, ogni deriva dello stato d'eccezione riportando la regolazione e gestione di eventi straordinari sotto il dominio del diritto positivo. In tal modo, l'emergenza verrebbe a declinarsi come fattispecie ordinaria (*Normallage*) anche allorquando i relativi atti di gestione introducano deroghe a diritti fondamentali<sup>18</sup>. D'altro canto, il silenzio tenuto in materia da molte Costituzioni, inclusa quella italiana, non va inteso senz'altro come disinteresse per ciò che appare intrinsecamente non suscettibile di irreggimentazione normativa; esso, piuttosto, può rivelare l'intento del singolo Costituente di mantenere ogni disciplina dell'emergenza entro la cornice della normativa costituzionale, sulla premessa che quest'ultima rechi i presidi di una positivizzazione di ogni situazione imprevista e imprevedibile. L'assenza di regolamentazione espressa dell'emergenza costituzionale equivale alla sua propria

---

<sup>15</sup> Idem: Come per quella sulla sussistenza dei presupposti integranti uno stato di eccezione anche il ripristino della situazione normale<sup>15</sup> rientra nella decisione del sovrano

<sup>16</sup> Infatti, mentre la Cost. francese (art. 16) si spinge anche ad individuare i presupposti sostanziali che giustificano l'apertura di una fase di emergenza costituzionale, definendo poi l'imputazione delle attribuzioni e le procedure d'esercizio dei poteri "eccezionali", la Costituzione spagnola (art. 116) mentre rinvia a una legge organica la regolazione dei diversi livelli dell'emergenza, insieme alle competenze e alle restrizioni corrispondenti (art. 116 c. 1 Cost. sp.) procura di disciplinare direttamente i rapporti organizzativi relativi, rispettivamente, alla dichiarazione e alla durata dell'emergenza, oltre alle altre garanzie istituzionali (convocazione in permanenza del Congresso, divieto di elezioni durante l'emergenza, etc.).

<sup>17</sup> C. Mortati, voce *Costituzione (Dottrine generali)* in *E.d.D.*, XI, Milano, 1962, p. 140 ss., part. p. 194.

Su una specifica distinzione tra caso regolare e caso-limite (*Normalfall* ed *Ernstfall* o *Ausnahmefall*), ove quest'ultimo si apre alla regolazione di fatto, v. tra gli altri O. Depenheuer, *Selbstbehauptung des Rechtsstaates*, Paderborn – München – Wien – Zürich, 2007, part. p. 40 ss. (in cui peraltro l'A rileva l'identità sul piano giuridico-normativo di *Ernstfall* e *Ausnahmefall*.. Inoltre, v. anche M. Freund, *Demokratie – Wagnis des Vertrauens (Not und Notrecht, Norm und Ausnahme)*, in A. Arndt, M. Freund, *Notstandsgesetz – aber wie ?*, Köln, 1962, p. 70 ss.

negazione quale vicenda tipizzata di natura costituzionale ed alla sua normalizzazione entro un quadro regolativo che è quello ordinariamente offerto dalla stessa Costituzione. Così, l'irriducibilità dell'emergenza entro tale quadro varrebbe a proiettarla in una dimensione fattuale di eccezionalità, comunque rilevante in senso giuridico<sup>19</sup> almeno in quanto esorta al mantenimento dei strumenti ultimi di funzionamento dello stato di diritto. E' in questa situazione che si rende pressante l'imperativo di "evitare per quanto possibile l'arbitrio" mantenendosi "alcune garanzie formali proprie dello Stato di diritto"<sup>20</sup> e utilizzando "nella misura massima possibile" le prescrizioni della Carta fondamentale<sup>21</sup>. Un tale assunto, a ben vedere, allude nel contempo ad un presupposto e ad un obbligo: il primo consistente nell'imprevedibilità e peculiare gravità degli eventi straordinari che giustificano una reazione immediata di difesa da parte dell'ordinamento giuridico dello Stato. L'obbligo si fa consistere, invece, nella garanzia di un livello essenziale delle tutele apprestate dall'ordinamento giuridico statale che assicurano la tenuta anche in tali condizioni dello stato (costituzionale) di diritto. Anche in tal senso, lo stato di eccezione resta un fenomeno rilevante per la Costituzione e non è mai catalogato come un fatto del tutto estraneo alla sfera giuridica.

### ***3. Le fonti di disciplina dell'emergenza (costituzionale) nell'ordinamento giuridico statale.***

---

<sup>19</sup> E.-W. Böckenförde, *Der verdrängte Ausnahmezustand*, in *NJW*, 1978, p. 1881 ss., part. p. 1884. Conforme, O. Depenheuer, op. ult. cit., ( „Der Ausnahmefall bedeutet in seiner intensivsten Form das Ende des Recht“). In tal senso, v. anche H. Hesse, *Grundfragen einer verfassungsmäßigen Normierung des Ausnahmezustandes*, in *Juristen Zeitung (JZ)*, 1960, p. 105. La conclusione di E.-W. Böckenförde (p. 1884) sulla base della premessa che la connessione tra diritto e realtà sociale configura un "momento costitutivo" del diritto stesso trova fondamento anche nell'impostazione formale di chi sostiene, sulla scorta del pensiero razionalista di *Emmanuel Kant* -secondo cui quella dell'emergenza si configura come una situazione in cui non c'è più il diritto- che una decisione in senso giuridico non possa che "derivare integralmente dal contenuto di una norma": così, R. v. Mohl richiamato in: C. Schmitt, *Politische Theologie* (1922), 8. Aufl., Berlin 2004, p. 13.

<sup>20</sup> C. Mortati, voce *Costituzione (Dottrine generali)* in *E.d.D.*, XI, Milano, 1962, p. 140 ss., part. p. 194.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 195.

Con riguardo al sistema giuridico italiano, esclusa in principio ogni richiamo all'emergenza intesa quale fonte *extra-ordinem*<sup>22</sup>, la scelta del Costituente, maturata anche sull'esperienza dell'art. 48 Cost. Weimar<sup>23</sup>, è stata quella di rinunciare ad una specifica regolazione dell'emergenza costituzionale che potesse comportare deroghe e/o sospensioni dell'efficacia di norme costituzionali. Le uniche forme tipizzate di gestione di situazioni di emergenza sono, dunque, quella prevista dall'art. 78 Cost. e il ricorso alla decretazione d'urgenza, ex art. 77 Cost. Viene in rilievo, inoltre, il figurino generale della delega legislativa ex art. 76 Cost. se ed in quanto praticabile anche in situazioni di emergenza grave.

Per l'art. 78 Cost., va rilevato tuttavia come la sua portata regolatrice resta espressamente circoscritta ad una fattispecie determinata (il caso di guerra) e, peraltro, di improbabile realizzazione stante la devoluzione della competenza a organizzazioni internazionali delle decisioni di azione militare. Nondimeno, il figurino che esso disciplina, secondo cui alle Camere parlamentari spetta, di regola, la decisione fondamentale sull'esistenza di un'emergenza costituzionale, conferendosi poi al Governo i "poteri necessari"<sup>24</sup> per la sua gestione, si mostra del tutto conforme ai canoni propri della forma di governo parlamentare e, perciò, può forse prestarsi ad un impiego più generalizzato, oltre la fattispecie tipica cui la stessa previsione si riferisce, quando ne ricorrano le condizioni. Con riferimento, invece, alla decretazione ex art. 77 Cost., il Costituente ha inteso fornire, in generale, uno strumento normativo al Governo per fronteggiare immediatamente e "sotto la sua responsabilità" situazioni "straordinarie di necessità e urgenza" attraverso l'adozione di provvedimenti provvisori con forza di legge (art. 77 Cost.), ad efficacia temporalmente limitata.

---

<sup>22</sup> Al riguardo, v. soprattutto L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 447 ss., che tuttavia, distingue quattro categorie di fonti *extra-ordinem*, tra cui (richiamando però la posizione di altri Aa.) anche "ogni singolo atto o fatto normativo difforme dal corrispondente modello legale, che tuttavia realizzi il suo scopo: cioè si mostri in grado di modificare l'ordinamento...".

<sup>23</sup> Al riguardo e, più in generale, con riferimento alla figura e ai poteri del *Reichpräsident* nel sistema costituzionale di Weimar, v. da ultimo C. Gusy, *100 Jahre Weimarer Verfassung*, Tübingen, 2018, p. 176 ss. Sul profilo specifico dello stato di emergenza, v. p. 278 ss.

<sup>24</sup> Ovviamente, il riferimento è sempre completato dalla clausola implicita del *rebus sic stantibus* che, nel caso di uno stato di emergenza, non può che ritenersi esistente sempre e comunque.

L'intervento delle Assemblee rappresentative, nella circostanza resta comunque assicurato ai fini della conversione in legge di tali atti.

Al di là del livello costituzionale, norme specifiche per fronteggiare situazioni di emergenza si trovano nella l.n. 833/78<sup>25</sup> e, in forma più organica, nel codice della protezione civile (d.lgs. n. 1/2018) in cui tra l'altro si definisce una tipologia di eventi calamitosi (art. 7)<sup>26</sup> e si determinano presupposti e condizioni per la dichiarazione, da parte del Consiglio dei Ministri, dello stato di emergenza di rilievo nazionale (art. 24)<sup>27</sup>. Tale previsione rende concreta, così, una primazia del Parlamento nella determinazione dei presupposti di una tale dichiarazione mentre definisce le attribuzioni in favore del Governo<sup>28</sup> o di suoi componenti (es., Ministro della Salute), oltre che di autorità territoriali cui può spettare la gestione di tale stato<sup>29</sup>. Nella stessa legge, però, difetta ogni prescrizione relativa a modalità di azione e limiti temporali,

---

<sup>25</sup> ...come quella che conferisce al Ministro, al Presidente della Regione e al Sindaco il potere di emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente in materia di igiene, sanità e polizia veterinaria (artt. 32 ss.).

<sup>26</sup> Art. 7, d. lgs. n. 1/2018: (*Tipologia degli eventi emergenziali di protezione civile*): "lett. b) emergenze connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che per loro natura o estensione comportano l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni, e debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo, disciplinati dalle Regioni e dalle Province autonome di Trento e di Bolzano nell'esercizio della rispettiva potestà legislativa;

lett. c) emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo ai sensi dell'articolo 24."

<sup>27</sup> Art. 24 c. 1 (*dichiarazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale*): ""1. Al verificarsi degli eventi che, a seguito di una valutazione speditiva svolta dal Dipartimento della protezione civile sulla base dei dati e delle informazioni disponibili e in raccordo con le Regioni e Province autonome interessate, presentano i requisiti di cui all'articolo 7, comma 1, lettera c), ovvero nella loro imminenza, il Consiglio dei ministri, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, formulata anche su richiesta del Presidente della Regione o Provincia autonoma interessata e comunque acquisitane l'intesa, delibera lo stato d'emergenza di rilievo nazionale, fissandone la durata e determinandone l'estensione territoriale con riferimento alla natura e alla qualità degli eventi e autorizza l'emanazione delle ordinanze di protezione civile di cui all'articolo 25. ...".

<sup>28</sup> Pur trattandosi nella specie di un generico riferimento a "mezzi e poteri straordinari" (art. 7, c. 2, lett. b) e c), d.lgs. n. 1/2018)

<sup>29</sup> Come si è detto, la normativa parla soltanto dell'esistenza o dell'imminenza di eventi che "presentano i requisiti di cui all'articolo 7, comma 1, lettera c)," definendo poi il procedimento per la dichiarazione.

entro un minimo e un massimo, di eventuali misure di sospensione di diritti fondamentali. Resta del tutto indeterminata, inoltre, l'imputazione dei poteri di gestione in capo all' Esecutivo mentre la previsione del ricorso ad atti formalmente amministrativi, da parte del Governo o di un singolo Ministro, sembra piuttosto lasciare intendere che nella specie non di un'emergenza costituzionale si tratti, con la conseguenza che non sono ammesse, in tal caso, deroghe alla disciplina costituzionale. A ritenere diversamente, peraltro, occorre anche chiarire entro che termini una siffatta disciplina possa ritenersi compatibile con la cornice della normativa costituzionale.

In ogni caso, la presenza di un complesso normativo mirato tra l'altro alla razionalizzazione dell'emergenza nei suoi aspetti fondamentali lascia capire il perché quella dello stato d'eccezione è ormai da tempo ritenuta una categoria *altmodisch*<sup>30</sup>, dunque di rilievo marginale nel contesto dello stato costituzionale di diritto. Ciò del resto trova conferma anche nella giurisprudenza di merito<sup>31</sup>.

#### **4. L'emergenza sanitaria da Covid-19 in Italia: aspetti problematici di una (presunta) "normalizzazione" amministrativa.**

La regolazione dell'emergenza sanitaria ha fatto registrare, nella gran parte dei paesi europei, il necessario arretramento, in questa fase, dell'azione politica delle Assemblee legislative<sup>32</sup> e, di converso, l'affermazione di una centralità assoluta dell'Esecutivo ("è l'ora dell'Esecutivo", ha scritto *Uwe Volkmann*)<sup>33</sup>. La sua regolazione, infatti, affidata pressoché integralmente al Governo e/o a suoi componenti avviene di regola in forma (prevalentemente) amministrativa, ciò che ha l'effetto, tra l'altro, di

---

<sup>30</sup> In tal senso, v. U.Volkmann, *Der alltägliche Ausnahmezustand oder: Not kennt viele Gebote*, in *Merkur*, 2008, p. 369 ss., part. p. 374, con riferimento espresso a Carl Schmitt (nt. n. 5).

<sup>31</sup> Per un più specifico richiamo a tale giurisprudenza, si rinvia tra gli altri a G. Sobrino, *Misure "anti- Covid" e Costituzione: il T.A.R. Calabria promuove "a pieni voti" il Governo ed esalta le esigenze di unità nella gestione dell'emergenza sanitaria* (nota a T.A.R. Calabria, sez. I, 9 maggio 2020, n. 841), in *Oss. cost.*, n. 5/2020, p. 185 ss., part. nt. n.3.

<sup>32</sup> Un tanto permette, tra l'altro, alle forze politiche di maggioranza ed a singoli componenti degli organi di governo, di lucrare, da questa situazione di dominio, vantaggi elettorali: in tal senso, v. ancora U. Volkmann, *idem*.

<sup>33</sup> U. Volkmann, *Der Ausnahmezustand*, in *Verfassungsblog* del 20 marzo 2020, p. 2.

lasciar sfumare la distinzione tra un “prima”, un “durante” e un “dopo” la fase dell'emergenza sanitaria. Nello specifico del caso italiano, poi, a monte è la dichiarazione dello stato di emergenza nazionale, assunta con deliberazione del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 (in conformità al disposto del citato art. 24 c. 3, d.lgs. n. 18/2001) assunta sul presupposto della dichiarazione di emergenza internazionale di salute pubblica dell'Organizzazione Mondiale di Sanità (30.01.2020)<sup>34</sup> A tale dichiarazione, poi diverse volte prorogata<sup>35</sup>, ha fatto seguito l'adozione di una serie di decreti legge e di una lunga serie di atti formalmente amministrativi, di concretizzazione/attuazione delle misure dai primi determinate. Oltre alla generale indicazione di limitazioni e/o sospensioni di libertà costituzionali, tali decreti legge prevedono infatti l'attribuzione in capo agli organi competenti, in origine non meglio identificati (v. art.1, d.l. n. 6 del 2020) del potere di adottare in concreto le suddette misure o di assumerne anche di più restrittive (v. art. 3 c. 1, d.l. n. 19/2020;; art. 1 d.l. 125/2020) o anche derogatorie e/o ampliative rispetto a quelle sancite nel d.l. (art. 1 c. 16, d.l. n. 33/2020). La natura atipica di tali atti<sup>36</sup> sta innanzitutto nelle previsioni che realizzano contestualmente la contrazione/ sospensione di una serie di libertà costituzionali -dalla libertà personale a quella di domicilio, dalla libertà di riunione a quella di circolazione e soggiorno ed alla libertà di esercizio del culto religioso- con la conseguenza di lasciar derivare un sistema giuridico<sup>37</sup> che assume, come regola, quella del divieto di ogni esercizio di libertà, ad eccezione delle sole condotte espressamente concesse<sup>38</sup> e ritenute lecite dal potere pubblico<sup>39</sup>.

---

<sup>34</sup> ...oltre che in conformità a parametri legislativi: artt. 7 c.1 lett. c. e 24, c. 1, dello stesso dlgs. n. 1/2018.

<sup>35</sup> L'ultima proroga, al 31 dicembre 2020, risale alla previsione del d.l. n. 125/2020.

<sup>36</sup> In generale, sulla qualificazione del sistema delle fonti nella condizione di emergenza, v. M. Luciani, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, p. 109 ss. ; A. Ruggeri, *Il Coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta Online*, 1/2020, p. 203 ss. (part. p. 208 ss.).

<sup>37</sup> Meno congruente appare la qualificazione di tale complesso come un “ordinamento” dell'emergenza, trattandosi comunque di atti che, avendo un'efficacia limitata nel tempo, non appaiono dotati di un contenuto normativo e, perciò, non risultano innovativi dell'ordinamento giuridico statale.

<sup>38</sup> Analogo orientamento anche si rinviene nella giurisprudenza (non solo costituzionale) tedesca in cui, sovente, le doglianze poste a base del ricorso sono respinte sulla base della mera affermazione di prevalenza del diritto alla vita e alla salute sugli altri diritti concorrenti e in cui poco assecondato appare, per ciò stesso, il metodo del bilanciamento

D'altro verso, la genericità di tali previsioni contrasta con la garanzia della riserva assoluta di legge<sup>40</sup> a tutela dei suddetti diritti costituzionali mentre abilita una specificazione/concretizzazione in via amministrativa, tanto a livello nazionale (ordinanze del P.d.C.M., del Ministro della Salute) come a livello territoriale (ordinanze di Presidenti di Regioni e Sindaci) delle misure ivi sancite. Agli atti di concretizzazione, ben oltre la rispettiva forma tipica, è conferita perciò un'intensità politica reale che sottende la loro efficacia anche derogatoria delle previsioni recate dall'atto-fonte di livello primario.

**4.1. segue: i TT.SS.OO. previsti da ordinanze regionali ed il divieto di circolazione.**

In quest'ordine di idee appare problematica sostenere senz'altro la conformità del complesso di tali atti al piano della legittimità costituzionale<sup>41</sup>. Se per un verso non sembra venire in discussione l'esistenza, per ciascuno di essi, di una norma di riconoscimento ciò non basta a farli ritenere senz'altro integrati entro la sfera dello stato costituzionale di diritto. In particolare, per i contenuti dei decreti legge in questione la previsione dell'art. 77 Cost. non basta di per sé a giustificarli, salvo ad intendere la stessa previsione quale regola di salvaguardia del sistema, così da

---

degli interessi. Per i più specifici riferimenti giurisprudenziali, cfr. ancora V.Baldini, *Emergenza sanitaria e Stato di diritto: una comparazione Italia-Germania* cit.,.

<sup>39</sup> V. anche il d.l. n. 125/2020 e gli altri atti (dpcm e ordinanze regionali) precedenti, in cui si utilizza spesso l'espressione "è consentito" "si consente", etc. per definire, accanto ai divieti, gli ambiti interstiziali della libertà che il potere stesso, nelle forme e alle condizioni dallo stesso stabilite, consente di esercitare.

<sup>40</sup> Soltanto nell'ipotesi di ambiti materiali riservati in via (solo) relativa alla legge, può ammettersi l'intervento anche di atti secondari di attuazione, in osservanza delle regole di principio eventualmente sancite dalle fonti primarie.

<sup>41</sup> Tali decreti, del resto, non prevedendosi per la loro legittima adozione una previa delibera del Consiglio dei Ministri, non sono di norma sottoposti al controllo preventivo di legittimità della Corte dei Conti, svolto ai sensi ex art. 3, c. 1, l. n. 20 del 1994 (v. in tal senso anche art. 3 c. 4, l. n. 400/1988).

legittimare ogni intervento (anche derogatorio di norme costituzionali) mirato a preservare la conservazione dell'ordine costituzionale<sup>42</sup>.

Per altro verso, una specifica questione di compatibilità con la cornice normativa costituzionale ha riguardato la previsione obbligatoria di trattamenti vaccinali per le categorie cd. "a rischio" sancita da ordinanze di Presidenti di Regione<sup>43</sup>. La questione in parola può presentare un ulteriore risvolto problematico riguardante la generale legittimazione delle Regioni a poter intervenire in ambiti materiali che la Costituzione riserva alla legge quando i primi vengano a ricadere nella sfera delle competenze materiali (es. tutela della salute) spettanti ai legislatori regionali (ex art. 117, cc. 3 e 4, Cost.). In tal caso, la norma di riconoscimento dell'esercizio di tali attribuzioni regionali andrebbe parimenti a rinvenirsi nella disciplina costituzionale.

Nel caso in discussione la previsione dell'ordinanza integra una fattispecie di T.S.O. per la cui realizzazione è imposta una riserva di legge generale (art. 32 c. 2 Cost.), ritenuta dalla dottrina prevalente come assoluta<sup>44</sup> e rinforzata<sup>45</sup>, oltre che di natura esclusivamente statale<sup>46</sup>. In quest'ottica la previsione dell'ordinanza regionale,

---

<sup>42</sup> Sulla controversa convertibilità di dd.l. contenenti tali previsioni derogatorie, v. ancora C. Mortati, op. ult. cit., p. 195, che evidenzia tale problematica in ragione del fatto che, nella specie, la conversione in legge non mirerebbe, come di norma, ad una novazione della fonte ma finirebbe per "assumere valore solo di controllo politico e di sanatoria della responsabilità assunta" dal Governo "per la violazione operata della Costituzione.

<sup>43</sup> V. ord.za del Presidente della Regione Lazio 17 aprile 2020, n. Z00030, recante "Ulteriori misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-2019. Ordinanza ai sensi dell'art. 32, comma 3, della legge 23 dicembre 1978, n. 833 in materia di igiene e sanità pubblica. Disposizioni in merito alla campagna di vaccinazione antinfluenzale e al programma di vaccinazione antipneumococcica per la stagione 2020-2021";

<sup>44</sup> Nel senso di qualificare tale riserva come assoluta, v. tra gli altri P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 153; P. Caretti, *I diritti fondamentali*, II ed., Torino, 2005, p. 434. *Contra*, propende per la natura relativa della riserva, F. Modugno, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, in *Dir. soc.*, 1982, p. 303 ss.; R. Romboli, *La libertà di disporre del proprio corpo* (commento Art. 5 c.c.), in *Comm. cod. civ.*, Zanichelli - For it., Bologna-Roma, 1988.

<sup>45</sup> In tal senso, v. tra gli altri B. Caravita di Toritto, *Sub Art. 32 Cost.*, in AA.VV., *Commentario breve alla Costituzione* (a cura di V. Crisafulli, L. Paladin), Padova, 1990, p. 222, in cui peraltro è riportata la distinzione tra trattamenti sanitari obbligatori e trattamenti sanitari coercitivi (per i quali si ritiene la liceità nel rispetto delle garanzie sancite dall'art. 13 Cost.). In tal senso, v. anche P. Caretti, op. ult. cit., p. 434.

<sup>46</sup> Così, tra gli altri, A. Simoncini-E. Longo, *Sub Art. 32 Cost.*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione* (a cura di R. Bifulco, A. Celotto), Torino, 2006, p. 655 ss., part. p. 667. V. ancora B. Caravita di Toritto, *Sub Art. 32 Cost.*, cit.. Nello stesso senso sembra possa intendersi

che non trova alcuna norma di riconoscimento, oltre che nella Costituzione, anche nel dettato della l.n. 833/78 (combinato disposto degli artt. 20, 32 c. 2 e 33)<sup>47</sup>, che pure regola l'adozione di ordinanze contingibili e urgenti delle autorità locali, andrebbe giustificata unicamente sulla base del richiamo alla mera necessità come fonte dell'ordinamento giuridico.

Vero è che la tutela della salute ricade nel novero delle materie di legislazione concorrente, ma la norma costituzionale sembra chiaramente istituire, nella specie, un regime di esclusiva competenza dello Stato (art. 32, c. 2 Cost.), anche al fine di scongiurare ingiustificate discriminazioni sul territorio nazionale in merito alla profilassi e prevenzione del rischio sanitario, secondo un'interpretazione assecondata dallo stesso legislatore del '78<sup>48</sup> e dalla giurisprudenza, di merito<sup>49</sup> e costituzionale<sup>50</sup>. Quest'ultima infatti è parsa intendere quella dell'art. 32 c. 2 Cost. come attribuzione di competenza in favore del (solo) legislatore statale<sup>51</sup>, escludendosi interventi del

---

anche la posizione di R. Bin, G. Pitruzzella, *Le fonti del diritto*, 3. Ed., Torino, 2019, p. 19 ss., dove la riserva di legge è definita in relazione alle dinamiche della forma di governo parlamentare.

<sup>47</sup> Nello specifico, l'art. 33, c. 1, l. n. 833/78 prevede che l'autorità sanitaria, nei casi previsti dalla legge, abbia il potere di disporre TT.SS.OO. "secondo l'art. 32 Cost."

<sup>48</sup> La l. n. 833/78, infatti, se per un verso attribuisce al Ministro della Sanità (art. 32, c. 1), come anche al Presidente della Regione ed al Sindaco (art. 32 c.2), un potere di ordinanza, per fronteggiare situazioni "contingibili e urgenti", è anche vero che precisa espressamente come debba essere la legge dello Stato a prevedere i casi in cui possono essere disposti "dall'autorità sanitaria *accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori*" (art. 33, c. 1).

<sup>49</sup> V. sent. TAR Calabria n. 1462 del 15 settembre 2020. V. anche TAR Palermo, sent. n. 1952 del 25 settembre 2020 (seppure con riguardo alla questione migranti) che la legislazione emergenziale COVID autorizza le regioni ad introdurre misure più restrittive rispetto a quelle stabilite dallo Stato nei più specifici limiti stabiliti (unicamente) dal legislatore statale stesso.

La giurisprudenza costituzionale (prima tra tutte la sentenza n. 5 del 2018) sarebbe infatti orientata ad affermare che la vaccinazione obbligatoria, in quanto trattamento sanitario da imporre ai singoli cittadini, rientri nella sfera di attribuzione del potere centrale.

<sup>50</sup> Corte cost. sent. n. 5/2018.

<sup>51</sup> Sul punto, in generale, v. S. Panunzio, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Dir. soc.*, 1979, p. 876 ss.; Più nello specifico, per la vicenda regionale, v. in particolare D. Messineo, *Problemi in tema di discipline regionali sui trattamenti sanitari. Il caso dei vaccini*, in *Le Regioni*, 2009, p. 351 ss., part. 354 ss.. In tema, v. anche M. Plutino, *Le vaccinazioni. Una frontiera mobile del concetto di "diritto fondamentale" tra autodeterminazione, dovere di solidarietà ed evidenze scientifiche*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 1/2017; nonché B. Caravita, *Sub Art. 32 Cost.*, in AA.VV., *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di V. Crisafulli, L. Paladin, Padova, 1990, p. 215 ss., part. p. 221 ss.; A. Simoncini, *Sub Art. 32 Cost.*, in AA.VV.,

legislatore regionale che non siano in qualche modo in una coerente connessione funzionale con la disciplina nazionale mirata alla tutela della salute.

Una conferma indiretta di tale indirizzo può dedursi anche da una recente decisione del TAR del Lazio che ha escluso, in carenza di determinati presupposti, ogni potere dell'autorità regionale di prevedere obblighi vaccinali<sup>52</sup>. Analoghe questioni possono sollevare le misure limitative della libertà di circolazione e soggiorno sancite in ordinanze regionali o locali<sup>53</sup> in relazione alla previsione della riserva di legge generale di cui all'art. 16 Cost., pur se una siffatta limitazione da parte di tali atti sia stata prevista in generale come possibile nei citati decreti legge emergenziali<sup>54</sup>. Resta infatti

---

*Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, Torino, 2006, p. 655 ss., part. p. 667.

<sup>52</sup> In particolare, ha precisato il TAR Lazio come "è ben vero che l'art. 32 della legge n. 833 del 1978 prevede al terzo comma che il presidente della giunta regionale possa adottare ordinanze contingibili ed urgenti in materia di sanità pubblica, ma è altrettanto vero che tale disposizione debba ormai essere letta in uno con le disposizioni di cui all'art. 117 del decreto legislativo n. 112 del 1998 e di cui all'art. 50 del decreto legislativo n. 267 del 2000 (come modificato sul punto dal decreto-legge n. 14 del 2017), disposizioni queste rispettivamente entrate in vigore all'indomani del decentramento amministrativo e della riforma del Titolo V della Costituzione. Esse prevedono in particolare che simili poteri di ordinanza (statale oppure regionale) possano essere esercitati "in ragione della dimensione dell'emergenza". Va da sé che, ove la suddetta dimensione abbia valenza infra-regionale (e comunque sovracomunale), il presidente della regione interessata risulterà ben legittimato ad intervenire. Laddove invece la dimensione assuma quanto meno portata ultraregionale se non addirittura nazionale (come del resto nel caso di specie) la competenza ad adottare simili provvedimenti di urgenza non potrà che essere riservata al centro di imputazione ministeriale".

<sup>53</sup> A mero titolo esemplificativo, si vedano, ad es., l'ord.za n. 8 del 8 marzo 2020 e, soprattutto, l'ord.na n. 15 del 13 marzo 2020 del Presidente della Regione Campania.

<sup>54</sup> Ad es., il d.l. n. 6/2020 citato, all'art. 1, prevedeva, tra l'altro, la possibilità per le autorità competenti di disporre il divieto di allontanamento "dal comune o dall'area interessata da parte di tutti gli individui comunque presenti nel comune o nell'area", come pure il "divieto di accesso al comune o all'area interessata". A propria volta, il d.l. n. 19/2020 ha sancito la possibilità di irrogare le seguenti misure limitative:

a) limitazione della circolazione delle persone, anche prevedendo limitazioni alla possibilità di allontanarsi dalla propria residenza, domicilio o dimora se non per spostamenti individuali limitati nel tempo e nello spazio o motivati da esigenze lavorative, da situazioni di necessità o urgenza, da motivi di salute o da altre specifiche ragioni;

b) chiusura al pubblico di strade urbane, parchi, aree gioco, ville e giardini pubblici o altri spazi pubblici;

c) limitazioni o divieto di allontanamento e di ingresso in territori comunali, provinciali o regionali, nonché rispetto al territorio nazionale;

non meno dubbia la conformità dell'esercizio di tale potere al disposto che sembra annettere unicamente al legislatore statale la competenza a introdurre limitazioni di tale libertà "per ragioni di sanità o di sicurezza"<sup>55</sup>.

**5. Le problematiche di ordine giuridico-positivo della gestione emergenziale: alla ricerca della Grundnorm di riconoscimento.**

Da quanto detto deriva la rappresentazione di un complesso eterogeneo di atti di gestione che, seppure sul piano formale si mostrano ordinati e coerenti, non trovano una sicura cittadinanza nel quadro del diritto costituzionale<sup>56</sup>. La catena delle misure emergenziali<sup>57</sup> sembra porsi solo sul piano formale in una coerente relazione con le coordinate dello stato costituzionale di diritto. Senza voler evocare prospettazioni dogmatiche classiche, che in ambiti materiali riservati alla legge escludono ogni forma di intervento del potere governativo, resta il fatto che i decreti legge emergenziali rivelano una natura atipica sul piano sostanziale che, tuttavia, sembra mancare di un valido supporto legittimativo a livello costituzionale. Del pari è a dirsi (v. *supra*) per le ordinanze delle autorità locali come pure di atti analoghi atti di altri organi dello Stato che, insieme ai decreti legge suddetti, realizzano un complesso sistema giuridico-positivo dell'emergenza, il cui fondamento ultimo, tuttavia, se si prescinde da una

---

e) divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena perché risultate positive al virus."

<sup>55</sup> Sul punto, v. le considerazioni critiche, assolutamente condivisibili, espresse in 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.it*, 2020, nonché, ivi, Id., *L'emergenza e ...i suoi 'infortuni'*.

<sup>56</sup> Nell'esperienza, tale assetto è caratterizzato da un cospicuo utilizzo dello strumento del d.p.c.m., come anche dell'ordinanza da parte del Ministro della Salute e dei Presidenti di Regione e di Sindaci, con l'effetto di aver strutturato un vero e proprio ordinamento emergenziale incardinato sul principio del divieto dell'esercizio di quasi tutte le libertà costituzionali salve le eccezioni recate dagli stessi atti emergenziali. Sul punto, con riguardo all'ordinamento tedesco, v. le considerazioni di Christoph Möller che ha parlato di vivere in una condizione di quasi assenza di libertà ("in einem quasi grundrechtsfreien Zustand"): così riportato in F. Hase, *Corona-Krise und Verfassungsdiskurs*, in *Juristen Zeitung (JZ)*, 2020, p. 700.

<sup>57</sup> Di una "catena normativa dell'emergenza" parla espressamente M. Luciani, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza*, cit., p. 111 ss.

declinazione in senso massimale dell'art. 77 Cost., non è dato rinvenire senz'altro nella Costituzione repubblicana. Nello stato costituzionale di diritto -si è detto (v. *supra*)- il criterio formale non basta di per sé a definire i connotati tipici di un atto. La misura dell'efficacia dell'atto, unitamente alla determinazione della relativa sfera di competenza, concorre in maniera non meno decisiva alla definizione del tipo<sup>58</sup>. Ma il riconoscimento ormai acclarato della Costituzione come sistema di valori, la cui forza sul piano giuridico-positivo è espressa principalmente (seppure non in modo esclusivo) dal sistema dei principi fondamentali che la caratterizzano, non può non avere alcuna incidenza nella delineazione di una tipicità dell'atto (normativo) che è destinata ad essere integrata dall'elemento teleologico. Tanto conduce all'impossibilità di rinvenire nella Costituzione la norma di riconoscimento di atti che seppure formalmente tipici, tuttavia realizzano, quantunque in via provvisoria, l'accantonamento e/o la sovversione dell'ordine costituzionale esistente e dei suoi valori.

Non può valere al riguardo l'obiezione che i decreti legge emergenziali realizzano per intero le condizioni definite dalla norma di riconoscimento (art. 77 Cost.)<sup>59</sup> né avrebbe molto senso in questa circostanza appellarsi alla retorica del *Fehlerkalkül* al fine di ribadire tale riconoscimento alla luce dell'ordinamento giuridico statale<sup>60</sup>. Tanto, infatti, presupporrebbe un'illegittimità di quest'ultimo che invece risulta del tutto insussistente sia alla stregua del dettato costituzionale sia, ancor più, alla stregua dell'assetto straordinario, basato su un diverso presupposto normativo ultimo. Del pari inconferente, poi, si mostrarsi il richiamo al fine dei decreti legge emergenziali di tutela di diritti costituzionali, ciò che lascerebbe impregiudicata l'integrità e l'efficacia dell'ordine esistente, solo momentaneamente contratto attraverso la sospensione dei diritti di libertà. A parte l'opinabilità dell'esito dichiarato, cui si accompagna una durata tutt'altro che contenuta nell'applicazione del regime di

---

<sup>58</sup> Sul punto, v. soprattutto V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. II. L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, 1978, p. 179 ss.

<sup>59</sup> Così A. Merkl, *Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts*, in JBl, 1918, ora anche in H. R. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck, *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, I, Stuttgart, 2010, p. 893 ss..

<sup>60</sup> V. ancora A. Merkl, *Gesetzesrecht und Richterrecht* (1922) in H. R. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck, *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, II, Stuttgart, 2010, p. 1323 ss..

emergenza, a fare fede è essenzialmente il dato oggettivo e, allo stato, inconfutabile rappresentato dal complesso di limiti rigorosi imposti all'esercizio di tali libertà in una logica di prevenzione che tende -come si è detto- a radicare un nuovo assetto organizzativo sulla base del principio di autorità, principio che implica, a propria volta, l'assoluta disponibilità da parte di quest'ultima di ogni decisione circa i termini dell'esercizio dei diritti fondamentali. Ciò, peraltro, prescindendo dall'osservanza di ogni criterio di ragionevole bilanciamento nel confronto tra interessi costituzionalmente tutelati.

Per i decreti legge emergenziali, dunque, seppure formalmente corrispondenti alla fattispecie tipizzata nell'art. 77 Cost. non sembra tuttavia rinvenirsi in quest'ultima la norma di riconoscimento idonea ad integrarli nella sfera degli atti *secundum ordinem*. I loro contenuti derogatori dell'assetto costituzionale ordinario rendono inefficace anche il richiamo al "calcolo di errore" che li porterebbe comunque ad essere inquadrati nella sfera delle fonti legali del diritto (seppure in una condizione probabile d'incostituzionalità). Il fondamento giuridico-positivo della loro legittimità è piuttosto da ricercarsi altrove, il richiamo alla necessità ed all'emergenza non basta di per sé a superare ogni dubbio sulla condizione di non riconoscibilità degli atti in questione. Ciò, pur se questi ultimi espressamente fanno espresso richiamo, per la limitazione dei diritti, all'osservanza dei parametri ordinari di necessità, proporzionalità e adeguatezza, atti ad assicurare l'effettività delle garanzie indissolubili connesse allo stato di diritto. In questa prospettiva, l'effettiva efficacia e vigenza di tali atti sul piano giuridico-positivo potrebbe ammettersi solo sul presupposto dell'appartenenza di questi ultimi ad un "altro" ordinamento sostenuto da un presupposto normativo altro e diverso di quello posto a base della Costituzione del '48.

Le problematiche connesse alla carenza, nella Carta fondamentale, di una specifica normativa sull'emergenza costituzionale, secondo la falsariga del modello spagnolo e/o francese, appaiono qui ancor più evidenti. Esse finiscono per avvolgere in un cono d'ombra, così, anche la prospettiva secondo cui nella Costituzione possono comunque rinvenirsi paradigmi sufficienti a scongiurare uno stato d'eccezione secondo

il modello schmittiano<sup>61</sup>. L'antinomia assiologica e funzionale tra complesso delle misure emergenziali e stato costituzionale di diritto tende a manifestarsi nell'esperienza di cui è parola in modo piuttosto marcato<sup>62</sup> in quanto rileva, soprattutto, un insuperabile conflitto tra logiche concorrenti<sup>63</sup>, quella della prevenzione connessa alla gestione di una situazione emergenziale<sup>64</sup> e quella propria dello stato di diritto. La prima mira esclusivamente all'assecondamento dell'istanza di sicurezza massima avallando strategie di azione a direzione unica; la logica dello stato costituzionale di diritto, invece, asseconda il pluralismo di diritti e interessi, di istanze individuali e collettive, prendendo le mosse dal fondamentale principio di libertà, nel quadro di un assetto ordinamentale comunque ispirato ad un complesso di valori che sottendono le dinamiche dell'esperienza giuridica favorendo il bilanciamento di istanze concorrenti<sup>65</sup>.

Non si mostra, perciò, senz'altro incongruente la ricerca del presupposto normativo ultimo in grado di sostenere la vigenza sul piano giuridico-positivo del complesso degli atti emergenziali sulla premessa di una loro legittimità seppure al di fuori della cornice ordinaria di legalità costituzionale. Un tale presupposto può essere rinvenuto nell'imperativo tacito di generale osservanza delle misure di prevenzione

---

<sup>61</sup> Come è noto, la scelta dei Costituenti italiani di tacere sulla regolazione dell'emergenza costituzionale è apparsa in Assemblea tutt'altro che inconsapevole, dettata soprattutto dall'intento, si è detto, di evitare la configurazione (in via costituzionale) di poteri commissariali, sulla falsariga dell'art. 48 WRV.

<sup>62</sup> In generale, sulla declinazione dello stato di necessità come questione dello stato di diritto, v. A. Arndt, *Demokratie – Wertsystem des Rechts (Notstand – Ein Problem des Rechtsstaats)*, in A. Arndt, M. Freund, *Notstandsgesetz – aber wie ?*, cit., p. 9 ss.

<sup>63</sup> Al riguardo, cfr. da ultimo a V. Baldini, *L'emergenza costituzionale alla luce degli interrogativi kantiani*, in *Consulta online*, 2020 .... Peraltro, la legittimità di una siffatta previsione legislativa potrebbe giustificarsi unicamente in chiave di attuazione ad una specifica disciplina costituzionale dell'emergenza, mancante nella Costituzione italiana, con la conseguenza che quella menzionata dall'art. 24 del dlgs. n. 1/2018 cit., è un'emergenza che non può implicare sospensioni di garanzie costituzionali.

<sup>64</sup> ...di qualunque genere di sicurezza si tratti (es., alimentare, ambientale, sicurezza come ordine pubblico, tutela dei confini etc.). Sul punto, si rinvia tra gli altri a G. Robbers, *Sicherheit als Menschenrecht*, Baden-Baden, 1987, pag. 235 ss.; soprattutto, però a E. Denninger, *Der Präventions-Staat* (1988), ora anche in Id., *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, 1990, p. 33 ss.. Sempre di quest'ultimo A., poi, *Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat* (2003), ora anche in Id., *Recht in globaler Unordnung*, Berlin, 2005, p. 223 ss.; nonché, ivi, Id., *Fünf Thesen zur Sicherheitsarchitektur* (2003), p. 228 ss.

<sup>65</sup> V. Baldini, *Logiche in conflitto: brevi note su prevenzione e stato costituzionale di diritto*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 1/2016.

previste dagli atti assunti da organi competenti, per fronteggiare l'emergenza sanitaria. Esso, come *Grundnorm* di un tale complesso normativo, opera in parallelo a quella che sottende la Costituzione del '48, nel quadro generale della liceità di un pluralismo degli ordinamenti giuridici seppure, nella specie, in una condizione di radicale distinzione/tensione con i principi e le regole dell'assetto ordinamentale regolare dello Stato<sup>66</sup>. Il mantenimento e la vigenza, anche nello stato di emergenza, delle garanzie proprie prestate dall'ordinamento verso gli atti illegittimi del potere pubblico, dal complesso di mezzi e tutele giurisdizionali (artt. 24, 97, 101 e 113 Cost.) fino al ricorso al giudice costituzionale, come accade anche in altri Paesi europei, non è argomento decisivo a revocare in dubbio la fondatezza di un tale assunto né basta di per sé a smentire un regresso operativo del complesso delle condizioni che rendono effettivo lo Stato costituzionale di diritto. Oltre al dato reale, anche quello giuridico-positivo non sembra giustificare prospettazioni differenti ma, anzi, rende congrua la rappresentazione di un vero e proprio ordinamento dell'emergenza incardinato su un generale principio di autorità \*, parallelo e contrapposto a quello tipico definito in Costituzione poiché nega in principio la libertà quale istanza generale e primaria.

In quest'ordine di idee, si mostra piuttosto incongruente e sterile anche il richiamo alla giurisprudenza di legittimità. A parte, infatti, una esegesi piuttosto corriva delle previsioni emergenziali da parte dei giudici, sta in principio che l'applicazione del principio di legalità ha portato questi ultimi ad avere quali paradigmi di riferimento nel sindacato sugli atti amministrativi di attuazioni principalmente le previsioni autorizzatrici dei menzionati decreti legge<sup>67</sup> senza pensare di investire la Corte costituzionale in merito alla questione di legittimità degli stessi. Solo implicitamente assecondando in modo integrale e spesso acritico la *ratio* della prevenzione la giurisprudenza ha finito per imporre una gerarchia nel catalogo dei

---

<sup>66</sup> Sulla ammissibilità di un pluralismo di ordinamenti giuridici, ciascuno risalente ad una distinta e specifica *Grundnorm*, v. in particolare W.-D. Grussmann, *Grundnorm und Supranationalität – Rechtsstrukturelle Sichtweise der europäischen Integration*, in T.v.Danwitz, M. Heintzen, M. Jestaedt, S. Korioth, M. Reinhardt (Hrsg.), *Auf dem Wege zu einer Europäischen Staatlichkeit*, Stuttgart – München – Hannover – Berlin – Weimar, 1993, p.45 ss., part. p. 54 ss.

<sup>67</sup> Da ultimo, sulla dubbia legittimità soprattutto dei primi decreti legge emergenziali, che recavano disposizioni eccessivamente generiche, v. anche E. Cheli, in *Intervista a: Il Sussidiario del 10.11.2020*, (Caos zone rosse: il giurista: c'è una soluzione allo scontro Governo-Regioni)

diritti fondamentali conferendo una prevalenza assoluta al diritto alla vita e alla salute sugli altri diritti costituzionali<sup>68</sup>.

**6. Conclusioni: l'emergenza sanitaria tra limiti di un ordinamento giuridico "concorrente" ed elementi sintomatici di involuzione del modello di democrazia.**

L'analisi fin qui condotta riconduce dunque all'interrogativo posto in apertura di questo lavoro, vale a dire quale relazione sussiste tra il complesso degli atti governativi fin qui adottati per la lotta all'emergenza sanitaria e la cornice normativa dello stato costituzionale di diritto.

Sul piano giuridico-positivo, se si muove -come qui si fa- dalla premessa che la norma di riconoscimento non reca solo paradigma di forma ed efficacia includendosi anche un elemento assiologico-sostanziale tra questi, in ragione della natura non neutrale della Costituzione, sul piano dei valori, ne consegue che all'intero complesso una tale *Erkenntnisnorm* sembri difettare, con la conseguenza di non rendere riconoscibili i rispettivi atti nel contesto dell'ordinamento giuridico statale.

In altre parole, sembra, a chi scrive, che ben oltre il discorso giuridico-formale, la vicenda tenda a spiegarsi pressoché esclusivamente attraverso il dominio del Politico, che è la condizione propria dello stato d'eccezione. Lo stesso sforzo di sistemazione e legittimazione degli atti emergenziali attraverso il richiamo alla necessità intesa quale fonte del diritto<sup>69</sup> riflette una siffatta condizione, almeno nella misura in cui certifica l'irriducibilità di questi ultimi entro la cornice della ordinaria legalità giuridica. Da questo punto di vista, non è del tutto incongruo ritenere che con la gestione dell'emergenza convive il rischio di una trasfigurazione permanente dei tratti essenziali dell'ordinamento costituzionale attraverso l'approdo ad un assetto di Stato di prevenzione la cui esistenza in termini giuridico-positivi si fonda su una nuova *Grundnorm*, distinta e diversa da quella sottesa alla Carta repubblicana del '48. In tale

---

<sup>68</sup> In senso analogo, peraltro, si è mossa anche la giurisprudenza tedesca: sul punto, si rinvia a V. Baldini, *Emergenza sanitaria e stato di diritto: una comparazione Italia* (Incontro scientifico internazionale (Webinar Parma) del 26.5.2020 su: "Costituzione e Covid-19 – Il diritto nell'emergenza della pandemia – Esperienze comparate", ora in *Diritti fondamentali.it*, 2020.

<sup>69</sup> In tal senso, v. ancora O. Depenheuer, op. cit., p. 40.

direzione, del resto, non manca qualche significativo elemento sintomatico, a partire dal progressivo spostamento del potere reale di decisione politica dalle istituzioni a forme autocratiche di potere (*Prozesse der Ent-Institutionalisierung*)<sup>70</sup> insofferenti all'osservanza di vincoli, procedurali e sostanziali, sanciti dal diritto positivo<sup>71</sup>. Ciò concorre a maggiormente indebolire la posizione delle Assemblee elettive -a livello nazionale e territoriale- quali istituzioni di rappresentanza politica e a favorire progressivamente un'idea di democrazia alternativa a quella di tipo parlamentare, basata su una costante dinamica di confronto tra interessi concorrenti.

In tale direzione va anche una retorica dell'emergenza sanitaria che, come forma di comunicazione pubblica emozionale<sup>72</sup> mirata, oltre che a rendere edotta ogni persona sullo stato dell'emergenza in atto, a conferire una dimensione più o meno grave del pericolo in atto finendo così per suscitare nella comunità un sentimento di attenzione e di paura diffusa. Tanto, produce l'effetto, seppure mediato, di generalizzare una giustificazione sociale della strategia di lotta intrapresa dal Governo nazionale e dagli organi territoriali, a tutela della vita e della salute individuale e generale. Si realizza così una compensazione politica impropria, dove il diffuso sostegno popolare alle misure emergenziali vale a compensare il sacrificio dei diritti di libertà, oltre che di altri diritti sociali, imposto dallo stato di emergenza, seppure un tale sacrificio è causa di pregiudizio grave delle situazioni di vita individuali e sociali<sup>73</sup>.

La retorica, quale metodo "di organizzazione del linguaggio naturale", concorre in buona sostanza a una forma di consolidamento di soluzioni e misure che pure

---

<sup>70</sup> O. Lepsius, Editorial, in *Der Staat*, 3/56 (2017), p. 323 ss., part. 324.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 323 ss.

<sup>72</sup> Si tratta della comunicazione di dati, in forma aggregata e disaggregata, riguardanti la situazione del contagio, da cui può ricavarsi la gravità della stessa e il carico insopportabile che una tale situazione determina sulle strutture sanitarie funzionali (ospedali, terapie intensive, rianimazioni etc.).

<sup>73</sup> La retorica è figura ben nota al pensiero filosofico. Il suo impiego, tutt'altro che infrequente nel dibattito politico, mira soprattutto -come è noto- all'intento di provocare, nell'uditore, il convincimento circa la bontà delle argomentazioni del narratore su quelle del suo diretto o indiretto antagonista di turno inducendolo, in fine, ad orientare il proprio consenso in virtù di tale propensione emotiva.

manifestano un deficit, a volte largo, di legittimità costituzionale<sup>74</sup>. In tal senso, essa si mostra sintomatica di una certa crisi culturale che coinvolge il senso della democrazia quale modello organizzativo di razionalità sostanziale<sup>75</sup> declinandolo nella forma falsa e corriva di una democrazia identitaria<sup>76</sup>. L'esaltazione in modo pressoché esclusivo

---

<sup>74</sup> Ma viene sovente ribadito, a livello di riflessione scientifica come democrazia e stato costituzionale di diritto siano categorie fortemente interrelate e causalmente connesse: sul punto v. tra gli altri J. Habermas, *Über den internen Zusammenhang zwischen Demokratie und Rechtsstaat*, in Id., *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt am Main, 1996 p. 293 ss.. Del resto, nemmeno si ignora come di norma manchi trasparenza nei processi decisionali che si svolgono all'interno dell'Esecutivo -lo stesso è a dirsi per quelli connessi all'esercizio del potere di ordinanza da parte di organi monocratici, nazionali e locali. La retorica dell'emergenza tra l'altro intende giustificare, in ultima analisi, la preminenza dell'immediatezza della decisione sulla necessaria dialettica dell'argomento inteso quale medio necessario per la scelta razionale.

<sup>75</sup> Sulla democrazia come forma di razionalizzazione del processo politico, mirato alla decisione razionale, v. soprattutto K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Neudruck der 20. Auflage, Heidelberg, 1999, p. 62 (Rdn. 138). Sottolinea tali connotazioni della democrazia secondo il pensiero di K. Hesse anche J. Masing, *Demokratie – Verstanden im Geiste Konrad Hesses*, in *AöR 144 -Sonderbeiträge anlässlich des 100-jährigen Geburtstages von Konrad Hesse -* (2019), p. 443 ss.

<sup>76</sup> Tale prospettazione si connette, del resto, in modo assolutamente vincolante e complementare tanto con la rappresentazione in senso identitario della democrazia quanto con il privilegiamento, in questa, della dimensione della decisione su quella dell'argomentazione razionale. Per il primo versante, del resto, l'espressione adeguata di democrazia non si configura nell'esercizio del diritto individuale di voto, poiché in siffatto esercizio non si rinviene la forma di manifestazione dell'unità indistinta di popolo: "Die Gleichheit aller Menschen als Menschen ist nicht Demokratie sondern eine bestimmte Art Liberalismus": C. Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage des Parlamentarismus*, 8. Auf., Berlin, 1996, p. 18. ("Es gehört zu den undemokratischen, im 19. Jahrhundert aus der Vermengung mit liberalen Grundsätzen entstandenen Vorstellungen, das Volk könne seinen Willen nur in der Weiße äußern, daß jeder einzelne Bürger, in tiefstem Geheimnis und völliger Isoliertheit, also ohne aus der Sphäre des Privaten und Unverantwortlichen hervorzutreten, unter „Schutzvorrichtungen“ und „unbeobachtet“ - ...- seine Stimme abgibt, dann jede einzelne Stimme registriert und eine arithmetische Mehrheit berechnet wird": C. Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage des Parlamentarismus*, cit., p. 22). Popolo e cittadino appaiono, in tale costruzione, come punti antinomici e inconciliabili giacché il primo assume una dimensione unitaria e indistinta, la cui volontà non è traducibile dall'orientamento unanime di una moltitudine che, invece, racchiude solo il complesso di singole volontà individuali ("Die einstimmige Meinung von 100 Millionen Privatleuten ist weder der Wille des Volkes, noch öffentliche Meinung": Idem). Di contro, la volontà del popolo è destinata a compiersi essenzialmente nell'invocazione, nell'acclamazione del Capo, in una manifestazione che esula dalle forme del diritto positivo e si compie nella percezione esclusiva dell'unità indistinta di popolo: "Der Wille des Volkes kann durch Zuruf, durch *acclamatio* (corsivo dell'A.: n.d.r.), durch selbstverständliches, unwidersprochenes Dasein ebensogut und noch besser demokratisch geäußert werden als durch den statistischen Apparat...": Idem).

della tempestività e semplicità (procedurale) della decisione sul confronto dialettico degli interessi concorrenti, la sua primazia sul valore dell'argomento<sup>77</sup>, sono i risvolti di questa crisi la cui portata può giungere a toccare i fondamenti ultimi su cui poggia lo stato costituzionale democratico di diritto<sup>78</sup>.

In conclusione, pure "in ... tempi di ... ordinato disordine" come questi, occorre evitare -come sollecita Bertold Brecht<sup>79</sup>- l'errore grave, anche sul piano giuridico, di trovare "naturale" tutto ciò che accade perché ormai "succede ogni giorno"<sup>80</sup>. Il giurista costituzionalista, in particolare, non deve dismettere l'abitudine a interrogarsi se quanto di usuale stia accadendo in un senso non proprio conforme alla legalità costituzionale debba ritenersi necessario per la stessa tutela dell'ordine costituzionale, se la lotta all'emergenza, cioè, per essere proficua, richieda o imponga le misure intraprese con il sacrificio effettivo dei diritti costituzionali. Se l'eccezione (il divieto) diventa la regola e quest'ultima (l'esercizio della libertà) si degrada ad eccezione ancor più stretta e rigorosa dev'essere l'azione della scienza giuridica. Si ha bisogno, soprattutto in queste circostanze, di tornare a ribadire il valore della Costituzione come ordinamento fondamentale della vita sociale e parametro indefettibile dell'azione politica evitandosi, così, di declinare la regolarità senz'altro come giuridica legittimità. Chi aspira a tanto anche in nome della democrazia, in realtà, è un chiaro nemico della democrazia<sup>81</sup>.

---

<sup>77</sup> Per una distinzione tra democrazia di decisione e democrazia dell'argomento, v. in particolare R. Alexy, *Grunderchte, Demokratie und Repräsentation*, in *Der Staat*, 54 (2015), p. 201 ss., part. p. 210.

<sup>78</sup> Sull'esistenza di tali presupposti, che lo stato stesso non è in grado di assicurare, v. E.-W. Böckenförde, *Die Entstehung des Staates al Vorgang der Säkularisation* (1967), ora anche in Id., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, 1991, p. 92 ss., part. p. 112; ma, in tema, v. anche J. Habermas, *Vorpolitische Grundlage des demokratischen Rechtsstaates ?* (2004), ora anche in Id., *Zwischen Naturalismus und Religion*, Frankfurt am Main, 2005, p. 106 ss..

<sup>79</sup> B. Brecht, *La regola e l'eccezione*, in Id., *I capolavori*, I, Torino, 1998, p. 231.

<sup>80</sup> Idem.

<sup>81</sup> Cfr. in particolare A. Voßkuhle, *Demokratie und Populismus*, in *Der Staat*, 57 (1/2018), p. 121.