

## **Pandemia e stato d'eccezione\***

di

Gemma Alberico\*\*

SOMMARIO: 1. Stato di eccezione, Costituzione ed emergenza. 2. Quadro sintetico della gestione della pandemia: fonti e misure adottate. 3. Gestione emergenziale e legalità costituzionale. 4. Conclusioni: stato di eccezione o violazione della Costituzione?

### **1. Stato di eccezione, Costituzione ed emergenza.**

La pandemia dovuta alla diffusione del COVID-19 ha messo a dura prova la tenuta dell'ordinamento costituzionale, trovatosi a fronteggiare una situazione di fatto inconfutabilmente eccezionale e straordinaria. Nella gestione dell'emergenza sanitaria molto si è discusso circa l'esercizio del potere, sia per quanto concerne il metodo sia per quanto concerne il merito delle misure adottate per fronteggiare l'emergenza sanitaria, richiamando spesso anche il concetto di stato di eccezione. Prima di soffermarmi sugli aspetti più significativi di questi ultimi due anni di esercizio del potere emergenziale, pertanto, è opportuno segnare dei punti di riferimento in relazione al concetto di stato d'eccezione correlato alla Costituzione e all'emergenza.

Fin dall'inizio di questa fase emergenziale, formalmente cominciata con la deliberazione del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020<sup>1</sup>, uno dei riferimenti più frequenti operati nell'ambito del diritto pubblico e costituzionale è stato quello al concetto di stato di eccezione elaborato da Carl Schmitt nella sua opera *"Teologia politica"*<sup>2</sup>. Una delle citazioni più utilizzate di Schmitt in relazione allo stato di

---

\* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione introduttiva tenuta al Convegno *"Squilibri nella pandemia"* presso l'Università degli studi della Campania "L. Vanvitelli" il 18 novembre 2021.

\*\*Dottoressa di ricerca in Internazionalizzazione dei sistemi giuridici e diritti fondamentali.

<sup>1</sup> Testo reperibile al link: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/02/01/20A00737/sg>

<sup>2</sup> C. SCHMITT, *Teologia politica*, in C. SCHMITT, *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica* (a cura di G. Miglio e P. Schiera), Bologna, 1986.

eccezione è l'incipit della *Teologia politica* in cui si afferma che "*Sovrano è chi decide sullo stato di eccezione*"<sup>3</sup>. Declinabile e declinato in diverse accezioni, tale incipit, se decontestualizzato, rischia di perdere parte del significato della ricostruzione schmittiana, in cui si evidenzia il rapporto tra sovranità ed eccezione, precisando però che quest'ultimo concetto può essere utilizzato in relazione al concetto di sovranità, "*solo in quanto questo si assuma come concetto limite (...) A ciò corrisponde il fatto che la sua definizione non può applicarsi al caso normale, ma ad un caso limite*"<sup>4</sup>. Lo stato di eccezione, quindi, rappresenta per Schmitt una situazione limite, cioè una situazione in cui le regole giuridiche non sono osservate e non sono osservabili, una situazione appunto straordinaria ed eccezionale che causa una sospensione del diritto. Non vi è una definizione specifica del concetto di eccezione né potrebbe esservi, perché l'eccezione in quanto tale è imprevedibile e non è imbrigliabile in una casistica neppure esemplificativa. Secondo Schmitt, dunque, lo stato di eccezione è un caso estremo in cui il diritto è sospeso, ma tale sospensione è ontologicamente preordinata alla temporaneità. Lo stato di eccezione, in quanto tale, costituisce una sorta di parentesi all'interno della quale il diritto costituito non trova applicazione, ma tale parentesi ha natura conservativa, cioè mira a ristabilire nel minor tempo possibile l'ordinamento giuridico preconstituito<sup>5</sup>.

Il concetto di stato di eccezione è stato delineato diversamente, invece, da Agamben, il quale durante la pandemia ha recuperato tale categoria per sostenere tesi anche estreme. Secondo Agamben, lo stato di eccezione sarebbe una situazione persistente, "*la forma legale di ciò che non può avere forma legale*"<sup>6</sup>. Richiamando lo stesso Schmitt, ma prendendone contemporaneamente le distanze, Agamben sostiene che la creazione volontaria di uno stato di emergenza permanente sia divenuta una delle pratiche essenziali degli stati contemporanei e che lo stato di eccezione tende sempre più a presentarsi come il paradigma di governo dominante nella politica contemporanea. Lo stato di eccezione così delineato sembrerebbe caratterizzato da una sorta di

---

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 33

<sup>4</sup> *Ibidem*

<sup>5</sup> C'è anche la possibilità che l'eccezione abbia una natura innovativa, cioè fondi un nuovo ordine costituito anziché conservare il preesistente, ma resta ferma la natura temporanea dello stato di eccezione.

<sup>6</sup> G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, p. 10.

permanenza di un vuoto di diritto o addirittura di anomia in cui il potere si muove senza limiti. Lo stesso autore ritiene che l'espressione stato d'eccezione miri a segnare una distinzione rispetto al cosiddetto diritto speciale, il quale può dirsi applicabile nell'ambito, ad esempio, dello stato di assedio<sup>7</sup> o dello stato di guerra, cioè in un ambito circoscritto.

Come è noto, la Costituzione repubblicana del 1948 non contiene una disciplina dell'emergenza o dell'eccezione, ma prende in considerazione, quale ipotesi di emergenza, soltanto lo stato di guerra, disciplinato dall'art. 78 Cost.<sup>8</sup>, che evidenzia come sussista un minimo costituzionale<sup>9</sup> che resiste anche nella condizione estrema del conflitto bellico. Non vi è dunque una sospensione dell'ordinamento, non vi è una sospensione delle garanzie costituzionali e dei diritti fondamentali, al contrario il quadro costituzionale, nel disciplinare l'ipotesi dello stato di guerra, mette in sicurezza lo stato costituzionale di diritto. Il sistema costituzionale, dunque, rappresenta un limite per il potere emergenziale poiché, pur in assenza di una espressa disciplina dello stato d'emergenza, il Legislatore è chiamato a rispettare i principi fondamentali dell'ordinamento, adottando misure che incidano il meno possibile sulle garanzie costituzionali e arrecando il minor sacrificio possibile all'esercizio delle libertà fondamentali. Il minimo costituzionale che resiste nelle situazioni emergenziali viene individuato nel nucleo essenziale dello stato di diritto, nel rispetto del sistema gerarchico delle fonti e della riserva di legge posti a tutela dei diritti<sup>10</sup>, nella capacità dell'ordinamento di continuare a produrre effetti, pur se integrato da un diritto dell'emergenza che affianca e talvolta deroga il diritto normalmente vigente<sup>11</sup>. I

---

<sup>7</sup> Sullo stato di assedio, cfr. F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Stato d'assedio*, Noviss. Digesto italiano, vol. XVIII, UTET, Torino, 1971; G. MOTZO, *Assedio (stato di)*, Enc. del diritto, III, Giuffrè, 1988. SCUDIERO M., *Aspetti dei poteri necessari per lo stato di guerra*, Napoli, 1969.

<sup>8</sup> Cfr. A. GIARDINA, *Art. 78*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna - Roma, 1979, pp. 103ss.; SCUDIERO M., *Aspetti dei poteri necessari per lo stato di guerra*, Napoli, 1969. In relazione all'impossibilità di ritenere ipotizzabile una dichiarazione di stato d'assedio secondo le forme previste per lo stato di guerra, cfr. A. Pizzorusso, *Emergenza, stato di*, p. 558. In senso contrario, circa la possibilità di ricavare l'estensibilità della disposizione dell'art. 78 cost. all'ipotesi di altre situazioni eccezionali come lo stato d'assedio, G. Motzo, *Assedio (stato di)*, op. cit.

<sup>9</sup> L'espressione è di G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Milano, 2003, 237 ss.

<sup>10</sup> V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986; più recente anche G. DE MINICO, *Costituzione. Emergenza e territorio*, Napoli, 2016, p. 53 ss.

<sup>11</sup> G. MARAZZITA, *ibidem*.

connotati essenziali dell'ordinamento democratico-costituzionale devono essere assicurati soprattutto in presenza di situazioni emergenziali la cui gestione pretende di essere inserita all'interno della cornice disegnata dall'ordinamento vigente, dovendo, al contrario, collocare l'esperienza emergenziale idonea a provocare la sospensione della Costituzione in una parentesi esterna rispetto al modello dello Stato di diritto i cui caratteri fondamentali venissero disattesi<sup>12</sup>. L'art. 78 Cost. precisa un riparto di competenze che si muove proprio in questa direzione, prevedendo che sia il Parlamento a deliberare lo stato di guerra e a conferire al Governo i poteri necessari a gestire la situazione eccezionale, non abdicando in favore dell'esecutivo.

A partire dall'inizio dell'emergenza è stato più volte ricordato come la Costituzione italiana, pur priva di una compiuta ed espressa normativa relativa agli stati di emergenza, sia del tutto idonea a sostenere il peso dell'eccezionalità, o meglio, a consentire di gestire e fronteggiare eventuali situazioni imprevedibili mediante il ricorso a strumenti straordinari, non rendendosi necessaria una ricerca della fonte del potere emergenziale al di fuori del disegno costituzionale<sup>13</sup>. In occasione dell'apertura della fase emergenziale, dunque, il proliferare di diverse tipologie di fonti e di interventi normativi dai contenuti eccezionali adottati al fine di assicurare il contenimento del contagio e gestire l'emergenza epidemiologica dovuta al Covid-19, finalizzati a tutelare la sanità pubblica, ha posto evidenti dubbi circa la possibilità di ricondurre l'esercizio del potere emergenziale all'interno della cornice costituzionale.

Tanto premesso, è doveroso chiedersi se la gestione del potere nella fase pandemica sia riconducibile al concetto di stato di eccezione e se ad oggi, in uno stato di emergenza sanitaria tuttora esistente, possa eventualmente parlarsi di stato di eccezione.

---

<sup>12</sup> V. BALDINI, *Sicurezza e libertà nello stato di diritto in trasformazione*, Torino, 2005, p. 86. L'A. specifica come la tutela dei diritti fondamentali "quanto meno nei loro contenuti essenziali, resta un compito indefettibile ed un connotato dello Stato costituzionale di diritto, derogando al quale quest'ultimo verrebbe a smarrire le sue proprie caratteristiche e i suoi tratti di legittimazione funzionale, così che anche la decisione politica-democratica degenererebbe, nella sostanza, in un esercizio di forza svincolato da ogni giuridica delimitazione". P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006, *passim*.

<sup>13</sup> Sul punto cfr. C. MORTATI, *Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano 1962, pp. 139-232; sull'esistenza di uno statuto minimo dell'emergenza, v. anche M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, AIC, Osservatorio costituzionale, fasc. n. 3/2020; G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, unicost.it, 2020.

## 2. Quadro sintetico della gestione della pandemia: fonti e misure adottate

Per cercare di rispondere a tale interrogativo è necessario ripercorrere brevemente le tappe più significative della gestione emergenziale.

La situazione di emergenza sanitaria dovuta alla diffusione del Covid-19 ha preso avvio formalmente a partire dalla deliberazione del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020. Nello specifico, lo stato di emergenza è stato deliberato sulla base della disciplina del Codice della Protezione Civile<sup>14</sup>, autorizzando l'emanazione di ordinanze di Protezione civile. In particolare, la deliberazione del Consiglio dei Ministri ha richiamato l'ipotesi prevista dall'art. 7, lett. c) del Codice di Protezione civile concernente *“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”*. In virtù del citato art. 24, inoltre, il Consiglio dei Ministri ha fissato inizialmente la durata di tale emergenza per un periodo di sei mesi correlandola genericamente al *“rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili”*<sup>15</sup>, richiamando espressamente la dichiarazione di emergenza internazionale di salute pubblica per il coronavirus (PHEIC) dell'Organizzazione Mondiale della sanità del 30 gennaio 2020<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> D.lgs. n. 1 del 2 gennaio 2018. Il testo del nuovo Codice prende avvio con la legge n. 30/2017, recante il riordino e l'integrazione delle disposizioni legislative in materia di sistema nazionale della protezione civile, con la quale è stato delegato il Governo (art. 1) all'adozione di uno o più decreti legislativi di ricognizione, riordino, coordinamento, modifica e integrazione delle disposizioni legislative che disciplinano il Servizio nazionale della protezione civile e le relative funzioni. Il disegno legislativo è frutto di un complesso iter che ha visto la partecipazione, oltre che delle Regioni, anche la presenza attiva di soggetti tecnici. La bozza di decreto legislativo è stata elaborata infatti da un gruppo eterogeneo, composto nello specifico dai rappresentanti del Dipartimento della Protezione Civile, dei Ministeri, delle Regioni, dei Comuni e dai rappresentanti del Volontariato di protezione civile. In attuazione della delega contenuta nell'articolo 1 della l. n. 30/2017, è stato approvato il d.lgs. n. 1/2018, recante il Codice della protezione civile.

<sup>15</sup> Cfr. Delibera 31.1.2020, punto 1). Successivamente l'emergenza è stata prorogata più volte e nel momento in cui si scrive il termine finale è individuato nel 31.3.2022.

<sup>16</sup> Il 30 gennaio 2020, a seguito di una riunione del Comitato di sicurezza, il Direttore generale dell'OMS aveva dichiarato il focolaio internazionale da SARS-CoV-2 un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale (Public Health Emergency of International Concern - PHEIC), come previsto nel Regolamento sanitario internazionale (International Health Regulations, IHR, 2005). Per *“emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale”* si intende: *“un evento straordinario che può costituire una minaccia sanitaria per altri Stati membri attraverso la diffusione di una malattia e richiedere potenzialmente una risposta*

Muovendosi entro la cornice disegnata dal Codice di Protezione civile, pertanto, il Consiglio dei Ministri ha deliberato di provvedere agli interventi necessari per fronteggiare lo stato di emergenza di rilievo nazionale mediante *“ordinanze, emanate dal Capo del Dipartimento della protezione civile in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento giuridico, nei limiti delle risorse di cui al comma 3”*.

Tale deliberazione non rappresentava il primo intervento correlato alla diffusione del Covid-19, affiancandosi ad altre ordinanze già adottate dal Ministero della Salute (es. la sospensione del traffico aereo con la Cina)<sup>17</sup> in virtù dell’art. 32 della L. n. 833/1978<sup>18</sup>. La collocazione normativa dei provvedimenti adottati dal Ministero della Salute al di fuori del sistema disciplinante la Protezione Civile non sorprende nella fase iniziale dell’esperienza epidemica la cui portata restava ancora sconosciuta, ma tale sistema di gestione basato su ordinanze contingibili e urgenti è proseguito anche successivamente alla deliberazione dello stato di emergenza, ponendosi quale percorso parallelo rispetto alla strada tracciata dal Codice di Protezione civile<sup>19</sup>.

Nel mese di febbraio 2020, peraltro, il quadro delle fonti volte a fronteggiare la crescente ondata epidemiologica si è delineato in modo progressivamente sempre più complesso e confuso<sup>20</sup>: accanto alla sovrapposizione tra ordinanze contingibili e urgenti

---

coordinata a livello internazionale”. Ciò implica un evento grave, improvviso, insolito o inaspettato; comporta ricadute per la salute pubblica oltre il confine nazionale dello Stato colpito; e può richiedere un’azione internazionale immediata. L’11 marzo 2020, l’OMS, dopo aver valutato i livelli di gravità e la diffusione globale dell’infezione da SARS-CoV-2, ha dichiarato che l’epidemia di COVID-19 aveva assunto i caratteri di una pandemia.

<sup>17</sup> Si fa qui riferimento alle ordinanze adottate in data 25 gennaio e 30 gennaio 2020 da parte del Ministero della Salute.

<sup>18</sup> L’art. 32 dispone che *“Il Ministro della sanità può emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all’intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni”*.

<sup>19</sup> Sul parallelismo tra ordinanze contingibili e urgenti e sistema di protezione civile, v. A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020.

<sup>20</sup> In virtù della deliberazione del 31 gennaio 2020, venivano adottate ordinanze del Capo del Dipartimento della Protezione civile. In particolare, con l’ordinanza 3 febbraio 2020, n. 630, recante *“Primi interventi urgenti di protezione civile in relazione all’emergenza relativa al rischio sanitario connesso all’insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili”*, venivano indicate le finalità degli interventi coordinati dal Capo Dipartimento (soccorso, assistenza, ripristino o potenziamento della funzionalità dei servizi pubblici ...), si istituiva il Comitato tecnico-scientifico di supporto al Capo Dipartimento e si precisavano le deroghe alle disposizioni normative (Codice dei contratti pubblici) per la realizzazione delle misure ivi previste.

e provvedimenti previsti dal sistema di Protezione civile<sup>21</sup>, un passaggio ulteriore è stato rappresentato dal ricorso dalla decretazione d'urgenza operato dal Governo. Il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, recante "*Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*" non solo si poneva al di fuori del sistema disegnato dal Codice di Protezione civile, ma prevedeva una diversa strategia normativa per fronteggiare l'epidemia.

Dinanzi a questo quadro di disciplina delineatosi nel periodo di poche settimane, sono stati rilevati diversi profili problematici. In primo luogo, ci si è chiesti se il Codice potesse essere utilizzato per simili emergenze e, in caso di risposta affermativa, perché il Governo avesse preso una strada diversa e disegnato un sistema di fonti alternativo. In secondo luogo, conseguentemente, l'impatto sul sistema delle fonti e i rapporti tra Governo e Parlamento, valutando altresì il profilo della limitazione dei diritti fondamentali<sup>22</sup>.

Un primo elemento che deve essere chiarito attiene alla deliberazione dello stato di emergenza da parte del Consiglio dei Ministri il 31 gennaio 2020. Tale deliberazione, infatti, non si pone quale atto dichiarativo dell'inizio di una fase di eccezione rispetto all'ordinamento vigente, bensì quale passaggio finalizzato a legittimare interventi normativi e provvedimenti connessi all'eventuale verificarsi di un evento eccezionale e imprevedibile, cioè un evento che richiede l'esercizio di alcuni poteri straordinari per

---

Il Ministro della Salute, dal canto suo, percorrendo una strada diversa in virtù del potere di ordinanza assegnatogli dall'art. 32 della l. n. 833 del 1978, tra il 21 e il 22 febbraio 2020 adottava due ordinanze in concomitanza del rilevamento dei primi focolai di Covid-19 in Italia: la prima, d'intesa con la Regione Lombardia, avente efficacia limitata al territorio dei dieci Comuni coinvolti dal focolaio, disponeva il divieto di entrare e di uscire da tale territorio; la seconda, assunta d'intesa con la Regione Veneto, disponeva misure di contenimento nel Comune di Vo' Euganeo.

<sup>21</sup> Emblematico della denunciata sovrapposizione tra poteri d'ordinanza in materia di protezione civile e poteri *extra ordinem* in materia sanitaria appare il decreto del Capo del Dipartimento della Protezione Civile 7 febbraio 2020, n. 414, con cui il Segretario generale del Ministero della Salute viene qualificato come soggetto attuatore per la gestione delle attività connesse all'emergenza relativa al rischio sanitario, realizzando così una vera e propria ibridazione funzionale tra i due poteri. A. CARDONE, ult. op. cit.

<sup>22</sup> Ha parlato di creazione di un nuovo sistema di fonti, A. CARDONE, ult. op. cit.; sulla marcata disinvoltura da parte del Governo nell'uso delle fonti P. CARETTI, *I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di Stato*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020.

essere efficacemente regolato<sup>23</sup>. La citata deliberazione, d'altronde, trova fondamento in una disposizione del Codice di Protezione civile e risponde sostanzialmente all'esigenza di fornire una base di legittimazione per l'esercizio del potere straordinario da parte del soggetto abilitato, cioè soprattutto del Governo e per l'emanazione delle ordinanze di cui all'art. 25 del Codice<sup>24</sup>.

La deliberazione dello stato di emergenza da parte del Consiglio dei ministri, dunque, non apre una fase di sospensione costituzionale, ma costituisce il fondamento di legittimità dell'esercizio dei poteri e delle misure straordinarie resi necessari dall'evento eccezionale. L'attivazione del potere straordinario previsto dal Codice di Protezione civile, inoltre, non deriva tanto dal solo verificarsi di un evento eccezionale, bensì dall'accertamento che le conseguenze di quell'evento non possano essere gestite

---

<sup>23</sup> A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 164 ss.. Si evidenzia come la deliberazione dello stato di emergenza non sia altro che il risultato di un processo interpretativo volto ad accertare la costituzionalità dell'esercizio del potere *extra ordinem*. Richiamando il concetto dello stato di eccezione avente natura conservativa, si rileva come la deliberazione non possa essere il frutto di una mera constatazione di una realtà fattuale, ma debba presupporre la qualificazione giuridica di quella situazione quale "condizione costituzionalmente riconosciuta per la paralisi parziale dell'ordinaria forza prescrittiva delle norme costituzionali interessate". Ove non fosse così, infatti, verrebbe meno l'assunto in virtù del quale il potere *extra ordinem* si muove all'interno dei confini disegnati dall'ordine costituito, dovendo ammettere che la sospensione dell'ordinamento costituzionale avvenga sulla base di premesse fattuali su cui il medesimo non ha un'esercito alcuna funzione regolativa e/o di controllo. La deliberazione dello stato di emergenza, pertanto, viene delineato come lo strumento attraverso cui si esercita questo controllo da parte dell'ordinamento, rendendo chiaro come la stessa non possa che avere effetti costitutivi e non meramente dichiarativi, dipendendo da essa la configurabilità costituzionale del potere di ordinanza in termini conservativi.

<sup>24</sup> In questo senso, G. MARAZZITA, *Il conflitto tra autorità e regole: Il caso del potere di ordinanza*, AIC, 2.7.2010. L'A. evidenzia come il potere riconosciuto all'esecutivo sia sostanzialmente libero poiché i tentativi di circoscriverlo restano vani dinanzi all'impossibilità ontologica di prevedere ex ante le misure straordinarie adottabili. Nelle ordinarie attribuzioni di competenza, secondo lo schema sillogistico, abbiamo una proposizione legislativa del seguente tenore: "se si verifica l'evento X è conferito il potere Y". Si distinguono tre momenti, il primo in cui si qualifica un evento come X, il secondo in cui si constata che un determinato stato di fatto configura l'evento X ed il terzo in cui si attiva la competenza straordinaria: il soggetto (l'amministrazione) che verifica la ricorrenza del presupposto e fruisce della competenza non è lo stesso soggetto che effettua la qualificazione dell'evento legittimante (che spetta al legislatore). Diversamente nella legge n. 225 del 1992, la prima parte del sillogismo consiste in una proposizione di questo tipo: "l'evento X è quello che richiede il potere Y". Allora la qualificazione dell'evento e la verifica della sua esistenza si rivelano un'unica operazione logica rimessa allo stesso soggetto destinatario della competenza: la qualificazione contenuta nella legge si rivela solamente una scatola vuota, capace di ricevere qualsiasi contenuto. In altre parole, l'amministrazione beneficiaria della competenza è del tutto libera di attivarla quando lo riterrà più opportuno.



mediante strumenti ordinari. In questo senso, la deliberazione dello stato di emergenza appare quale concretizzazione di un processo non meramente ricognitivo ma valutativo, poiché il Consiglio dei ministri non si limita a rilevare la sussistenza di un evento eccezionale, ma verifica l'impossibilità di fronteggiare quell'evento utilizzando poteri ordinari. La riconducibilità dell'evento entro le maglie delle previsioni delle attività di Protezione civile è la conseguenza di un apprezzamento discrezionale e non un approdo obbligato.

Tale precisazione risulta necessaria nella misura in cui la scelta di procedere alla deliberazione dello stato di emergenza ai sensi dell'art. 24 del Codice di protezione civile non può essere descritta come l'unica strada percorribile, trattandosi, al contrario, di una decisione di natura sostanzialmente politica volta a legittimare l'esercizio di un potere straordinario per gestire la situazione fattuale.

Per quanto riguarda la possibilità di applicare la disciplina predisposta dal D.Lgs. n. 1/2018 all'esperienza della diffusione del Covid-19, a distanza di quasi due anni dall'intervenuta deliberazione dello stato di emergenza, si può evidenziare come il Codice di Protezione civile non potesse costituire uno statuto dell'emergenza utilizzabile in presenza di un'emergenza sanitaria di carattere così esteso nel tempo e nello spazio, né potesse legittimare tante e tali alterazioni istituzionali. La pandemia, d'altronde, si configura come una circostanza non paragonabile all'ipotesi di emergenze igienico-sanitarie prese in considerazione dal Codice e appare inconfutabile la profonda e sostanziale differenza intercorrente tra le due figure, non solo dal punto di vista quantitativo, ma anche dal punto di vista qualitativo<sup>25</sup>.

### **3. Gestione emergenziale e legalità costituzionale.**

Ferma la rilevata inapplicabilità del Codice di Protezione civile all'emergenza sanitaria dovuta alla diffusione del Covid-19, è stata fin da subito rimarcata l'importanza di approfondire l'impatto dell'emergenza sul sistema delle fonti e sugli assetti

---

<sup>25</sup> La difficoltà di affrontare l'emergenza sanitaria con gli strumenti predisposti dal sistema di protezione civile, d'altronde, sembra trovare conferma anche nel ruolo effettivamente marginale ed esiguo riservato tanto al Dipartimento di Protezione civile quanto alle ordinanze contingibili e urgenti previste dall'art. 25 del Codice stesso, confermando così una sorta di inadeguatezza del sistema di cui al D. Lgs. n. 1/2018 per affrontare l'emergenza sanitaria. In relazione al ruolo delle ordinanze Dipartimento di Protezione civile come meramente esecutive, v. A. CARDONE, ult. op. cit.

organizzativi del potere perché tali temi attengono alla tenuta dell'ordinamento costituito<sup>26</sup>; il potere emergenziale che si colloca all'interno dell'ordinamento, infatti, è tenuto al rispetto non soltanto di principi formali ma anche di elementi sostanziali. La congerie di provvedimenti adottati a livello nazionale, regionale e territoriale, nonché di una molteplicità di ulteriori strumenti regolativi (circolari, ordinanze ministeriali, protocolli) e le stesse misure di contrasto alla pandemia hanno evidentemente generato una frizione con le garanzie costituzionali, soprattutto con riferimento alle disposizioni costituzionali poste a tutela delle diverse libertà individuali e collettive e che caratterizzano l'esistenza di una società aperta e democratica<sup>27</sup>.

Fin dalle prime manifestazioni del potere straordinario esercitato da parte del Governo nell'ottica della gestione dell'emergenza è stato evidenziato il rischio di cedere alla logica della prevenzione a tutti i costi e lasciare che il diritto si arrendesse alla 'paura', restando succube del fatto emergenziale anziché governarlo<sup>28</sup>. I principi fondamentali dell'ordinamento, d'altronde, proprio per la loro attitudine identificativa dell'ordinamento democratico-costituzionale, richiedono di essere rispettati e tutelati nei periodi di crisi, consentendo al diritto di non restare inerme dinanzi all'evento imprevedibile e di avere un faro capace di indicare la strada da percorrere. Si pone in questo modo un duplice problema poiché, da un lato, bisogna verificare che le misure restrittive siano state adottate con una fonte legittimata a disporre eventuali limitazioni di libertà fondamentali, dall'altro lato, bisogna verificare che tali misure fossero strettamente funzionali alle esigenze di gestione e contenimento dell'emergenza e che fossero proporzionate e ragionevoli.

Per quanto riguarda la fonte normativa utilizzata per adottare le misure restrittive, dopo la deliberazione dello stato di emergenza ai sensi dell'art. 24 del Codice di Protezione civile, il Governo ha imboccato la strada della decretazione d'urgenza,

---

<sup>26</sup> In questi termini, A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, *Costituzionalismo.it*, fasc. n. 1/2021.

<sup>27</sup> Sul punto U. DE SIERVO, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, sostiene che sia "vano" il tentativo di provare a dare una "lettura consolatoria o artificialmente riduttiva" di quanto operato dai pubblici poteri per il contenimento e la gestione dell'emergenza sanitaria, ritenendo che sia impossibile giungere a una conclusione nel senso di riconoscere una compatibilità del quadro normativo disegnato nell'emergenza con la cornice costituzionale vigente in tema di libertà e garanzie costituzionali.

<sup>28</sup> A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, in *BioLaw Journal*, fasc. 2/2020.

introducendo peraltro il sistema dei DPCM, volti a disciplinare nel dettaglio le misure restrittive per fronteggiare la pandemia.

Dal momento che il principio di legalità costituisce l'architrave dell'esercizio del potere emergenziale<sup>29</sup>, appare evidente che lo stesso non possa essere inteso soltanto in senso formale ma debba essere rispettato anche nella sua accezione sostanziale. In tal senso, appare difficile sostenere che i DDPCM siano stati provvedimenti meramente attuativi di disposizioni poste con fonte primaria poiché ogni decreto-legge ha formalmente fornito copertura legislativa a più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di contenuto sostanzialmente molto diverso tra loro. La modulabilità delle misure concretamente attuata con i DDPCM, in altri termini, permetterebbe di riconoscere in questi e non nei decreti-legge convertiti in legge la fonte delle restrizioni dei diritti di libertà, così rivelando una violazione del principio di legalità e della riserva di legge<sup>30</sup>. Nel contempo, non si è mancato di rilevare come lo stesso strumento del DPCM fosse controverso, trattandosi di un provvedimento monocratico di cui il Presidente del Consiglio si assume la piena responsabilità politica, sottratto al circuito Parlamento, Presidente della Repubblica e Corte costituzionale. Un provvedimento che viene ad atteggiarsi quale una sorta di ordinanza *extra ordinem*<sup>31</sup>, il cui utilizzo inedito appare sconosciuto al diritto costituzionale, non potendo trovare un fondamento neppure nella legge n. 400 del 1988 che non prevede questi decreti slegati dal sistema<sup>32</sup>. Ciò che si evidenzia, tuttavia, è la tollerabilità di elementi critici in ragione della condizione emergenziale, ritenendo che un provvedimento funzionale allo scopo possa ricondursi entro la cornice costituzionale se strettamente necessario ad affrontare una situazione del tutto eccezionale e temporanea.

Se è vero che l'emergenza costituisce un tema di confine dell'ordinamento<sup>33</sup>, rappresentando una prova difficile per la tenuta del sistema costituzionale e se si condivide l'assunto in virtù del quale in presenza di una situazione emergenziale vi è

---

<sup>29</sup> E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus*, in *BioLaw Journal*, fasc. n. 2/2020.

<sup>30</sup> A. ALGOSTINO, op. cit.; *contra* M. LUCIANI, op. cit.; E.C. RAFFIOTTA, ult. op. cit.; F. SORRENTINO, op. cit., sostengono la copertura legislativa con decreto-legge.

<sup>31</sup> A. CARDONE, ult. op. cit.; E.C. RAFFIOTTA, "Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative", [Bononia University Press](#), 2020

<sup>32</sup> G. MARAZZITA, ult. op. cit.

<sup>33</sup> P. BONETTI, op. cit.

sempre un margine di rischio di una deriva autoritaria<sup>34</sup>, stante la tendenza dell'autorità chiamata ad esercitare il potere a forzare gli argini formali e dare spazio alla volontà di potenza originaria<sup>35</sup>, le specificità di ogni singola situazione eccezionale non dovrebbero permettere di lasciare in secondo piano eventuali criticità rilevabili rispetto all'effettiva gestione dell'emergenza da parte dei poteri pubblici.

In altri termini, il punto non è solo discutere se l'emergenza sanitaria abbia aperto le porte ad un esercizio del potere *contra Constitutionem* o se eventuali aspetti illegittimi nell'esercizio del potere possano aver condotto o condurre a risvolti in senso autoritario, ma anche valutare come simili situazioni abbiano indotto un approccio del potere volto a incidere sulla stessa logica democratica e costituzionale, spostando progressivamente oltre la soglia di tollerabilità le limitazioni dei diritti e delle garanzie in ragione di un altrettanto progressivo aumento del livello di tutela della sicurezza. È doveroso rilevare il pericolo che risiede nell'assuefazione da parte degli stessi cittadini a determinate forme di esercizio del potere, poiché la difficoltà di circoscrivere temporalmente l'esistenza di una minaccia per la sicurezza pubblica ha fatto sì che le misure restrittive adottate come misure a termine si siano gradualmente trasformate in misure permanenti, tanto da rischiare di capovolgere il modello liberale in virtù del quale la libertà di esercizio di un diritto fondamentale costituisce la regola caratterizzante l'ordinamento e l'eventuale misura restrittiva rappresenta l'eccezione che deve essere adeguatamente motivata<sup>36</sup>.

In relazione alle misure restrittive, ad esempio, si può considerare l'elemento della riserva di legge in relazione alle limitazioni di libertà fondamentali. Gli spazi di discrezionalità lasciati ai DDPCM hanno di fatto vanificato l'intervento della fonte primaria rappresentata dai decreti legge, concretizzando così una violazione della riserva di legge<sup>37</sup>. Tale considerazione vale non soltanto in relazione alla libertà di circolazione di cui all'art. 16 Cost., il cui esercizio è stato primariamente inciso dalle misure restrittive, ma anche in relazione alle ulteriori libertà travolte dai

---

<sup>34</sup> E.C. RAFFIOTTA, *Le ordinanze emergenziali nel diritto comparato*, AIC, fasc. n. 3/2017.

<sup>35</sup> G. MARAZZITA, *Il conflitto tra autorità e regole: Il caso del potere di ordinanza*, op. cit.

<sup>36</sup> V. BALDINI, ult. op. cit.

<sup>37</sup> A. ALGOSTINO, op. cit., sottolinea che "La riserva di legge, il principio di legalità in senso sostanziale, così come l'architettura del sistema delle fonti, risultano sostanzialmente violati: quando uno stesso decreto legge fonda provvedimenti, incidenti su diritti, molto differenti fra loro, risulta manifesto come l'atto che effettivamente restringe i diritti sia il dpcm e non il decreto legge".

provvedimenti di contenimento del contagio. I motivi di sicurezza e sanità, d'altronde, sono espressamente previsti dall'art. 16 cost. quali ragioni valide per motivare eventuali limitazioni della libertà di circolazione, trattandosi di una riserva di legge rinforzata<sup>38</sup>; tuttavia, la disposizione costituzionale non pare giustificare limitazioni così profonde della libertà<sup>39</sup>.

In termini di ragionevolezza e proporzionalità delle misure, va considerato che la portata delle misure di limitazione delle libertà fondamentali adottate dal Governo hanno inciso, in ultima istanza, persino sulla libertà personale, fino a porre divieti incondizionati di allontanamento dalla propria abitazione in forma individuale e in zone prive di rischio di assembramenti, nell'ottica della prevenzione. La logica della massima sicurezza perseguibile, tuttavia, entra in contrasto con i canoni di proporzionalità e ragionevolezza più volte richiamati nelle fasi emergenziali come metro utile per valutare la legittimità di misure restrittive e preventive adottate dagli Stati per minimizzare i pericoli connessi ad eventi straordinari<sup>40</sup>. Fin dai primi provvedimenti adottati, nel climax ascendente di restrizioni imposte con i molti DDPCM adottati, è stato evidenziato come misure così incidenti sulle libertà fondamentali potessero ritenersi accettabili soltanto alla luce della grave emergenza sanitaria, rilevando come fosse opportuno rimandare a un momento successivo la riflessione sull'effettivo operato del Governo e delle diverse amministrazioni. In altri termini, la situazione appariva così tanto caotica e sconosciuta da portare a sostenere la tollerabilità delle misure, pur nella consapevolezza dei dubbi di legittimità agli stessi relativi<sup>41</sup>. Tale ruolo preponderante del fatto emergenziale che assume caratteristiche tali da generare una sorta di sospensione temporanea dell'ordinamento, tuttavia, rende

---

<sup>38</sup> Cfr. G. AMATO, *Art. 16*, in G. Branca (diretto da) *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1977; G. DEMURO, *Art. 16*, in A. Celotto-M. Olivetti-R. Bifulco (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, 2006; P. BARILE, *Le libertà nella Costituzione. Lezioni*, Cedam, Padova, 1966; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984.

<sup>39</sup> U. DE SIERVO, *op. cit.*

<sup>40</sup> P. BONETTI, *op. cit.* evidenzia come la sproporzione comporti una soppressione di fatto e vanifichi i fondamenti della forma di stato.

<sup>41</sup> La tollerabilità, peraltro, è fortemente correlata alla temporaneità, cioè le misure si ritengono ammissibili seppur con riserva, ma solo per il lasso di tempo strettamente necessario a comprendere meglio la situazione per poterla gestire adeguatamente, ricalibrando il rapporto tra fatto e diritto e rimodulando le scelte in base a un criterio di proporzionalità e non di prevenzione. Sulla questione della durata dell'emergenza, cfr. U. DE SIERVO, *ult. op. cit.*; A. D'ALOIA, *op. cit.*

evidente la difficoltà di sostenere che la gestione della pandemia si sia mossa integralmente entro i confini disegnati dal diritto.

Ciò è vero soprattutto se si pensa che la gestione dell'emergenza e la predisposizione di misure così stringenti è avvenuta in un contesto di sostanziale assenza del Parlamento e di protagonismo del potere esecutivo e della figura del Presidente del Consiglio dei ministri. Considerati i connotati essenziali della forma di governo parlamentare e tenuto conto degli artt. 77 e 78 cost. come un punto di riferimento da cui trarre il modello di organizzazione dei rapporti tra gli organi costituzionali per la gestione emergenziale, non può non essere rilevata come una evidente criticità la quasi totale estraneità del Parlamento rispetto alla gestione dell'emergenza pandemica. L'azione solitaria e autonoma del Governo e del Presidente del Consiglio dei Ministri in materie coperte da riserva di legge nonché interventi variamente limitativi di libertà costituzionalmente garantite posti in essere mediante atti amministrativi secondari, sottratti a un controllo di ragionevolezza del bilanciamento e a qualsiasi altro controllo politico e istituzionale hanno caratterizzato e in parte continuano a caratterizzare l'esperienza della pandemia. Ciò che è venuto meno, pertanto, è stato un elemento cardine dell'ordinamento: la centralità del Parlamento. Un ruolo preminente che la Costituzione garantisce persino nello stato di guerra e che è stato relegato a mera comparsa nell'emergenza sanitaria, limitandosi a svolgere sostanzialmente funzioni di consulente dell'esecutivo<sup>42</sup>. Né può ritenersi sufficiente a sanare la marginalizzazione dell'organo rappresentativo il meccanismo di c.d. parlamentarizzazione dei DDPCM, trattandosi di un procedimento poco agevole e certamente non idoneo a ripristinare il pieno esercizio dei poteri attribuiti al Parlamento<sup>43</sup>. Tale quadro appare ancor più sconcertante se si considera che questo assetto emergenziale dell'organizzazione del potere perdura da ormai quasi due anni, non essendo ancora stato ristabilito

---

<sup>42</sup> In questi termini, G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, Osservatorio sulle fonti, 2021.

<sup>43</sup> XVIII Legislatura, Camera dei deputati, Osservatorio sulla legislazione, *La legislazione tra Stato, Regioni e Unione europea. Rapporto 2019-2020. Sulla marginalizzazione del Parlamento*, cfr. C. DE FIORES, *Audizione informale resa nella seduta del 12 novembre 2020 davanti alla Commissione 1a (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica dedicata all'affare assegnato n. 588 "Sulle modalità più efficaci per l'esercizio delle prerogative costituzionali del Parlamento nell'ambito di un'emergenza dichiarata"*, AIC, Osservatorio costituzionale, fasc. n. 1/2021

l'equilibrio ordinario sebbene si possa dire fortunatamente superata la fase acuta della pandemia<sup>44</sup>.

#### 4. Conclusioni: stato di eccezione o violazione della Costituzione?

Ad oggi la realtà di fatto appare per molti aspetti sostanzialmente mutata rispetto alla fase iniziale della pandemia e anche rispetto allo scorso anno. Tale mutamento delle condizioni di fatto, tuttavia, ha portato alla progressiva ripresa delle attività economiche e sociali, ma non sembra aver comportato un mutamento del *modus operandi* del potere. In altri termini, l'esercizio del potere che ha caratterizzato le fasi più acute della pandemia sembra permanere a prescindere dalla mutata situazione di emergenza, stabilizzandosi e continuando a trovare legittimazione sulla base di una deliberazione di stato di emergenza del 31.1.2020, che è stata ulteriormente prorogata oltre il limite dei 24 mesi previsto dal Codice di Protezione Civile<sup>45</sup>. Si protrae così la legittimazione di un esercizio del potere straordinario che è in distonia rispetto al dato costituzionale, in virtù del quale lo stesso strumento del decreto-legge può essere utilizzato in via eccezionale e non può diventare mezzo di normazione ordinaria in luogo della legge frutto del dibattito parlamentare.

L'emergenza, d'altronde, rappresenta una clausola generale del diritto con la quale si intende far riferimento a tutte quelle situazioni di fatto eccezionali, straordinarie e imprevedibili che proprio in quanto tali non riescono ad essere circoscritte in una categoria a numero chiuso e che possono consentire un esercizio del potere eccezionale per un tempo limitato<sup>46</sup>.

La temporaneità, dunque, come elemento identificativo dell'emergenza e conseguentemente delle misure adottate al fine del contenimento e della gestione della pandemia. Le misure straordinarie e l'esercizio del potere eccezionale, infatti, possono essere legittimati per un lasso di tempo molto contenuto, il più breve possibile, non potendo tollerare l'ordinamento democratico-costituzionale il protrarsi di meccanismi

---

<sup>44</sup> XVIII Legislatura, Camera dei deputati, Osservatorio sulla legislazione, La legislazione tra Stato, Regioni e Unione europea. Rapporto 2021.

<sup>45</sup> La proroga oltre il limite dei 24 mesi è già avvenuta altre volte, cfr. decreto-legge del 30 dicembre 2019, n. 162.

<sup>46</sup> A. PIZZORUSSO, *Emergenza, stato di*, in Enciclopedia delle scienze sociali, Treccani, Roma, 1993, p. 551

istituzionali e misure che finiscano per contraddire i principi fondamentali dello stesso<sup>47</sup>.

Negli ultimi due anni misure restrittive, limitazioni e controlli sono diventati la regola. Volendo catalizzare l'attenzione sul periodo più recente, la misura del green pass ha fatto molto discutere e restano dei profili di criticità costituzionale nella misura in cui il possesso o meno della certificazione verde diventa un mezzo per precludere l'accesso a servizi anche essenziali, nonché nella misura in cui si riflette sulla questione economica sottesa alla possibilità di ottenere il green pass mediante la sottoposizione a tamponi a validità temporale limitata<sup>48</sup>.

Da ultimo, non si può trascurare la *“Direttiva recante indicazioni sullo svolgimento di manifestazioni di protesta contro le misure sanitarie in atto”* emanata dal Ministro dell'Interno il 10 novembre scorso, con la quale si incide su una libertà fondamentale garantita dalla Costituzione, senza tener conto del disposto dell'art. 17 Cost.<sup>49</sup>. Si procede così a una limitazione indiscriminata della libertà di manifestare *“per assicurare la più efficace tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica”*. Vale la pena precisare che l'art. 17 Cost. non prevede alcuna autorizzazione da parte del potere pubblico per potere esercitare la libertà di riunione, anche nell'accezione del diritto ad esprimere il dissenso che la stessa direttiva richiama. La citata disposizione prevede che *“Delle riunioni in luogo pubblico deve essere dato preavviso alle autorità, che possono vietarle soltanto per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica”*, così evidenziando l'eccezionalità della limitazione di tale libertà, che è possibile caso per caso, alla luce di comprovati motivi di sicurezza o incolumità pubblica. Non si tratta di una formula generale che consente una limitazione *sine die* di ogni manifestazione, né si può ritenere legittimo un divieto incidente su manifestazioni accomunate dal medesimo tema, cioè la *“protesta contro le misure sanitarie in atto”*. La sicurezza richiamata quale limite alla libertà di riunione di cui all'art. 17 cost., peraltro, sarebbe da intendersi in modo restrittivo quale

---

<sup>47</sup> P. BONETTI, op. cit., p. 19

<sup>48</sup> A. POGGI, *Green pass, obbligo vaccinale e le scelte del Governo*, in *Federalismi*, Editoriale, 8 settembre 2021; C. BERTOLINO, *'Certificato verde Covid-19' tra libertà ed eguaglianza*, in *Federalismi*, n. 15/2021.

<sup>49</sup> Il testo della direttiva è reperibile al link <https://www.interno.gov.it/it/amministrazione-trasparente/disposizioni-general/atti-general/atti-amministrativi-general/decreti-direttive-e-altri-documenti/direttiva-ministro-lamorgese-svolgimento-manifestazioni-protesta-contro-misure-sanitarie>



tutela dell'ordine pubblico materiale, dovendosi trattare di motivi "comprovati"; ciò significa che è necessario che vi sia un'espressa motivazione del provvedimento eventualmente adottato dall'autorità e che il turbamento dell'ordine pubblico sia notevolmente probabile<sup>50</sup>. Pur essendo noto che il richiamo alla nozione di sicurezza sia idonea a fondare misure estremamente eterogenee e diversamente incidenti sulla vita del singolo e sui vari aspetti dei suoi diritti, diventa fondamentale rimarcare che non è "la presenza della sicurezza a condizionare l'esistenza dei diritti e delle libertà costituzionali, ma è l'esistenza di quei diritti e di quelle libertà che condiziona il concetto di sicurezza pubblica"<sup>51</sup>.

Tanto ci consente di riflettere su quanto le misure adottate nella vigenza dell'emergenza siano state e continuino ad essere impattanti sul quadro dei diritti fondamentali, delle libertà e delle garanzie costituzionali<sup>52</sup>. Non solo. Ci porta a riflettere sui possibili effetti di tale prolungato esercizio del potere eccezionale, sul persistente assetto sbilanciato a favore dell'esecutivo e della figura del Presidente del Consiglio dei Ministri, sulla possibile assuefazione da parte dei cittadini a un certo atteggiarsi del potere nei confronti delle libertà costituzionalmente tutelate.

Se consideriamo, come anticipato poc'anzi, che misure fortemente restrittive in un momento iniziale della pandemia venivano giustificate in relazione a una situazione di fatto emergenziale evidente ed estrema, risulta difficile oggi giustificare forme così invadenti di limitazione e restrizione delle libertà in un contesto di sostanziale ripresa delle attività sociali ed economiche e mutato quadro emergenziale.

Riprendendo il concetto di stato di eccezione delineato in precedenza, dunque, possiamo tentare di rispondere al quesito circa la possibilità o meno di inquadrare la gestione della pandemia quale stato di eccezione. Da una parte, si può ritenere che non ci siano i presupposti perché possa configurarsi lo stato di eccezione teorizzato da Schmitt, dal momento che lo stato di eccezione è ontologicamente predisposto a una

---

<sup>50</sup> G. TARLI BARBIERI, *Art. 17*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p.397; A. PACE, *Art. 17*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., p. 187.

<sup>51</sup> A. PACE, *Art. 17*, op. cit., pp. 186-187.

<sup>52</sup> Per una più ampia riflessione sul tema, v. V. BALDINI, *La gestione dell'emergenza sanitaria tra ripristino della legalità costituzionale perduta e realizzazione di un nuovo ordine costituzionale. Aspetti problematici della tutela della salute pubblica in tempo di pandemia*, in *Diritti Fondamentali.it*, fasc. 3/2021.

natura transitoria, caratteristica che sembra poco in linea con il contesto attuale di ulteriore proroga dello stato di emergenza. Dall'altra parte, non pare configurabile lo stato di eccezione teorizzato da Agamben, poiché non ci si muove in una condizione di totale anomia e di caos. Se non si vuole parlare di stato di eccezione, però, è evidente che siamo in un contesto in cui la Costituzione sembra rivestire un ruolo quasi secondario rispetto al potere contingente, che si muove senza tener conto dei limiti posti dalla Carta fondamentale, incidendo sui diritti fondamentali e limitandoli pur in assenza dei presupposti costituzionalmente previsti.

Non solo, quindi, vi è il dubbio che la gestione in via amministrativa dell'emergenza possa ritenersi pienamente riconducibile entro la cornice dell'ordinamento vigente, ma, dato che gli stati emergenziali pongono sempre criticità in ordine alla possibilità di lasciare residui di eccezionalità nel successivo ripristino del quadro ordinario, resta anche aperta la questione circa gli effetti sull'ordinamento di tale esperienza eccezionale nel prossimo futuro.