

URGENZA E LEGALITÀ AI TEMPI DEL COVID-19: FRA LIMITI IMPRESCINDIBILI E NECESSARIA FLESSIBILITÀ

Alessandro Lauro*

*** 18 marzo 2020 ***

«Ma, insomma, potrà avvenire che si verifichi la necessità e l'urgenza, di fronte alla quale il normale procedimento legislativo non sarà sufficiente: il terremoto, l'eruzione di un vulcano. Credete che si possa mettere nella Costituzione un articolo il quale dica che sono vietati i terremoti?[...] bisognerà pure prevedere la possibilità di questi cataclismi e disporre una forma di legislazione di urgenza, che è più provvido disciplinare e limitare piuttosto che ignorarla».

Così Piero Calamandrei interveniva il 4 marzo 1947 nella discussione generale sul progetto di Costituzione, invocando la presenza nel Testo fondamentale di uno specifico strumento normativo per fare fronte alle situazioni emergenziali.

Oggi più che mai queste frasi risuonano lungimiranti, così come sicuramente fu lungimirante la maggioranza dell'Assemblea costituente a recepirle nell'art. 77 Cost.

Certo, occorrerebbe sostituire alla parola “terremoto” il termine “pandemia” e ciò comporta che la diversità “naturalistica” del cataclisma influisca anche sui provvedimenti necessari, che si trovano a seguire una *ratio* differente nel gestire l'emergenza.

In caso di terremoto, alluvione o altra catastrofe naturale di questo tipo, i decreti-legge intervengono necessariamente *ex post*, poiché esiste un momento d'inizio dell'emergenza ben identificabile e le norme d'urgenza sono dettate allo scopo di favorire e coordinare la ricostruzione, portando assistenza alle popolazioni colpite. Non hanno cioè, in linea di massima, portata restrittiva delle sfere giuridiche dei privati (in particolare delle loro libertà), ma al contrario mostrano semmai una tendenza espansiva, attributiva di vantaggi o provvidenze (si vedano, fra i più recenti, il d.l. 17 ottobre 2016 n. 189 sul terremoto nel Centro Italia o il d.l. 28 settembre 2018 n. 109, il c.d. “decreto Genova”, emanato dopo il collasso del ponte Morandi).

L'epidemia di COVID-19 ha mostrato tutt'altra fisionomia, anzitutto sotto l'aspetto temporale. Da un lato, il momento iniziale resta di difficile determinazione: sebbene lo stato di emergenza

*Dottorando in diritto costituzionale – Università Ca' Foscari di Venezia / Université Paris 2 Panthéon Assas. Mail: alessandro.lauro@unive.it. Il contributo è stato accettato per la pubblicazione nell'ambito della call *Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, su BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto.

nazionale ai sensi dell'art. 24 del codice di protezione civile (d.lgs. n. 1/2018) fosse stato dichiarato dal Consiglio dei ministri il 31 gennaio 2020, l'epidemia si è manifestata in tutta la sua virulenza nella seconda metà di febbraio e l'atto legislativo d'urgenza che per primo ha inteso confrontarsi con il problema è stato il d.l. 23 febbraio 2020 n. 6. Dall'altro lato, si è resa necessaria (in base ai dati epidemiologici raccolti e scambiati a livello mondiale) l'adozione di misure limitative delle libertà individuali per frenare il contagio.

Il d.l. n. 6/2020 non è stato l'unico (fino ad oggi ne sono seguiti altri quattro: il d.l. n. 9/2020, recante sospensione di termine e un primo pacchetto di misure per il sostegno al lavoro e all'economia, il d.l. n. 11/2020 sulla sospensione dell'attività giudiziaria, il d.l. n. 14/2020 di potenziamento del servizio sanitario nazionale, il d.l. n. 18/2020, con le misure economiche per far fronte all'epidemia, decreto che ha già assorbito i contenuti del d.l. n.11), ma di certo risulta essere quello più significativo ai nostri fini, poiché volto ad adottare le misure di contenimento utili per rallentare la propagazione del virus e, sotto l'aspetto temporale, è intervenuto quando l'emergenza era pienamente in corso ed, anzi, forse ad uno stadio meno grave rispetto agli sviluppi successivi. Sviluppi che, data la novità della situazione, non erano nemmeno chiaramente prognosticabili a priori, ma rispetto ai quali occorre tentativi per arginare il danno.

Questo quadro ha indotto il legislatore, d'urgenza, ad adottare un metodo normativo che – va detto sin da subito – si pone agli estremi confini dell'art. 77 Cost.

Non dal punto di vista della sussistenza dei presupposti: anzi, sotto questo profilo, si tratta di uno dei non frequenti casi in cui la decretazione d'urgenza risponde alle finalità per cui era stata pensata, cioè come strumento per far fronte ai casi straordinari e non come strumento ordinario per implementare misure considerate politicamente urgenti (su questo “sdoppiamento” del decreto-legge: F. MODUGNO, *Le fonti del diritto* in ID. (a cura di) *Diritto pubblico*, Giappichelli, 2015, p. 152). Anche l'omogeneità è stata preservata nel rapidissimo procedimento di conversione del decreto (dieci giorni), sfociato nella legge 5 marzo 2020 n. 13, che ha apportato pochissime modifiche (e prevalentemente di ordine formale) al testo originario. La peculiarità del decreto sta nel fatto che si è operata una scissione fra le regole di competenza e procedura dettate *per l'emergenza* (contenute nello stesso decreto) e le regole sostanziali da adottare *nell'emergenza* per lottare contro l'aumento dei contagi (rinviate a successivi decreti del Presidente del Consiglio – DPCM). Il Governo si è quindi, in qualche modo, “spogliato” della competenza di regolare interamente l'emergenza – competenza che la Costituzione gli

attribuisce con un'assunzione di responsabilità esclusiva per le regole emanate (art. 77, comma II), che è *collegiale*, (art. 95, comma II), essendo il decreto-legge deliberato dal Consiglio dei Ministri – a favore dell'organo monocratico che lo presiede. Tale scelta ha comportato una notevole concentrazione di potere in capo al Presidente del Consiglio, secondo una valorizzazione inedita della sua responsabilità e delle prerogative di cui all'art. 95, comma I Cost. (e inaspettata, se si pensa agli inizi della legislatura), il quale si trova autorizzato ad apprestare limiti consistenti alle libertà fondamentali dei cittadini (principalmente di circolazione, con conseguenti riverberi sulle libertà di riunione e di iniziativa economica) su tutto il territorio nazionale, prescindendo dalla collegialità governativa e anche dal controllo del capo dello Stato (che, come ha dichiarato Conte, rimane comunque costantemente informato delle scelte compiute).

Ora, il rinvio da parte del decreto-legge ad una fonte secondaria per la sua attuazione (che non sembra in linea con l'art. 15, comma 3 della legge n. 400/1988, il quale menziona misure di "immediata applicazione") è invero ritenuto ammissibile da parte della giurisprudenza costituzionale, la quale non esclude il differimento degli effetti delle norme d'urgenza (sent. n. 5/2018), né che esse possano rinviare a fonti secondarie per la loro attuazione (sent. n. 99/2018). Inoltre, una verifica in concreto conduce alla constatazione che il primo DPCM "attuativo" del d.l. n. 6/2020 è stato adottato lo stesso giorno dell'atto primario, il 23 febbraio (sulla natura dei DPCM: S. LABRIOLA, voce *Decreto del Presidente del Consiglio*, in *Enc. Dir.*, agg. II, Giuffrè, 1998).

Lo scopo del decreto-legge è stato allora quello di fornire una base legale per atti secondari "flessibili" ed essi stessi atipici, nel tentativo di rispondere in maniera graduale e proporzionata (anche rispetto alle condotte assunte dai cittadini) all'evoluzione *in fieri*. In questo senso, si può allora dire che il decreto-legge ha trovato immediata applicazione, nel senso che ha consentito subito l'emanazione delle misure di contenimento.

Viceversa, a questo fine non sono invece apparse sufficienti le ordinanze di protezione civile, soggette alle intese con le Regioni interessate e intervenienti negli ambiti definiti dalla deliberazione di emergenza presa dal Consiglio dei Ministri (in generale sul tema: A. CARDONE, *La normalizzazione dell'emergenza. Contributo allo studio dei poteri extra ordinem del Governo*, Giappichelli, 2011). Neppure è stato ritenuto conveniente proseguire con una raffica di decreti-legge: anche questa scelta, tutto considerato, non è del tutto priva di buonsenso. Per un verso, difatti, sulla conversione del decreto-legge pende la tagliola della

decadenza retroattiva, aggravante lo stato di incertezza generalizzato che si vive nel corso della pandemia. Per altro verso, evitare una decretazione d'urgenza continua consente – con probabile sollievo dei parlamentari – di non sovraccaricare l'attività delle Camere, scongiurando il rischio di obbligare i membri del Parlamento ad essere continuamente presenti negli emicicli in piena emergenza sanitaria (ferma comunque la necessità di atti aventi forza di legge per determinati interventi, come dimostrato dai decreti-legge successivi).

Dunque, si è scelto di fornire al Presidente del Consiglio un potere di ordinanza atipico attraverso il decreto-legge, e ciò in ossequio al principio di legalità (ricavabile, in particolare, dagli artt. 23, 97 e 113 Cost.), che impone non solo che i poteri esercitati dalle autorità amministrative trovino fondamento nella legge, ma, nel suo significato sostanziale, che questa determini anche modalità e contenuto, non essendo sufficiente che l'esercizio del potere sia finalizzato alla tutela di un determinato bene o valore (sent. n. 115/2011).

Nel caso di specie, la legalità sostanziale è stata intesa, invero, in maniera abbastanza lata, poiché indubbiamente l'art. 1 del d.l. n. 6/2020 lascia un ampio margine di discrezionalità all'autorità chiamata ad adottare, nei territori dove il contagio era già presente o diffuso, le misure necessarie (pur sempre “proporzionate ed adeguate”) al contenimento dell'epidemia. E, difatti, il comma 2 indica una serie di limitazioni imponibili, ma a titolo non esaustivo (“Tra le misure di cui al comma 1, possono essere adottate anche le seguenti”) ed ancora più vago si rivela l'art. 2 destinato, in origine, alle zone non interessate dell'epidemia, che parla di “ulteriori misure”, del tutto innominate.

Questa indeterminatezza sul piano sostanziale ha trovato però alcuni, opportuni bilanciamenti volti a garantire una legalità procedurale nell'esercizio degli stessi poteri. Una precisazione è necessaria: anche in questo caso, il soddisfacimento delle esigenze costituzionali non è verificato tanto in astratto (l'art. 4 del decreto-legge richiede la proposta del Ministro della Salute – evidentemente competente per materia – oltreché la consultazione da parte del Presidente del Consiglio di alcuni altri Ministri e dei presidenti delle Regioni interessate o del Presidente della Conferenza Stato-regioni), quanto in concreto. Il DPCM dell'8 marzo 2020 (ossia l'atto contenente le indicazioni più stringenti per evitare la propagazione del contagio, poi esteso a tutto il territorio nazionale con il DPCM del giorno seguente) è stato adottato, come i suoi antecedenti, con una consultazione di ministri più ampia rispetto a quella imposta dal decreto-legge (consultazione che in effetti ha coinvolto tutto o quasi il Consiglio dei ministri, oltreché i Presidenti di regione) e, soprattutto, “tenendo conto delle indicazioni del Comitato

tecnico-scientifico” costituito presso il Dipartimento della Protezione civile per affrontare l'emergenza da Coronavirus.

Vi è stato, dunque, un ampio lavoro istruttorio – seppur, ovviamente, contingentato nei tempi – corroborato dall'apporto di competenze tecnico-scientifiche, che pare integrare quegli aspetti di legalità procedurale nella formazione di atti normativi sub-primari a portata generale. Una legalità procedurale in grado di supplire – dal punto di vista del rispetto dei principi costituzionali – a norme attributive di potere troppo vaghe o “generose”, secondo quanto statuito dal Consiglio di Stato, per il quale *“la dequotazione del principio di legalità in senso sostanziale – giustificata dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire in particolari settori come quelli demandati alle autorità amministrative indipendenti – impone, tuttavia, il rafforzamento del principio di legalità in senso procedimentale”* (CdS, VI sez., 24 maggio 2016 n. 2182).

Correlato al principio di legalità, v'è pure il grande caposaldo costituzionale della riserva di legge. Nel contesto epidemico, la riserva che viene in rilievo è quella dell'art. 16 Cost. a mente del quale la libertà di circolazione può essere costretta solo dalle limitazioni “che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o sicurezza”. La libertà di circolazione non è ovviamente l'unica colpita dalle misure di contenimento, ma resta il presupposto delle altre libertà (d'impresa, di riunione) che sono conseguentemente afflitte dalle sue limitazioni. Come riconosciuto dalla dottrina (M. MAZZIOTTI DI CELSO, voce *Circolazione e soggiorno (libertà di)*, in Enc. Dir., VII, Giuffrè, 1960, p. 20), sebbene rafforzata rispetto ai limiti che lo stesso legislatore deve osservare, la riserva in questione si caratterizza per avere il carattere della “relatività”. Il che implica (come del resto appariva pacifico anche nei lavori del Costituente: V. FALZONE – F. PALERMO – F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Colombo, 1948, p. 48) che il potere esecutivo può concretamente impartire ordini restrittivi della libertà dei singoli, purché tale previsione sia posta in via generale ed astratta dalla legge. Queste sono, in sintesi, le coordinate entro cui l'ordinamento costituzionale consente di fronteggiare emergenze sanitarie, ripartendo le competenze fra i poteri legislativo ed esecutivo.

Il rapporto, allora, fra l'art. 16 e il combinato disposto fra decreto-legge e DPCM non sembra essere così compromesso, ammettendo – con la dottrina maggioritaria: cfr. F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, CEDAM, 2011, p. 47) – che i provvedimenti del Governo aventi forza di legge possono intervenire in materie coperte dalla riserva.

Certo, la latitudine dei poteri emergenziali riconosciuti ha aspetti problematici, costituendo quasi una “auto-delega in bianco” al potere esecutivo. Però è noto che – come per le ordinanze contingibili e urgenti – la necessità di far fronte ad emergenze non prevedibili e temporalmente limitate autorizza ad adottare provvedimenti anche derogatori della normativa vigente, purché rispettosi dei principi generali dell’ordinamento (così sin dalla sent. n. 8 del 1956). Inoltre, va considerato che la riserva dell’art. 16 Cost. vuole espressamente evitare restrizioni *ad personam* giustificate da biechi motivi discriminatori (in particolare politici, come evidenzia il testo della disposizione costituzionale) ed è evidente che il d.l. n. 6/2020 intervenga in via generale, di fronte ad una conclamata emergenza epidemica inizialmente circoscritta a determinate porzioni del territorio, ma poi diffusasi. Da ultimo, ma di fondamentale importanza, non va poi dimenticato che comunque non vi è stata – come è esperienza comune a noi tutti – un’inibizione totale di tale libertà, ma solo una limitazione a contenuto “solidaristico”. Il tutto restando ferma la possibilità di invocare eventualmente tutela contro questi atti aventi natura amministrativa (art. 113 Cost.: circostanza che forse rende più agevole un controllo giurisdizionale, senza rendere obbligatoria – come sarebbe per un decreto-legge – l’attivazione della Corte in via incidentale).

Dal quadro sopra rappresentato, emerge comunque chiaramente che ci si trova in una situazione che si pone, di per sé stessa, agli estremi confini della legalità costituzionale.

Il problema che, quindi, va evidenziato è soprattutto prospettico. La vera eccezionalità che stiamo vivendo non può in alcun modo fungere, secondo lasche interpretazioni, da “precedente” per orientare scelte e comportamenti istituzionali futuri, salvo che ovviamente non si presenti il medesimo grado di emergenza per la salute. *Nel caso di specie*, gli atti assunti per farvi fronte possono assolvere con *souplesse* a questo compito, ma lo scrutinio della loro legittimità dovrà restare quanto mai rigoroso.