



GRUPPO
di PISA

Dibattito aperto sul Diritto
e la Giustizia Costituzionale

La Rivista / Quaderno n° 5

Fascicolo speciale monografico

A cura di

**Daniele CASANOVA, Alessandro DE NICOLA,
Maria Chiara GIRARDI, Pietro VILLASCHI**

**«Le fonti della crisi:
prospettive di diritto comparato»**

in memoria di

PAOLO CARROZZA



La Rivista / Quaderno n° 5
Fascicolo speciale monografico

A cura di

**Daniele CASANOVA - Alessandro DE NICOLA -
Maria Chiara GIRARDI - Pietro VILLASCHI**

Le fonti della crisi: prospettive di diritto comparato

Atti del Seminario di diritto comparato – 25 marzo 2022

in memoria di
Paolo Carrozza

Contributi di:

N. Abate, A.K. Abou Koïni, A. Apostoli, E. Aureli, M. Aurino, M. Barone, L. Bartolucci, S. Bissaro, V. Brigante, D. Bruno, S. Cafiero, D. Camoni, V. Cavanna, G. Costa, M. D'Amico, N. D'Anza, M.F. De Tullio, L. Del Corona, C. Della Giustina, V. Desantis, V. Di Capua, C. Doubovetzky, T. Esposito, N. Fiano, V. Fogliame, A. Formisano, P. Gambatesa, T. Giorgio, L. Giurato, A. Iannotti Della Valle, E. La Fauci, L. Leo, J. Levi Mello do Amaral Jr., A. Lo Calzo, I. M. Lo Presti, X. Magnon, C. Malinverno, A.V. Mamfouana, M. Marazzini, L. Mariantoni, G. Martinico, A. Mazzola, G. Naglieri, R. Neri, L. Pace, M. Pittari, B.J. Queiroz Ceretta, I. Rivera, C. Sagone, G. Scoppetta, Giu. Serges, F. Serini, M.A. Sevilla Duro, C. Siccardi, L. Sottile, R. Tarchi, V. Valenti, G. Verrigno, P. Villaschi.

Quaderno monografico abbinato al fascicolo 2022/3 de «La Rivista Gruppo di Pisa»

Atti del Seminario di diritto comparato dell'Associazione "Gruppo di Pisa" del 25 marzo 2022 su "Le fonti della crisi: prospettive di diritto comparato" – Università degli Studi di Brescia

Tutti i contributi sono stati sottoposti a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista

Finito di comporre nel mese di dicembre 2022

La Rivista **Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale** è inclusa tra le riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche. Codice **ISSN: 2039-8026**.

Per il triennio 2020-2022, **Direttore responsabile:** Marilisa D'Amico (*Università degli Studi di Milano*).

Comitato di Direzione: Adriana Apostoli (*Università degli Studi di Brescia*), Carlo Colapietro (*Università degli Studi "Roma Tre"*), Giacomo D'Amico (*Università degli Studi di Messina*), Gianluca Famiglietti (*Università di Pisa*), Gennaro Ferraiuolo (*Università degli Studi di Napoli "Federico II"*), Federica Grandi (*"Sapienza" Università di Roma*).

Comitato di Redazione: Antonello Lo Calzo (Coordinatore) (*Università degli Studi del Sannio di Benevento*), Rossana Caridà (*Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro*), Arianna Carminati (*Università degli Studi di Brescia*), Martina Contieri (*Università degli Studi di Napoli "Federico II"*), Lavinia Del Corona (*Università degli Studi di Milano*), Alessia Fusco (*Università degli Studi di Torino*), Marsid Laze (*"Sapienza" Università di Roma*), Cristina Luzzi (*Università di Pisa*), Giuditta Marra (*"Sapienza" Università di Roma*), Andrea Napolitano (*Università degli Studi di Napoli "Parthenope"*), Costanza Nardocci (*Università degli Studi di Milano*), Leonardo Pace (*Università degli Studi "Roma Tre"*), Valentina Pupo (*Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro*), Giada Ragone (*Università degli Studi di Milano*), Umberto Ronga (*Università degli Studi di Napoli "Federico II"*), Giuliano Serges (*Università degli Studi "Roma Tre"*), Cecilia Siccardi (*Università degli Studi di Milano*).



GRUPPO di PISA

Dibattito aperto sul Diritto
e la Giustizia Costituzionale

RIVISTA DEL GRUPPO DI PISA - INDICE DEL QUADERNO N° 5

Nota dei curatori

Daniele CASANOVA, Alessandro DE NICOLA, Maria Chiara GIRARDI,
Pietro VILLASCHI..... 1

Presentazione

Marilisa D'AMICO..... 5

Introduzione al Seminario

Adriana APOSTOLI, *Crisi delle fonti o delle democrazie nelle emergenze?* 7

PRIMA SESSIONE

Relazioni

Giuseppe MARTINICO, *Il soft law nel diritto comparato della pandemia:
alcuni spunti critici* 23

José Levi MELLO DO AMARAL JR., *“Medidas provisórias” e pandemia*..... 43

Xavier MAGNON, *L'invisible des États d'exception:
de la dilution à la disparition du droit*..... 49

Relazione conclusiva

Rolando TARCHI, *Le fonti della crisi. Prospettive di diritto comparato.
Alcune riflessioni conclusive*..... 63

SECONDA SESSIONE

PARTE I

**I LIVELLI DELLA PRODUZIONE NORMATIVA DELLA CRISI:
LA DIMENSIONE SOVRANAZIONALE**

Introduzione ai lavori del I Atelier

Antonello LO CALZO, *La produzione normativa della crisi nella dimensione sovranazionale. Introduzione ai lavori del I Atelier* 97

Contributi dei partecipanti

Nicola ABATE, *European democracy at a crossroads: where is the European crisis?* 101

Paolo GAMBATESA, *Le risoluzioni del Parlamento europeo durante l'emergenza sanitaria* 117

Rocco NERI, *Il virus della legge (Pandemic Law)* 135

Chiara SAGONE, *Lo spazio europeo alla prova della pandemia da Covid-19* 145

Miguel Ángel SEVILLA DURO, *Relations of ordination in economic integrations and their effect on the system of sources of law. A categorisation to deal with polycrisis* 161

PARTE II

**I LIVELLI DELLA PRODUZIONE NORMATIVA DELLA CRISI:
LA DIMENSIONE NAZIONALE**

Introduzione ai lavori del II Atelier

Pietro VILLASCHI, *I livelli della produzione normativa della crisi: la dimensione nazionale. Introduzione ai lavori del II Atelier* 179

Contributi dei partecipanti

Elia AURELI, *La produzione normativa in pandemia e i suoi riflessi sulla forma di governo. Una lezione (soprattutto) per il futuro?* 183

Valentina CAVANNA, <i>Il diritto ambientale in tempo di pandemia: "intrecci" di fonti e competenze</i>	197
Camilla DELLA GIUSTINA, <i>La dialettica tra Governo e Parlamento durante la gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19</i>	209
Virgilia FOGLIAME, <i>La negoziazione «permanente» centro-periferia tra «eccessi di ruolo» e «ordinanze di reazione»</i>	223
Aldo IANNOTTI DELLA VALLE, <i>L'emergenza Covid tra fonti nazionali e regionali: quali prospettive per il parlamentarismo e il regionalismo?</i>	237
Erika LA FAUCI, <i>Quale fonte per quale crisi? L'esperienza italiana e francese a confronto</i>	251
Isabella Maria LO PRESTI, <i>Spazi e forme della cooperazione multilivello nell'emergenza pandemica in Belgio e in Spagna</i>	267
Ilaria RIVERA, <i>Il diritto all'istruzione nella crisi sanitaria da Covid-19. Per una scuola 2.0</i>	281
Giulia SCOPPETTA, <i>Verso un sistema delle fonti deformalizzato? Osservazioni sul ricorso a FAQ e a documenti di indirizzo durante l'emergenza pandemica</i>	293

PARTE III

I LIVELLI DELLA PRODUZIONE NORMATIVA DELLA CRISI: LA DIMENSIONE REGIONALE

Introduzione ai lavori del III Atelier

Leonardo PACE, <i>I livelli della produzione normativa della crisi: la dimensione regionale. Introduzione ai lavori del III Atelier</i>	309
---	-----

Contributi dei partecipanti

Marta AURINO, <i>Uno sguardo sul dibattito francese intorno alla decentralizzazione nel post crisi</i>	315
Domenico BRUNO, <i>Produzione normativa multilivello e dialettica Stato-Regioni durante la pandemia</i>	325
Simone CAFIERO, <i>Stato e Regioni nella disciplina emergenziale dell'istruzione</i>	339

Daniele CAMONI, <i>L'emergenza pandemica da Covid-19, tra dimensione territoriale e intervento giurisdizionale. Italia e Spagna a confronto</i>	351
Viviana DI CAPUA, <i>Emergenza e diritti fondamentali. Una riflessione comparata a partire dalla pandemia Covid-19 in Italia e in Spagna</i>	365
Teresa ESPOSITO, <i>La produzione normativa emergenziale tra unità e autonomia negli Stati compositi: un confronto tra Italia, Germania e Spagna nella gestione dell'emergenza sanitaria da SARS-CoV-2</i>	391
Aniello FORMISANO, <i>Il ruolo della Corte costituzionale nelle emergenze istituzionali. L'autonomia come valore da salvaguardare o disconoscere?</i>	407
Luisa GIURATO, <i>Le relazioni tra gli enti territoriali nell'epoca del Covid: quale ruolo per l'interesse nazionale?</i>	427
Giuseppe NAGLIERI, <i>Il ruolo delle comunità autonome nel decision-making process dell'emergenza: considerazioni costituzionali sulla dinamica verticale delle fonti nella crisi pandemica. L'estado autonomico tra normalità ed eccezionalità</i>	441

PARTE IV

I FATTORI ESOGENI DI CONDIZIONAMENTO DELLA PRODUZIONE NORMATIVA IN TEMPO DI CRISI: NECESSITÀ, URGENZA, EMERGENZA, TRA FATTO E DIRITTO

Introduzione ai lavori del IV Atelier

Giuliano SERGES, <i>I fattori esogeni di condizionamento della produzione normativa in tempo di crisi: necessità, urgenza, emergenza, tra fatto e diritto. Introduzione ai lavori del IV Atelier</i>	461
--	-----

Contributi dei partecipanti

Michele BARONE, <i>Il problematico statuto delle ordinanze emergenziali: appunti su una questione ancora attuale</i>	469
Luca BARTOLUCCI, <i>Il procedimento legislativo durante l'emergenza pandemica e per l'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza</i>	477
Stefano BISSARO, <i>Emergenza pandemica, "amministrazione difensiva" e riforma dell'abuso d'ufficio. La decretazione d'urgenza in materia penale all'esame della Corte costituzionale</i>	491
Vinicio BRIGANTE, <i>Amministrazione, espropriazione e esigenza di indipendenza energetica: note dal modello argentino</i>	505

Vincenzo DESANTIS, <i>Le fonti della crisi nella trasformazione dei sistemi: le più recenti evoluzioni della normazione al vaglio di sostenibilità costituzionale</i>	515
Christophe DOUBOVETZKY, <i>Liberté de manifester et crise(s). Quelles évolutions, quelles adaptations du régime juridique?</i>	527
Nannerel FIANO, <i>La gestione dell'emergenza pandemica tra Italia e Germania: un'analisi alla luce della sent. cost. n. 198 del 2021 e della pronuncia 1 BVR 781/21 del Bundesverfassungsgericht del 19 novembre 2021</i>	539
Luana LEO, <i>Il lento “risveglio” della teoria delle circostanze eccezionali</i>	549
Marco MARAZZINI, <i>I paradigmi dell'emergenza e i loro possibili sviluppi. Spunti per una discussione</i>	561
Mariella PITTARI, <i>L'asse Brasile-Italia nella gestione della pandemia: il decreto-legge e la misura provvisoria al vertice dell'emergenza. Un'analisi comparata degli articoli 77 della Costituzione italiana e 62 della brasiliana</i>	575
Bruno José QUEIROZ CERETTA, <i>Nota sulle dinamiche normative nell'affrontare l'emergenza costituita dalla pandemia di Covid-19 in Brasile</i>	589
Lorenzo SOTTILE, <i>La ricostruzione delle categorie degli eventi critici alla luce di un inedito cortocircuito dell'ordinamento costituzionale</i>	593
Veronica VALENTI, <i>Emergenza ambientale e rigenerazione urbana: i patti di collaborazione</i>	607
Giuseppe VERRIGNO, <i>Il futuro dello stato d'emergenza in Italia a partire dall'articolo 78 della Costituzione</i>	615

PARTE V

I FATTORI ESOGENI DI CONDIZIONAMENTO DELLA PRODUZIONE NORMATIVA IN TEMPO DI CRISI: TECNICA, SCIENZA E VINCOLI FINANZIARI

Introduzione ai lavori del V Atelier

Cecilia SICCARDI, <i>I fattori esogeni di condizionamento della produzione normativa in tempo di crisi: tecnica, scienza e vincoli finanziari. Introduzione ai lavori del V Atelier</i>	631
---	-----

Contributi dei partecipanti

Abdoul Kader ABOU KOÏNI, <i>Les Constitutions à l'épreuve de la crise sécuritaire au Sahel: cas du Burkina Faso et du Mali</i>	635
Giuliano COSTA, <i>Tecnica e scienza nella produzione normativa dell'emergenza: le politiche vaccinali</i>	649
Nicola D'ANZA, <i>Tecnica e produzione normativa nel governo degli investimenti esteri diretti</i>	663
Maria Francesca DE TULLIO, <i>I rimedi dell'Unione europea alla pandemia tra politiche espansive e austerità</i>	677
Lavinia DEL CORONA, <i>La scienza come fattore di condizionamento della produzione normativa nella pandemia (e non solo): considerazioni a partire dalle disposizioni costituzionali sulla scienza</i>	691
Chiara MALINVERNO, <i>L'incidenza del fatto scientifico sul diritto dell'emergenza: i Comitati tecnico-scientifici nella dimensione nazionale e comparata</i>	705
Luca MARIANTONI, <i>Quod non fecerunt barbari fecerunt barberini: ovvero l'incidenza della tecnica nella crisi economica e della scienza nella crisi pandemica</i>	719
Alessandra MAZZOLA, <i>La crisi sanitaria e la conclamata crisi delle fonti</i>	733
Federico SERINI, <i>L'uso della normativa tecnica tra esigenze di mercato e di sicurezza delle reti e delle risorse informatiche</i>	747
Tony GIORGIO, <i>La funzionalità delle assemblee parlamentari e il nodo dell'e-voting durante lo stato di emergenza</i>	761
Allegra Vycinffleur MAMFOUANA, <i>Les crises et la régulation des marchés financiers</i>	775
<i>Informazioni sui Curatori e sugli Autori</i>	787



TERZA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE FONTI DELLA CRISI: PROSPETTIVE DI DIRITTO COMPARATO»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

LE FONTI DELLA CRISI. PROSPETTIVE DI DIRITTO COMPARATO.
ALCUNE RIFLESSIONI CONCLUSIVE

ROLANDO TARCHI

SOMMARIO: 1. Ringraziamenti e considerazioni introduttive. – 2. I temi posti da questo seminario e la nozione di crisi. – 3. Le crisi del XXI secolo e gli effetti della crisi pandemica da Sars-covid2. – 4. Gli strumenti dell'emergenza e la “fuga dagli stati di eccezione”. – 4.1 L'esperienza della Spagna. – 4.2 La risposta italiana e le sue peculiarità. – 5. Il funzionamento delle Assemblee parlamentari in tempi di pandemia. – 6. Ricadute sui sistemi delle fonti con particolare riferimento all'esperienza italiana. – 7. Le relazioni multilivello. Cenni. – 8. La questione del soft e la relazione tra decisioni politiche ed evidenze scientifiche.

1. Ringraziamenti e considerazioni introduttive

Prima di svolgere il compito che mi è stato assegnato, cercando di trarre delle riflessioni conclusive sul tema che è stato oggetto delle relazioni di questa sessione, devo rivolgere due sentiti ringraziamenti. In primo luogo, devo ringraziare Adriana Apostoli, non solo perché mi ha dato la parola, ma per il consueto garbo e la competenza con la quale ha condotto i lavori di questa mattina. Devo soprattutto ringraziare il Gruppo di Pisa ed il suo direttivo e, in particolare Marilisa D'Amico per l'invito a portare il mio contributo ai lavori di questo incontro. Si tratta della seconda volta nell'ultimo triennio, avendo già partecipato al webinar del 12 giugno 2020 su “Autonomie territoriali e forme di differenziazione”. In quell'occasione il mio compito fu quello di introdurre i lavori, per

tracciare un ricordo del compianto collega ed amico fraterno Paolo Carrozza, alla cui memoria questi seminari di diritto comparato sono molto opportunamente dedicati¹.

Il mio personale apprezzamento per queste iniziative riposa su varie ragioni. Innanzi tutto, va condivisa la scelta di fondo, compiuta in maniera consapevole, di questo consiglio direttivo guidato da Marilisa D'Amico di avere aperto alla comparazione giuridica, facendo precedere il convegno annuale da riflessioni che trascendono l'esperienza italiana e mettono quest'ultima a confronto con altri sistemi. Si tratta di un'opzione metodologica che non difendo solo per ragioni corporative, facendo io parte della categoria dei comparatisti ed essendone un rappresentante in qualità di presidente di una delle società scientifiche di riferimento del settore (quella di Diritto pubblico comparato ed europeo-DPCE), ma in quanto si tratta dell'unica opzione ormai praticabile per studiare il diritto in una prospettiva meno provinciale.

Mi permetto di raccontare un aneddoto: qualche giorno fa sono stato ricevuto dal Presidente della Corte costituzionale, Giuliano Amato, che avevo chiesto di incontrare per proporgli di tenere la lezione inaugurale della Scuola di DPCE, che è stata costituita per organizzare seminari comuni tra i dottorandi di tutte le sedi interessati a sviluppare i propri studi nell'ambito della comparazione pubblicistica. In quell'occasione il Presidente Amato, che è uno dei padri nobili della comparazione gius-publicistica italiana, avendo iniziato a praticarla già nella prima metà degli anni '60² e nella successiva lezione dal titolo "*Gli studi di diritto comparato oggi*" che si è poi effettivamente tenuta il 30 maggio 2022 presso la facoltà di Scienze politiche di Roma³, ha voluto ribadire un concetto di cui si è detto convinto da molto tempo, ovvero: "chi non è comparatista non è un costituzionalista, anzi, non è un giurista". Non si tratta di una novità assoluta; questa affermazione era stata, infatti, la premessa di un seminario di studio sul diritto comparato a Roma nell'anno 2000, organizzato in comune da privatisti e pubblicisti⁴. Già allora veniva messo in evidenza come la necessità di comparare andasse messa in relazione con una serie di fenomeni storici, quali il "deperimento" dello Stato nazionale, l'intensificarsi dei processi di internazionalizzazione e di integrazione sovranazionale (oggi dobbiamo considerare anche la globalizzazione), che avevano reso troppo angusta la prospettiva di studi giuridici declinati guardando solo al diritto interno.

A nostro avviso la prospettiva comparata risulta oggi imprescindibile in generale, per l'esigenza sempre più diffusa di leggere e interpretare le vicende della nostra esperienza giuridica nazionale alla luce degli sviluppi delle caratteristiche di altre esperienze, soprattutto quelle più simili all'Italia, ovvero le c.d. democrazie occidentali o democrazie mature, rispetto alle quali si possono misurare analogie e differenze, anche

¹ Quel ricordo è ora pubblicato sul Quaderno n° 2, Fascicolo speciale monografico del GRUPPO DI PISA, *La Rivista (In ricordo di Paolo Carrozza. Riflessioni sul percorso accademico, scientifico e sul pensiero in tema di federalismi nella prospettiva del regionalismo asimmetrico "italian style")*.

² Il volume su "*Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e della regione. Alla luce dell'esperienza statunitense*", Milano, 1963 resta ancora un testo di riferimento.

³ La registrazione dell'evento è disponibile: https://www.radioradicale.it/scheda/669848/gli-studi-di-diritto-comparato-oggi-lezione-inaugurale-della-scola-dpce-di-giuliano?qt-blocco_interventi=0

⁴ AA.VV., *Il grande abisso tra diritto pubblico e diritto privato. La comparazione giuridica e la contrazione dello Stato*, Seminario di studio sul diritto comparato, Roma, 1° aprile 2000, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 1/2000, 65 ss.

per apprezzare meglio la funzionalità del nostro sistema, sia per orientarlo attraverso gli strumenti dell'ermeneutica, che per proporre delle modifiche ove ritenuto necessario.

Se questo è vero in generale, lo è a maggior ragione se guardiamo al tema del seminario odierno: la pandemia è un fenomeno globale, che non conosce frontiere e tutti gli stati hanno dovuto affrontare questa emergenza comune con risposte in larga parte simili e, per tutti loro, si sono prodotte ripercussioni sui rispettivi sistemi delle fonti. Conoscere cosa hanno fatto e fanno gli altri è di grande aiuto, potendo far tesoro delle esperienze che hanno avuto un rendimento migliore, anche per suggerire l'adozione di eventuali correttivi quando qualcosa non ha funzionato al meglio.

Se prendiamo sul serio queste affermazioni dobbiamo riconoscere come la comparazione non debba essere considerata come un monopolio di una ristretta cerchia di specialisti (i comparatisti), essendo semmai vero il contrario, in quanto si propone un metodo di studio che deve essere praticato indistintamente in tutte le discipline giuridiche e da tutti i cultori del diritto. Non è un caso che nel processo di riscrittura delle declaratorie dei settori scientifico disciplinari IUS, effettuato in questi mesi dal CUN, riferimenti alla comparazione, come alla dimensione sovranazionale, siano stati inseriti in tutti i settori; un'evidente modernizzazione delle prospettive verso cui dovrà essere orientata nel futuro e la ricerca e la didattica in area giuridica. Questo successo della comparazione, che ha finito per contaminare il complesso degli studi giuridici non elimina l'importanza della ricerca di settore, essendo quello della comparazione un ambito che richiede opzioni metodologiche specialistiche e consapevoli, nonché conoscenze peculiari che possono essere trasmesse ai cultori delle altre discipline.

È in questo senso che interpreto l'invito a partecipare che, per il mio tramite, coinvolge l'intera associazione DPCE, alla quale, peraltro sono iscritti numerosi soci che aderiscono anche al Gruppo di Pisa, a testimonianza ulteriore della comunanza di interessi tra noi. Del resto, noto con piacere che quest'oggi non sono l'unico comparatista e socio DPCE chiamato a svolgere un ruolo attivo; anche Arianna Vendaschi, Anna Mastromarino, Matteo Frau, tutti giovani studiosi di prim'ordine, sono chiamati a coordinare gli Atelier pomeridiani ed a loro, come a tutti gli altri, vanno i miei auguri di buon lavoro.

La seconda ragione di plauso per queste iniziative riposa nella decisione di avere le giornate di studio dedicate alla comparazione alla memoria di Paolo Carrozza; Paolo, oltre ad essere stato uno dei cofondatori del Gruppo di Pisa, alle cui attività ha sempre preso parte con grande impegno, ha fatto parte anche di quella ristretta cerchia di comparatisti (insieme a Alfonso Di Giovine, Giuseppe Franco Ferrari, Memmo Florida, Lucio Pecoraro ed altri che qui non posso ricordare nominativamente) che nel 1999 ha contribuito all'uscita della rivista di Diritto pubblico comparato ed europeo, dalla quale ha poi avuto origine l'Associazione omonima, che è stata, nel suo arco di vita ormai ultraventennale, un trampolino di lancio degli studi di settore, contribuendo in maniera decisiva al loro sviluppo, sia quantitativo che, soprattutto, qualitativo. D'altra parte, Paolo Carrozza non è etichettabile né come costituzionalista, né come comparatista: per Lui una simile distinzione non era concepibile, essendo allo stesso tempo l'uno e l'altro sulla base di conoscenze trasversali e generali che si alimentavano costantemente tra loro. Altro non

aggiungo a proposito di Paolo, lo abbiamo già ricordato due anni fa e lui stesso non avrebbe gradito la formulazione di ulteriori apprezzamenti.

Un'ultima considerazione; nel suo intervento di saluto Marilisa D'amico ha ricordato le origini del Gruppo di Pisa, nato, come Lei ha detto per iniziativa di un gruppo di costituzionalisti allora quarantenni che intendevano in qualche modo emanciparsi dalle generazioni "più anziane" e, lasciandosi alle spalle l'impostazione paludata dei convegni tradizionali, per discutere liberamente sui temi della giustizia costituzionale che, in quel periodo, rappresentava uno dei settori di studio più fecondi e ancora non troppo arati, soprattutto dopo che con la presidenza di Francesco Saja si era proceduto allo "smaltimento dell'arretrato"; una stagione che aveva posto relevantissime questioni anche di ordine processuale ed apriva un periodo nel quale la Corte sarebbe stata chiamata a misurarsi con problemi nuovi e di stretta attualità.

Tutto vero, con una precisazione; il 5 maggio del 1990 intorno a quel tavolo in un'aula della Scuola S. Anna che ci ospitava, non sedevano solo dei quarantenni (Romboli, Luciani, Ruggeri, Caravita, Angiolini, Pinelli per citare solo alcuni dei presenti) ma anche alcuni trentenni (Rossi, Spadaro, oltre al sottoscritto), anche loro impegnati in questa nuova avventura, avviata in maniera pionieristica tra la sorpresa e il sarcasmo di alcuni senior che non comprendevano bene cosa stava succedendo (voglio anche ricordare che la denominazione "Gruppo di Pisa" è stata adottata in seguito, nel momento in cui l'iniziativa originaria si trasformerà in un evento a cadenza annuale e si costituirà l'associazione omonima; inizialmente si era pensato a quella di "giovani costituzionalisti", poi abbandonata perché ritenuta troppo polemica e forse ghehettizzante). Nel tempo la situazione è molto cambiata; la giustizia costituzionale ha perso la centralità di un tempo ed è stato necessario ampliare gli orizzonti e gli interessi, aprendo anche alla comparazione e questa Associazione, ormai ultratrentennale si è strutturata e radicata, coinvolgendo un numero di studiosi, ormai non più soltanto giovani, molto elevato.

2. I temi posti da questo seminario e la nozione di crisi

Fatta questa premessa, forse un po' lunga, ma ci tenevo molto a ricordare queste cose, passo al merito delle questioni che sono state trattate in questa sessione mattina ed alle quattro relazioni che sono state illustrate, oltre all'introduzione di Arianna Apostoli, che hanno trattato questioni diverse tra loro e tutte di particolare rilievo. Due relazioni hanno fatto il punto sulle vicende di ordinamenti nazionali. Javier Garcia Roca ci ha descritto i diversi passaggi con le relative misure adottate in Spagna dal febbraio 2020 ad oggi, per fronteggiare la crisi pandemica; si tratta di una ricostruzione importante, essendo stata la Spagna l'unico dei paesi europei ad attivare lo stato di emergenza costituzionalmente previsto; così come sono importanti anche i riferimenti al ruolo giocato in questa vicenda dal *Tribunal constitucional*, intervenuto attivamente. Su entrambe le questioni tornerò più avanti.

José Levi Mello do Amaral Júnior, ha incentrato la sua ricostruzione sulla disciplina della decretazione d'urgenza nell'ordinamento brasiliano, in una prospettiva diacronica

che ripercorrere i vari passaggi storici del sistema fino alla disciplina adottata dalla Costituzione del 1988 (in continuità con la Costituzione del 1967 l'art. 62 conferisce al Presidente il potere eccezionale di adottare le c.d. *medidas provisórias*) ed alla riforma costituzionale del 2001, che ha costituzionalizzato una serie di limiti all'uso della decretazione d'urgenza, con le relative prassi che si sono instaurate. Ovviamente il decreto legge, che è previsto solo in alcuni degli ordinamenti latino-americani (come ad esempio in Argentina, Colombia, Perù, ma non in Messico) è stato largamente utilizzato nella fase dell'emergenza pandemica, sollevando anche problemi in ordine alle relazioni tra Federazione e stati membri; alcuni di questi infatti, di fronte all'atteggiamento tendenzialmente negazionista delle autorità federali ed all'inadeguatezza delle misure adottate, sono intervenuti attivamente, modificando gli equilibri di un sistema federale debole con il consenso della Corte suprema successivamente chiamata a dirimere le questioni di competenza che erano state sollevate.

Per concludere le nostre riflessioni sull'esperienza brasiliana, sulla quale non ritorneremo successivamente, merita un cenno l'evoluzione che si è registrata nei rapporti tra poteri centrali e periferici. Come ancora ha ben ricordato Mello do Amaral Júnior, quasi paradossalmente, la pandemia ha valorizzato l'elemento federale, che costituisce uno dei principi cardine dell'assetto ordinamentale su cui si fonda la Costituzione brasiliana del 1988. Secondo quanto è stato stabilito dal Tribunale supremo federale del Brasile con una fondamentale sentenza del maggio 2020, agli Stati federati è stato riconosciuto il potere di intervenire con proprie misure in deroga a quanto previsto in via generale dalle autorità federali, nonostante queste ultime, come ovunque, avessero stabilito la centralizzazione delle competenze normative nella fase emergenziale.

Si tratta di una dinamica, seguita anche da esperienze simili come quella del Messico⁵, inconsueta ed in controtendenza, che trova tuttavia precise e ragionevoli motivazioni. Partendo dalla premessa del carattere storicamente debole e squilibrato dei sistemi federali dell'America latina, caratterizzati da una netta prevalenza dei poteri centrali, nel corso della pandemia e, soprattutto nelle aree in cui la diffusione dei contagi è stata maggiore, da parte di alcuni governatori e di alcuni parlamenti statali si è ritenuta inaccettabile la debolezza delle misure, fin quasi ad una sostanziale inerzia, messe in campo dalle autorità federali, anche in ragione dell'atteggiamento negazionista manifestato dai Presidenti federali (Jair Bosonaro e Andrés Manuel López Obrador, ma non possiamo dimenticare lo stesso Donald Trump). Di qui l'innescò della rivendicazione della propria autonomia politica e decisionale e l'attivazione, paradossale in considerazione delle circostanze, di una tendenza centrifuga di carattere oppositivo all'accentramento delle funzioni. Si è trattato di una situazione decisamente eccezionale, finalizzata al perseguimento di obiettivi ben precisi, certo sintomatica di un sistema conflittuale, ben oltre il dualismo competitivo tipico di numerose federazioni (come quella statunitense) che meriterebbe un'attenta considerazione in futuro anche per gli sviluppi che potrebbero generarsi.

⁵ Per la quale si rimanda alla accurata ricostruzione di I. SPIGNO, *Emergenza sanitaria vs. emergenza costituzionale in America latina: una prospettiva comparata*, in *Dpce Online*, 2020, 2017 ss.

Xavier Magnon ha inquadrato le misure concretamente adottate durante la fase della pandemia, in particolare nell'ordinamento francese, per ricondurle sul piano di una riflessione di taglio teorico, con un'analisi dei concetti di "emergenza" e di "stato di eccezione", per verificare poi le relazioni tra queste nozioni generali e le discipline di diritto positivo effettivamente adottate. Si tratta di un'analisi molto accurata e puntuale, volta a ricercare una coerenza del sistema nella chiave propria del formalismo giuridico.

Diverso e opposto mi è apparso, invece, il taglio di Giuseppe Martinico che, con l'approfondimento e la ricchezza di riferimenti che, come di consueto, caratterizzano i suoi interventi, ci ha parlato della *soft law*, con un approccio che definirei realista; l'attenzione è infatti rivolta ad analizzare cosa sia successo sul piano dell'effettività in relazione alla natura degli strumenti regolativi concretamente utilizzati, per poi verificare la possibilità di una riconduzione di questi fenomeni di *soft law* su un piano "razionale", operazione sicuramente ardua e complessa.

Come ho detto all'inizio il mio compito non è quello di elaborare una sintesi delle relazioni che mi hanno preceduto, non sarebbe peraltro possibile, ma solo quello di svolgere delle considerazioni conclusive che potranno solo limitarsi a trattare alcune delle questioni trattate.

Volendo individuare un minimo denominatore comune e parafrasando il titolo di questo seminario, mi pare che l'attenzione debba essere rivolta alle conseguenze che la crisi provocata dalla pandemia da covid-Sars2 e la conseguente situazione emergenziale che ne è derivata ha prodotto sui sistemi delle fonti e sulla tenuta complessiva di alcuni sistemi democratici, in particolare europei, a partire da quello italiano. È importante ricordare l'analisi dei sistemi delle fonti rappresenti una sorta di cartina di tornasole, che consente una verifica delle caratteristiche del corrispondente sistema costituzionale complessivamente inteso e del ruolo esercitato dalle fonti in senso soggettivo (i soggetti e gli organi costituzionali titolari di poteri normativi) in relazione alle dinamiche che di fatto si instaurano tra loro ed il conseguente impatto che si determina sul funzionamento in concreto della forma di stato, della forma di governo, oltre che sul grado di tutela dei diritti fondamentali offerti dalle istituzioni di garanzia, tutte questioni.

In proposito tutti i relatori intervenuti questa mattina hanno riconosciuto come la situazione di crisi generata dalla pandemia abbia generato la necessità di interventi e di risposte eccezionali e, quindi, di come si sia dovuto fare ricorso anche a strumenti normativi o, per usare un termine più ampio e forse più corretto, "regolativi" in buona misura peculiari e di carattere straordinario; con ciò, in misura maggiore o minore, in tutti gli ordinamenti il sistema delle fonti ha subito uno stress non trascurabile, secondo quanto proprio l'indagine comparata può cercare di mettere in luce.

Il tema è particolarmente ampio e, per questo, ne tratterò solo alcuni aspetti, scelti tra quelli che, a mio giudizio presentano un interesse maggiore⁶.

⁶ Per un inquadramento generale dei diversi temi si rinvia a A. VEDASCHI E L. CUOCOLO (a cura di), *L'emergenza sanitaria nel diritto comparato: il caso del Covid-19*, DPCE online, 2/2020, in cui si raccolgono oltre 50 saggi che intervengono, in chiave comparata, sull'argomento; R. TARCHI (a cura di), *L'emergenza sanitaria da COVID-19: una prospettiva di diritto comparato*, Riv. del Gruppo di Pisa, Quad. I°, 2020, 1 ss., con cinque saggi che compendiano le esperienze di Stati Uniti, Spagna, Germania, Austria, Regno Unito, Francia e Brasile, tutti nella prospettiva comparata.

Voglio iniziare proponendo alcune riflessioni sul concetto di “crisi” o meglio sulle conseguenze che l’attivazione di stati di eccezione effettuata per rispondere a situazioni di emergenza di vario genere determina sulle dinamiche dei sistemi costituzionali.

A questo riguardo si dovrebbe ragionare preliminarmente in ordine alla distinzione tra “stati di eccezione” e situazioni emergenziali più genericamente intese, una questione particolarmente dibattuta e, certo, ancora attuale, che non posso, tuttavia approfondire; mi limito a ricordare solo che a differenza degli stati di eccezione, gli stati di emergenza sono di solito regolati giuridicamente (nei loro presupposti, per i procedimenti che possono essere attivati e le misure da adottare), ma che si registra comunque una contiguità tra i due fenomeni, potendo considerare lo stato di eccezione come una forma di emergenza estrema, che può mettere in pericolo l’esistenza stessa dello stato. Aggiungo che gli stati di crisi sono generati dalla sopravvenienza di fattori esterni, quasi sempre di carattere fattuale e non giuridico, sovente imprevedibili (a ben riflettere la pandemia forse non era del tutto imprevedibile, per le notizie che erano già circolate nei mesi precedenti, ma certamente è giunta inaspettata nel momento in cui è esplosa e per le dimensioni che ha immediatamente assunto); la situazione eccezione che si determina rende necessaria l’adozione di risposte immediate, con misure necessarie utili a fronteggiare la crisi stessa e tentare di superarla. L’imprevedibilità di queste situazioni pone sempre delle sfide inedite ai sistemi istituzionali interessati e le risposte che vengono messe in campo, sia sotto il profilo procedurale e degli strumenti giuridici utilizzati, sia per i contenuti specifici che assumono, determinano delle modifiche idonee a rilevare i punti di forza e di debolezza di un determinato sistema costituzionale ed eventuali lacune originarie presenti in esso; attraverso la lente della crisi possiamo verificare le criticità, magari latenti, che la crisi stessa contribuisce a disvelare o a dilatare in forme patologiche, facendo riflettere sull’opportunità di adottare determinati correttivi per il futuro.

Un elemento che caratterizza le crisi riguarda le conseguenze a lungo termine che queste possono determinare. I mutamenti costituzionali da queste indotti, che non sono il frutto di azioni intenzionali (come avviene per la revisione costituzionale), bensì da trasformazioni di fatto non sempre accompagnate dalla coscienza di operare dei cambiamenti, raramente si dissolvono una volta superata la crisi; al contrario, possono lasciare tracce e molti dei cambiamenti intervenuti tendono poi a stabilizzarsi, determinando un’evoluzione del sistema.

A questo proposito per fare qualche esempio riferito proprio alla materia delle fonti del diritto, potremmo ricordare quanto avvenuto negli Stati Uniti a partire dagli anni Trenta del secolo scorso, allorché per superare la crisi economica conseguente alla c.d. “grande depressione” ed avviare le politiche del *new deal*, che richiedevano un’espansione dei poteri, anche normativi, delle amministrazioni federali, si attivò una forma inedita di normazione per un sistema presidenziale come quello americano, quella della delega legislativa. Da quel momento in poi il Congresso ha approvato leggi di

Non possiamo poi omettere la citazione di un sito web, <https://www.comparativecovidlaw.it>, creato grazie all’iniziativa delle tre associazioni scientifiche di diritto comparato italiane (AIDC, DPCE e SIRDI), nel quale sono stati raccolti migliaia di documenti normativi, giurisprudenziali, dottrinali e di documentazione in generale provenienti da tutte le parti del mondo e che si presenta come l’archivio più completo per lo studio della materia.

delegazione in numerosi settori, consentendo l’esercizio di un potere legislativo *sostanzialmente primario* non solo Presidente o ai dipartimenti esecutivi, ma anche alle agenzie e ad altri apparati amministrativi. Questa forma di produzione normativa è ancora largamente utilizzata, nonostante il suo carattere *extra ordinem* o, per meglio dire, *praeter constitutionem*, ma non incostituzionale, come ha riconosciuto la stessa Corte suprema molti anni dopo (con la sentenza *Immigration and Naturalisation Service v. Chada* del 1983, con la quale venne dichiarato illegittimo il potere delle assemblee parlamentari di controllare *ex post* il contenuto dei provvedimenti delegati mediante l’esercizio del c.d. veto legislativo, ma non anche il potere di delega in quanto tale).

Quale ulteriore esempio possiamo ricordare quello degli “*executive orders*”, un vero e proprio potere regolamentare autonomo non esplicitato dal testo costituzionale e ritenuto, ormai, inerente alla funzione esecutiva esercitata dal Presidente. Anche la dilatazione di questo potere è coinciso con i momenti di crisi o con gli stati di eccezione della storia americana (a partire dalla guerra di secessione in poi), o con le fasi di *divided government* e di conflitto tra il Congresso e il Presidente (come nel periodo della presidenza Nixon), fino a diventare un potere ordinario, di cui i presidenti (da Trump a Biden, per citare solo gli ultimi) si avvalgono quando lo ritengono opportuno.

D’altra parte qualcosa del genere si è verificato anche per le fonti tipicamente emergenziale come i *bill of indemnity* o i decreti legge, la cui origine è fattuale, in coincidenza con eventi bellici o disastri naturali, per poi non lasciare tracce (come nel caso inglese) o, invece, mettere radici profonde nel sistema come dimostra l’esperienza italiana (in proposito ricordo come il tentativo di razionalizzazione dell’istituto operato da Santi Romano nel 1909 parte proprio dall’analisi dei provvedimenti sullo stato d’assedio e relativi al terremoto di Messina dell’anno precedente).

Per concludere sul punto: le nuove procedure o i nuovi istituti che vengono attivati nei periodi di crisi tendono a radicarsi e a proiettarsi anche nel futuro, determinando cambiamenti talora significativi.

Il secondo elemento riguarda le opportunità che dalla crisi scaturiscono: la “lente di ingrandimento” cui accennavamo poc’anzi mette in rilievo le criticità e le debolezze, o i punti di forza di un sistema e quindi consente di valutare l’opportunità o la necessità di interventi successivi di carattere correttivo, per integrare eventuali lacune che sono state evidenziate durante la crisi. A tal proposito valgono gli esempi emersi dalla relazione di Garcia Roca sui due ordinamenti europei “federo-regionali” di carattere duale o addirittura conflittuale sembrano significativi e non solo perché legati alla questione delle fonti del diritto: l’ordinamento spagnolo e quello belga nel corso della crisi hanno, infatti, attivato accentuate forme di collaborazione istituzionale *ad hoc* tra i livelli di governo, con riunioni settimanali e periodiche, anche informali, che in pochi mesi hanno superato di gran lunga le interazioni che si erano sviluppate nei decenni precedenti. Se letta “allo specchio”, tale circostanza è la dimostrazione di un limite di quei sistemi, vale a dire una certa incapacità di dialogo tra i diversi livelli di governo che impediva risposte immediate ed efficienti; tale limite, sebbene sostenibile in momenti di normalità, nello stato di emergenza ha finito per diventare insostenibile. Torneremo più avanti a parlare della questione; dobbiamo però interrogarci sulla possibilità che questo cambiamento di

paradigma, reso necessario dalla crisi, lasci delle tracce, orientando anche nel futuro post pandemico le modalità di funzionamento del modello di stato.

3. *Le crisi del XXI secolo e gli effetti della crisi pandemica da Sars-covid2*

Il XXI secolo fino a questo momento non si è presentato come un secolo fortunato; senza considerare l'emergenza climatica ed ambientale che ha ormai assunto un carattere endemico, in poco più di un decennio sono maturate tre gravi crisi, che hanno tutte acquistato, anche per le loro conseguenze, una dimensione globale, impattando sull'ordinario funzionamento dei diversi sistemi costituzionali, che sono stati "stressati" in maniera evidente. Rispetto alla prima, quella dei debiti sovrani, arrivata in Europa dopo il 2010, che ha interessato soprattutto i Paesi caratterizzati da forti squilibri finanziari (i c.d. PIGS) determinando una situazione a macchia di leopardo, l'impatto del conflitto russo-ucraino e, prima ancora, della pandemia è stato trasversale e generale e, quindi, ancora più dirompente.

Anche limitando l'attenzione al contesto europeo occidentale, gli effetti sulle dinamiche delle forme di stato, delle forme di governo, sui sistemi delle fonti, sul rispetto e la protezione dei diritti fondamentali sono state evidenti e significative. A questo riguardo, prima di entrare nel merito di alcune delle questioni più rilevanti emerse in questo frangente, credo sia necessario confrontarsi con il quesito che Adriana Apostoli ha posto in avvio di questa giornata, che mi pare la questione fondamentale e decisiva. L'interrogativo ci invita a riflettere sull'effettiva tenuta dei sistemi democratici e dei principi su cui si regge il costituzionalismo contemporaneo, ovvero sulla capacità di "resistenza" propria della scienza costituzionalistica quale disciplina che ha il compito di valutare, anche in condizioni di emergenza, la "regolarità" della vita istituzionale, in presenza di scelte politiche che "legittimano" la temporanea sospensione delle regole costituzionali, compresa una limitazione dei diritti di libertà.

Ovviamente non è semplice rispondere a questa domanda e, soprattutto, questa risposta non può essere univoca, dovendosi tener conto della profonda diversità dei contesti di partenza, dei diversi approcci e del tipo di interventi che i singoli stati hanno adottato e mantenuto. Nonostante questa disomogeneità di situazioni, almeno se limitiamo le nostre valutazioni alla sola area europeo-occidentale, credo si possa riconoscere che, almeno in linea tendenziale, il diritto costituzionale ha resistito, sia sotto il versante delle procedure decisionali che hanno rispettato l'essenza del principio democratico, che del rispetto dei diritti fondamentali, la cui compressione è risultata proporzionata e ragionevole. E' vero che nella situazione di crisi che si è determinata due diritti in particolare, quello alla vita e quello alla tutela della salute (individuale e collettiva – quello alla salute è un diritto che ha natura anfibia, caratterizzato dalla compresenza di elementi oggettivi, come l'interesse collettivo della comunità nel suo insieme e soggettivi, quale il diritto ad essere curati; elementi che possono entrare in conflitto tra loro, secondo quanto si è ad esempio verificato per la prescrizione di obblighi vaccinali, e che, per questo devono essere bilanciati) hanno finito per esercitare una sorta

di tirannia rispetto ad altri diritti che hanno subito una compressione molto marcata, talora fin quasi al limite della loro sopravvivenza, come nel caso della libertà di circolazione; una scelta giustificata anche dalla previsione di principi costituzionali quali il compimento dei doveri inderogabili (il richiamo all’art. 2 della Costituzione italiana ed all’idea solidaristica che lo sottende è evidente), o, piuttosto, il rispetto del “diritto degli altri”, secondo quanto prescritto, ad esempio, dall’art. 2 del *Grundgesetz* e dall’art. 1 della costituzione portoghese (ciò che conferma come il solidarismo sia un elemento integrante del patrimonio costituzionale europeo)⁷. Il dato più evidente da sottolineare è quello che ci mostra come in situazioni di emergenza come quella pandemica (e ancora di più in contesti influenzati da conflitti armati), il bilanciamento tra i diritti costituzionali, possa essere operato in maniera diversa rispetto a quanto si verifica in periodi di normalità, anche per ragioni di sicurezza collettiva che richiedono l’adozione di misure adeguate ed efficaci finalizzate al contenimento/superamento dell’emergenza. Adeguatezza ed efficacia che devono sempre essere misurabili in termini di ragionevolezza e proporzionalità e non risultare arbitrarie ed eccessive; si tratta di un terreno scivoloso, suscettibile di interpretazioni diverse, comunque misurabile *ex post* tenendo conto dei risultati che alla fine sono stati conseguiti. Ciò vale in particolar modo per il diritto alla salute la cui configurazione generale lo rende un diritto naturalmente anfibo perché contiene in sé sia gli elementi del diritto soggettivo dell’individuo che ha diritto alle cure sia come.

Tenuto conto di questa valutazione d’insieme, credo sia opportuno procedere ad una valutazione di alcune delle tendenze di fondo ingenerate dall’emergenza pandemica sulle dinamiche istituzionali. Al riguardo non emergono profili di particolare novità rispetto alle situazioni di crisi che si sono manifestate in precedenza; un primo effetto è quello di un’evoluzione centripeta delle relazioni tra poteri centrali ed autonomie territoriali (in particolare negli stati a struttura composta), cui si affianca un’emarginazione delle assemblee parlamentari ed una concentrazione dei poteri nelle mani dei governi, con un’espansione non fisiologica degli strumenti normativi del potere esecutivo. Prima di soffermarci su alcuni degli aspetti più rilevanti di questa concentrazione dei poteri in un solo organo costituzionale, è tuttavia opportuno verificare le modalità operative e procedimentali che sono state utilizzate e se, soprattutto, sono stati attivati gli stati di emergenza previsti e disciplinati da più d’una delle costituzioni europee.

4. *Gli strumenti dell’emergenza e la “fuga dagli stati di eccezione”*

Se si esclude la Spagna, esperienza sulla quale torneremo tra breve, a differenza di quanto invece si è verificato in America latina laddove è stato abbastanza diffuso il ricorso all’attivazione di stati emergenziali previsti a livello costituzionale (si pensi, tra gli altri, al Cile, all’Ecuador, al Peru e alla Colombia), in Europa si è generalmente rinunciato ad

⁷ Sul rilievo, anche in questo frangente, del principio di solidarietà, si diffonde la relazione di A. Apostoli, *Crisi delle fonti o delle democrazie nelle emergenze?* in questo Fascicolo.

attivare tali strumenti, anche laddove sulla carta ve ne fossero i presupposti (si pensi alla Francia o alla Germania). Quella che prima e meglio di tutti Arianna Vidaschi ha etichettato come una “fuga dagli stati di eccezione” (espressione assolutamente condivisibile) può essere considerata sorprendente solo apparentemente⁸. Questa scelta di fondo trova una sua giustificazione proprio nelle discipline costituzionali esistenti, costruite per rispondere a stati di eccezioni generati da scenari diversi, indotti da fenomeni di guerra, terrorismo o di ordine pubblico, non anche per ragioni di salute pubblica; inoltre si tratta di previsioni piuttosto obsolete, dalla cui applicazione discende uno stravolgimento dell’equilibrio tra i poteri costituzionali, sicuramente in misura più rilevante di quanto fosse necessario in questa occasione.

Si è preferito, quindi, operare sul piano della legislazione ordinaria, utilizzando previsioni normative preesistenti che contemplavano già la possibile attivazione di stati di emergenza sub-costituzionali, specificamente pensati per rispondere a crisi sanitarie; non solo, nella maggior parte dei casi, si è proceduto ad adeguamenti di queste normative, con riforme che tenessero conto dell’imprevedibilità e della gravità della situazione in atto.

Procedendo ad una sintetica rassegna nel Regno Unito il Parlamento di Westminster ha proceduto all’approvazione nel marzo del 2020 di due distinte leggi, il *Coronavirus Act* e il *Contingencies Fund Act* (che, come ci ricorda anche Martinico, hanno in parte codificato quanto previsto da precedenti linee guida governative dal titolo evocativo di *Staying at home and away from others*), ritenendosi che la legge generale sulle emergenze (il *Civil Contingencies Act 2004*) fosse inadeguata per le ridotte limitazioni consentite alle libertà fondamentali ed i limiti stringenti imposti, sia in termini di contenuto che di durata dei provvedimenti emergenziali. La nuova legge consentiva la dichiarazione dello stato di emergenza da parte del governo, autorizzato poi a intervenire mediante *Regulations*, ovvero strumenti normativi di rango secondario per i quali tuttavia, diversamente dalle altre esperienze straniere esaminate, resta l’obbligo di sottoposizione ad *affirmative procedure* parlamentare; in questo modo le Camere mantengono un rilevante potere di controllo, che include anche la possibilità di valutare, a cadenza semestrale, l’opportunità del mantenimento o della revoca dello stato di emergenza⁹.

In Francia, la Costituzione del 1958 contiene una puntuale disciplina degli stati di eccezione e dello stato d’assedio (artt. 16 e 36 Cost.); inoltre la l. n. 1955-385 detta una normativa generale sulle varie tipologie di stati d’emergenza. All’insorgere della pandemia si è scelto di non attivare nessuno degli strumenti previsti, seguendo una strada diversa. Ritenendo inadeguati i poteri attribuiti al Governo e al Ministero della Salute sulla base del *Code de la santé publique*, comunque utilizzati nelle prime settimane, si è provveduto all’approvazione di una nuova legge (l. n. 2020-290), che ha introdotto la

⁸ A. VEDASCHI, *Il Covid-19, l’ultimo stress test per gli ordinamenti democratici: uno sguardo comparato*, in Dpce online, 2020, 1053 ss.

⁹ Sull’esperienza inglese cfr., tra gli altri, A. TORRE in *Dal Coronavirus alla Corona. Emergenza pandemica ed evoluzione costituzionale nel Regno Unito*, in DPCE online, 2/2020, pp. 1781 ss.; C. SERPOLLA, *Coronavirus Act 2020: il ruolo del Parlamento di fronte all’emergenza sanitaria*, <https://www.comparativecovidlaw.it/2020/05/15/coronavirus-act-2020-il-ruolo-del-parlamento-di-fronte-allemergenza-sanitaria/>; V. FREDIANELLI, *L’emergenza COVID-19 in Francia e nel Regno Unito: un bilancio comparato*, in R. TARCI (a cura di), cit., 71 ss.

fattispecie specifica dell'*état d'urgence sanitaire*, il quale può essere dichiarato dal Consiglio dei ministri, in caso di catastrofe sanitaria, per l'intero territorio nazionale o per parte di esso. Questo provvedimento legislativo ha conferito all'esecutivo poteri piuttosto ampi per la gestione della crisi, con possibilità di intervenire diffusamente con provvedimenti derogatori delle stesse fonti primarie¹⁰. Diversamente da quanto previsto nel Regno unito, quindi, si è proceduto ad un'alterazione significativa degli equilibri costituzionali: l'attribuzione al Governo di estesi poteri di natura e grado paralegislativi, peraltro indeterminati e in assenza di limitazioni di carattere temporale non ha mancato di sollevare critiche piuttosto forti in sede dottrina.

In Germania si è subito deciso, nonostante alcune proposte avanzate in questo senso, di non attivare artt. 35 e 91 del *Grundgesetz*, che disciplinano le c.d. emergenze interne, peraltro sulla base di presupposti legittimanti che non contemplano espressamente l'emergenza sanitaria, così da procedere applicando le procedure decisionali ordinarie, con una modifica dei regolamenti parlamentari quanto a modalità di funzionamento delle assemblee legislative, che avevano difficoltà a riunirsi per i limiti imposti alle libertà di circolazione e di riunione. Scartata la via dell'emergenza costituzionale, anche per la lacunosità della relativa disciplina (che alcuni avevano proposto di colmare con una revisione *ad hoc*), come base giuridica è stata utilizzata la Legge federale per la prevenzione ed il contrasto delle infezioni del 2000 (cd. *Infektionsschutzgesetz*), cui sono state apportate immediate modifiche¹¹. È questa la fonte che disciplina in maniera assai dettagliata le procedure da seguire, anche con riguardo alle possibili limitazioni dei diritti fondamentali, ed autorizza l'adozione di atti sub-legislativi ed amministrativi generali da parte del Governo federale e dei governi dei *Länder*. Due sole rapide osservazioni: sulla base di una preventiva decisione parlamentare anche in Germania si è operato il conferimento di poteri di regolazione molto estesi in capo ai governi, con una pervasività delle fonti amministrative, analogamente a quanto accaduto nelle altre esperienze costituzionali europee prese in esame, ma con una differenza non trascurabile. Si è deciso, cioè, di rispettare la struttura federale del sistema e le regole costituzionali sul riparto delle competenze, concentrando sui governi territoriali la gran parte dei poteri di intervento sulla base di una disciplina federale unitaria, secondo i canoni classici del c.d. federalismo d'esecuzione, consentendo, così, risposte differenziate alla pandemia tenendo conto della diversità di situazioni e di esigenze sul territorio.

Un cenno brevissimo all'Austria¹², la cui Costituzione federale presenta rilevanti analogie con quella italiana. Come nel nostro caso non sono previsti stati di crisi in senso proprio, mentre l'art. 18.3 autorizza, in situazioni di emergenza il Presidente federale a sostituirsi al Parlamento, nell'eventualità in cui esso sia impossibilitato a riunirsi, e

¹⁰ C. SARTORETTI, *La risposta francese all'emergenza sanitaria da Covid: Stato di diritto e Costituzione alla prova della pandemia*, in *Dpce online* 2/2020, 1637 ss.

¹¹ Cfr. A. GATTI, *L'emergenza COVID-19 in Germania e Austria: un bilancio comparato*, in R. TARCHI (a cura di), cit., 51 ss.; J. WOELK, *I sistemi federali di Germania e Austria alla prova dell'emergenza pandemica*, *Dpce online*, vol. 54 No Sp., 2022, 329 ss.

¹² F. PALERMO, *La gestione della crisi pandemica in Austria: regolarità costituzionale e qualche distonia politica*, in *Dpce online*, 2/2020, 1743 ss.

adottare, in caso di necessità e per impedire danni evidenti ed irreparabili alla popolazione, decreti con forza di legge (cui è impedito derogare alla Costituzione). Diversamente da quanto accaduto in Italia, questo potere di decretazione d’urgenza si è sterilizzato nel tempo ed anche in questa circostanza non si è pensato di utilizzarlo, procedendo in virtù di un preciso accordo politico tra maggioranza e opposizione parlamentare, alla convocazione del Parlamento, che ha provveduto ad aggiornare rapidamente il quadro normativo preesistente. Alla legge ordinaria del 1950 (*Epidemiegesetz*), sono state affiancate cinque “Leggi anti-Covid”, con le quali sono state introdotte modifiche temporanee all’ordinamento giuridico in diversi ambiti (disciplina dei diritti di libertà, organizzazione scolastica e della giustizia, in materia economica e fiscale ecc.). La decisione di confermare, almeno formalmente, la centralità dell’organo parlamentare non ha certo impedito la proliferazione delle fonti secondarie (in particolare del ministro federale della salute e dei presidenti dei *Länder*) sotto il profilo quantitativo, per quanto sia stata circoscritto lo spazio discrezionale, dovendosi tener conto degli indirizzi prefissati dalle leggi federali. Rispetto alle altre esperienze si è comunque ritenuto che in Austria, nonostante le difficoltà e le incertezze iniziali, il sistema delle fonti abbia nel suo complesso tenuto, riuscendo a mantenere il primato della fonte legislativa.

Un ulteriore profilo che emerge dall’analisi comparata è quello del ricorso pressoché costante a modalità di tecnica legislativa che hanno introdotto discipline con una scadenza temporale prestabilita, sulla base di una clausola risolutiva espressa, secondo il modello della *sunset clause* di derivazione anglosassone. Questo non è avvenuto solo nel Regno Unito, nel quale sia le misure di emergenza nazionale che quelle adottate dai soggetti devoluti hanno utilizzato un istituto per loro consueto, ma anche in Austria (ove la legge del 15 marzo 2020 veniva a scadenza alla fine dello stesso anno) e in Germania per espressa richiesta delle opposizioni parlamentari. L’istituto è certamente utile in generale e, soprattutto nelle situazioni di emergenza a carattere temporaneo, determinando la decadenza automatica delle norme approvate senza necessità di ricorrere alla loro successiva abrogazione; come è evidente si tratta anche di una tecnica che favorisce la semplificazione del sistema normativo e che contribuisce in misura rilevante alla certezza delle situazioni giuridiche.

Non solo: le misure necessarie per contenere la diffusione della pandemia, che comportano inevitabilmente una riduzione anche drastica di alcuni diritti fondamentali, devono necessariamente avere un carattere temporaneo e venir meno (o ridursi nella loro invasività) con il ritorno alla (quasi) normalità; la temporaneità delle misure è, quindi, strutturalmente collegata al principio di proporzionalità. Ne va della sopravvivenza stessa della democrazia costituzionale, che, altrimenti acquisterebbe una deriva autoritaria. Non si tratta, quindi, solo una questione di tecnica legislativa, ma l’uso di tecniche di normazione appropriate offre sicuramente un aiuto importante.

4.1 L'esperienza della Spagna

Come abbiamo già ricordato e come ci ha ricordato il collega Javier Garcia Roca, solo in Spagna, tra le grandi democrazie europee, per combattere la pandemia da Coronavirus si è optato per la dichiarazione dello stato di emergenza, attivando il c.d. *estado de alarma*, previsto dall'art. 116.2 della Costituzione, quale ipotesi meno grave tra gli stati di eccezione, rispetto, all'*estado de excepción* e all'*estado de sitio*, contemplati dai commi successivi della medesima disposizione costituzionale¹³.

Si è trattato di una decisione politica piuttosto netta, essendosi ritenuta inadeguata l'applicazione della normativa vigente in materia di tutela della salute pubblica che, sulla base di plurime disposizioni (contenute nelle leggi 14/1986 *General de Sanidad* e 33/2001, *General de la Salud publica*, oltre che della Ley organica 3/1986 *Medidas Especiales de Salud Publica*), avrebbe consentito l'adozione delle misure necessarie per la tutela della salute delle persone in casi di necessità e urgenza e di emanare i provvedimenti necessari in casi di malattie trasmissibili.

La previsione costituzionale appena richiamata ha ricevuto attuazione per effetto della legge organica n. 4 del 1981, il cui art. 4 stabilisce che lo stato di allarme possa, tra l'altro, essere dichiarato per "*Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves*"; esso viene dichiarato dal governo ed ha una durata massima di quindici giorni ed è immediatamente sottoposto al controllo del Congresso dei deputati. Emerge, quindi, un'immediata differenza rispetto agli altri sistemi costituzionali: l'istituto in questione è stato disciplinato secondo modalità più moderne e complete, con una depoliticizzazione dello stato di emergenza che, inoltre, conserva un significativo potere di controllo parlamentare. La sua durata limitata nel tempo, perdurando lo stato di pandemia, ha reso necessaria la reiterazione della misura per ben sei volte (dal 14 marzo, con il *real decreto* n. 463/2020, al 21 giugno 2020), in un quadro politico-parlamentare frammentato e radicalizzato, che ha acuito anche i contrasti con le comunità autonome¹⁴. Ragione per cui dopo una prima fase di centralizzazione pressoché assoluta dei poteri in capo all'esecutivo nazionale (con imposizioni di limiti molto stringenti) si è ritenuto, di attenuare progressivamente le misure restrittive (c.d. *desescalada*) e, almeno a partire dalla quinta proroga, di avviare un rapporto di cooperazione le comunità autonome, che tornano ad esercitare poteri di esecuzione, per quanto sotto il controllo diretto dell'amministrazione centrale. L'originaria alterazione delle relazioni centro-periferia veniva così ad attenuarsi, al punto che con la ripresa della pandemia e la riproposizione di un nuovo stato di allarme (con *real decreto* del 25 ottobre 2020, prorogato ininterrottamente fino al 9 maggio 2021) si introduce una forma di collaborazione ancora più intensa, consentendo al governo, che rimane l'autorità comunque responsabile ai sensi

¹³ Cfr. V. PIERGIGLI, *L'emergenza Covid-19 in Spagna e la dichiarazione dell'estado de alarma. Ripercussioni sul sistema istituzionale e sul regime dei diritti*, in *Dpce online*, 2/2020; F. SPAGNOLI, *L'emergenza COVID-19 in Spagna e negli Stati Uniti*, in R. Tarchi (a cura di), cit., 29 ss.; R. L. BLANCO VALDÉS, *La lucha contra el Covid-19 y la declaración de inconstitucionalidad del primer estado de alarma de 2020 en España: sobre la limitación y la suspensión de los derechos fundamentales*, in *Dpce online*, vol. 54 No Sp., 2022, 288 ss.

¹⁴ Cfr. G. POGGESCHI, *Le Comunità autonome spagnole di fronte alla crisi Covid-19: una fase di "federalismo autonomico" per la Spagna*, in *DPCE online*, 2/2020.

della disciplina organica, di delegare i presidenti delle regioni, invece dei ministri, ad adottare le misure esecutive necessarie nel proprio ambito territoriale.

Descrivendo queste varie fasi si è parlato di un passaggio da un’originaria *centralisati3n*, ad una successiva *coordinaci3n*, per giungere a quella che è stata definita *cogobernanza*, certamente pi3 rispettosa dei principi ispiratori del sistema *auton3mico* iberico. Il richiamo di questi passaggi suscita due riflessioni; la prima riguardo al carattere flessibile di questo istituto, che consente declinazioni diverse che possono tener conto delle circostanze nelle quali si interviene e delle finalit3, anche politiche, che si intendono perseguire. La seconda deve riferirsi all’impreparazione iniziale con la quale si è intervenuti, con una sorta di sperimentazione in itinere che ha poi determinato le variazioni richiamate. Si tratta, certamente, di punti di forza del sistema spagnolo, che, in una prospettiva comparatistica potrebbe essere considerato come un modello da imitare.

Va ricordato che i provvedimenti del potere esecutivo autorizzati dallo stato di allarme assumono la forma del *Real decreto*, essendo adottati dal Re sulla base di una delibera del Consiglio dei ministri e che gli stessi possiedono forza di legge, potendo cos3 modificare o derogare le stesse norme di rango primario. Conseguentemente questi decreti non possono essere impugnati dinanzi al giudice amministrativo e la loro eventuale illegittimit3 pu3 essere dichiarata soltanto all’esito di un giudizio di fronte al Tribunale costituzionale.

L’esperienza maturata in questa circostanza, che è stata anche la prima in assoluto, ha fatto emergere anche, almeno a nostro avviso, alcune criticit3. La prima di queste riguarda gli effetti della dichiarazione dello stato di allarme nei riguardi delle altre fonti governative; essa non determina una sospensione degli altri poteri costituzionali, consentendo, cos3, il contemporaneo ricorso a decreti legge, secondo quanto è effettivamente avvenuto in Spagna nella stagione pandemica, confermando una prassi estensiva (e ormai pervasiva, anche se non a livelli italiani) di questa fonte, gi3 largamente utilizzata negli anni della crisi dei debiti sovrani. Nel caso spagnolo, inoltre, del potere di decretazione d’urgenza sono provviste numerose comunit3 autonome (almeno otto), che vi hanno fatto ricorso in maniera massiccia anche in questa circostanza, affiancando la normativa statale. La conseguenza è stata quella di produrre una normazione quantitativamente eccessiva, stratificata e suscettibile di essere superata rapidamente, ingenerando un sistema confuso e poco razionale.

Il secondo elemento di criticit3 attiene al difetto di coordinamento che è emerso tra la disciplina costituzionale e l’attuazione da parte della legge organica, almeno sotto due profili. La disciplina organica consente la dichiarazione dello stato di allarme nei casi di emergenza sanitaria, mentre l’art. 55 CE prevede la possibilit3 di una sospensione di (alcuni) diritti fondamentali solo nei casi di stato di eccezione o di stato di assedio; su tale questione si è pronunciato il *Tribunal constitucional*, a seguito di un ricorso presentato da cinquanta deputati (appartenenti al gruppo Vox, di estrema destra), che, con la sentenza la n. 148/2021 (a stretta maggioranza e con ben cinque voti dissenzienti), ha dichiarato la parziale illegittimit3 del *real decreto* n. 463/2020, come successivamente prorogato e modificato. Con una motivazione fondata pi3 su argomentazioni di tipo formale che sostanziale (come rilevato dai giudici in dissenso), si è affermato che se lo stato di allarme

può stabilire restrizioni o limitazioni dei diritti fondamentali superiori a quelle di norma possibili, ma non in maniera illimitata; oltre alla necessità di rispettare comunque i principi di legalità e di proporzionalità, non risulta mai possibile sospendere il godimento dei medesimi diritti e che, pertanto, le limitazioni imposte alla libertà di circolazione, di fatto sospesa, erano da ritenersi eccessive e, pertanto, incostituzionali. Con un monito della Corte spagnola: la gravità della situazione avrebbe richiesto una decisione diversa, ovvero la dichiarazione dello stato di eccezione, sulla cui base sarebbe risultata possibile non soltanto una limitazione ma anche una sospensione dei diritti fondamentali. Può apparire paradossale che un tribunale costituzionale, richiamandosi al merito rispetto delle forme, suggerisca il ricorso a strumenti maggiormente invasivi della regolarità costituzionale (con lo stato di eccezione non si sarebbero incrementati i controlli, né parlamentari, né giurisdizionali, con una limitazione anche del sindacato di proporzionalità); nella sostanza si è trasformata l'emergenza sanitaria in un problema di ordine pubblico, senza peraltro tener conto che la distinzione tra limitazione e sospensione di un diritto è segnata da un confine piuttosto incerto e che, comunque, sussistevano ragioni sostanziali molto forti di circoscrivere la diffusione dei contagi. Nonostante la fondatezza di queste critiche, si è fatta comunque emergere una qualche disarmonia del sistema che merita una riconsiderazione. La non perfetta unanimità di vedute tra giudice delle leggi e governo (polemicamente questa mattina Garcia Roca ha affermato come la funzione di opposizione politico-parlamentare sia stata traslata nel circuito delle garanzie giurisdizionali) risulta anche da altre sentenze adottate nello stesso periodo, come la n. 183/202, che ha dichiarato l'incostituzionalità delle previsioni che, avviando la fase definita *cogobernanza*, avevano delegato i presidenti delle comunità autonome a gestire la situazione di emergenza, con possibilità di limitare i diritti di circolazione, riunione e di libertà religiosa e di adattare, flessibilizzandone, le misure imposte in via generale dal decreto di allarme. A questo proposito si è ritenuto che questo trasferimento di poteri rendesse impossibile al Parlamento di esercitare i suoi poteri di controllo sulla gestione dell'emergenza, non essendo i presidenti regionali, a differenza del governo, responsabili di fronte ad esso. Il ragionamento del giudice delle leggi è certamente rigoroso, anche se non tiene conto che la disciplina costituzionale sulla forma di governo deve essere temperata con quella relativa alla forma dello stato ed al valore del principio autonomistico, che aveva subito nei mesi precedenti una forte compressione. D'altra parte, non si è tenuto conto che il passaggio dalla gestione totalmente centralizzata della pandemia in accordo con le regioni, aveva avviato una proficua, anche per i risultati conseguiti, stagione di cooperazione tra i due livelli di governo.

Le dinamiche che hanno caratterizzato l'esperienza spagnola suscitano una riflessione ulteriore in chiave comparata; la previsione di una fattispecie tipica di stato di emergenza da utilizzare per ragioni legate alla salute pubblica, non ha garantito particolari benefici e, forse, ha accentuato la complessità del sistema delle fonti, per la ricordata sovrapposizione tra provvedimenti di forma e provenienza diversi tra loro. Per la gestione delle situazioni di crisi non esistono soluzioni ottimali preconfezionate o modelli di facile esportazione, dovendosi sempre considerare che gli effetti del trapianto in altri sistemi non sono prevedibili in astratto e devono poi misurarsi con il sistema istituzionale nel suo

complesso, oltre che con le caratteristiche e le qualità delle dinamiche politiche esistenti. Anche per questo non riteniamo che sia particolarmente utile suggerire riforme costituzionali che introducano nuovi stati di allarme: per contrastare la pandemia sono state comunque sufficienti le discipline legislative esistenti (e magari modificate), rispetto alle quali sono certamente più agevoli i controlli sia in sede politica che giurisdizionale.

4.2 La risposta italiana e le sue peculiarità

Rispetto alle altre l'esperienza italiana si è caratterizzata per alcuni elementi di diversità; non tanto per la mancanza di una disciplina costituzionale degli stati di eccezione; la decretazione d'urgenza nella sua configurazione originaria e testuale corrisponde ad un istituto di carattere emergenziale, sia per i presupposti legittimanti che per il regime giuridico e la durata temporale, in coerenza con la forma parlamentare di governo. La metamorfosi operata dalla prassi (illegittima) di farne uno strumento di normazione ordinaria non impedisce certo che il decreto-legge possa tornare ad assolvere le funzioni per le quali era stato immaginato e per intervenire in situazioni di carattere straordinario che richiedono l'adozione di misure immediatamente efficaci. La flessibilità che connota l'istituto lo rende doppiamente fungibile, potendo operare sia come mezzo per affrontare gli stati di crisi, che per sostituirsi al legislatore ordinario, quale disegno di legge motorizzato (per ricordare la nota espressione di Alberto Predieri). Ed infatti, a partire dal d.l. 23 febbraio 2020, n. 6

"Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19", il governo italiano ha utilizzato ripetutamente questo strumento per oltre due anni senza soluzione di continuità¹⁵. Parallelamente, già con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020 si era proceduto ad adottare la "Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili", ai sensi e per gli effetti dell'articolo 7, comma 1, lettera c), e dell'articolo 24, comma 1, del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, per la durata iniziale di sei mesi (solo con il d.l. n. 24/2022, si è disposta la chiusura dello stato di emergenza al 31 marzo 2022). Si tratta di vicende note, per le quali non è necessario spendere troppe parole, anche se va segnalata un'anomalia evidente; si è fatto ricorso ad una legge (recante la disciplina generale sulla Protezione civile, che era anche l'unica al momento esistente) pensata e scritta per altre finalità e per fronteggiare emergenze di natura diversa, quali quelli legati a fenomeni naturali ed impattanti sull'ambiente e, pertanto non del tutto adeguata a fronteggiare la situazione inedita che si presentava.

Diversamente da quanto si è verificato in tutte le altre esperienze (ad eccezione della Spagna) sopra richiamate (cui dobbiamo aggiungere anche il Portogallo), in Italia non si è avvertita l'esigenza di procedere ad una riforma legislativa che introducesse una normativa ritagliata *ad hoc* per le emergenze di carattere sanitario, producendo

¹⁵ Per un elenco di questi provvedimenti di rinvia al sito web: <https://www.agenziacoesione.gov.it/covid19-atti-emergenza-epidemiologica>.

conseguentemente l'effetto di una totale esautorazione del Parlamento, chiamato solo a convertire tardivamente i decreti governativi ed impossibilitato ad esercitare una qualche forma di controllo sui provvedimenti di natura amministrativa (ad iniziare dai tanto discussi decreti del Presidente del consiglio dei ministri), dei quali, almeno in una prima fase non era neppure informato o messo a conoscenza. In definitiva la vicenda italiana è quella che fatto registrare la torsione massima degli equilibri istituzionali (già in origine deteriorati), con una preponderanza assoluta del potere esecutivo che, al massimo, poteva essere giustificata nella fase iniziale della pandemia.

Qualsiasi valutazione sulle conseguenze prodotte dalla crisi pandemica deve tuttavia tener conto della situazione preesistente, della linea di partenza dalla quale ci si è mossi. Se guardiamo all'Italia è pacifico riconoscere come la situazione *quo ante* fosse già fortemente deteriorata, sotto molti punti di vista. Le principali manifestazioni di questo deterioramento consistono nella crisi profonda in cui versano da anni le assemblee parlamentari, che non è solo crisi di rappresentanza ma anche di funzionalità, con una retrocessione della funzione legislativa rispetto alla normazione (primaria e secondaria) del potere esecutivo, cui si coniuga una presidenzializzazione del nostro sistema parlamentare, che non è più solo strisciante e che si manifesta ormai in tutta la sua evidenza.

Si tratta di fenomeni in buona misura comuni anche ad altre esperienze costituzionali, soprattutto se si guarda agli sviluppi delle forme di governo, con una presidenzializzazione di fatto dei sistemi parlamentari ed un'iper-presidenzializzazione dei regimi presidenziali e semipresidenziali dell'occidente. Non è questa la sede per indugiare su temi che la dottrina ha già affrontato in modo ampio e approfondito, ma sicuramente una delle principali ricadute della situazione di crisi è stata quella di divaricare la forbice tra costituzioni formali e costituzioni viventi.

5. Il funzionamento delle Assemblee parlamentari in tempi di pandemia

In relazione al profilo appena richiamato, non possiamo omettere di ricordare come, rispetto alle emergenze precedenti, la pandemia ha posto una sfida inedita al regolare funzionamento delle istituzioni pubbliche. Questo ha riguardato in particolare le assemblee legislative, per le quali, in ragione della loro consistenza numerica e delle modalità tradizionali di organizzazione dei lavori parlamentari, si è posto il problema di consentire riunioni, soprattutto nella fase iniziale e più acuta della diffusione virale. In qualche misura si è reso necessario estendere in limiti imposti in via generale alla libertà di riunione anche ai parlamentari, secondo quanto era necessario per tutelare la loro stessa salute e limitare la propagazione dei contagi. Una questione di grande delicatezza tenuto anche conto che le regole esistenti richiedono la verifica di quorum elevati per la validità delle sedute e delle deliberazioni, la cui mancanza oggettivamente rilevabile in ragione del numero degli ammalati avrebbe potuto determinare la stessa paralisi dell'organo.

Una situazione di fatto che ha contribuito a consigliare e favorire la concentrazione in capo agli organi del potere esecutivo dei poteri normativi e decisionali in genere che

era necessario esercitare in quella fase, mettendo ulteriormente a rischio il ruolo e il valore della centralità dei Parlamenti, già largamente erosa anche in precedenza.

Della questione non ci occupiamo in questa sede, rinviando alla ricostruzione sviluppata in un precedente scritto¹⁶, ricordando solo come in ciascuno dei sistemi costituzionali europei (oltre che da parte del Congresso USA) siano state adottate misure, date da una combinazione di riunioni con la presenza di un numero limitato di parlamentari, in qualche modo rappresentativi di raggruppamenti più vasti e simultaneo collegamento da remoto degli altri, ovvero mediante abbassamento del quorum di validità delle sedute.

Si è trattato di decisioni opportune, che hanno consentito quasi ovunque di garantire la funzionalità delle assemblee e di consentire loro l'esercizio, oltre che di una ridotta attività legislativa, del controllo sulle decisioni dei rispettivi governi, essenziale nei sistemi parlamentari come quelli europei.

Rispetto a questo quadro comune di orientamenti si segnalano solo alcune peculiarità che hanno contrassegnato Spagna ed Italia; il Congresso dei deputati aveva inizialmente deciso per la sospensione delle sedute del *Pleno* e delle commissioni, prima di prevedere lo svolgimento di riunioni con la sola presenza di un numero limitato di rappresentanti designati dai gruppi parlamentari e dal governo, consentendo agli altri parlamentari di partecipare alla discussione ed alla votazione a distanza. Di questa sospensione delle attività parlamentari, protrattasi per meno di un mese, è stato chiamato ad occuparsi il Tribunale costituzionale, che con la sent. n. 168/2021, ancora una volta a stretta maggioranza, ha ritenuto illegittima questa decisione, confermando così l'orientamento conflittuale nei confronti del governo e della maggioranza parlamentare che lo sosteneva.

Anche a questo proposito l'Italia si distingue da tutte le altre esperienze prese in considerazione; nonostante la un articolato dibattito e la presentazione di una serie di proposte allineate con quelle degli altri parlamenti europei, alla fine si è deciso per l'impraticabilità di soluzioni che tenessero conto dello stato di necessità esistente, con il risultato di una paralisi pressoché totale dei lavori parlamentari per diverse settimane.

6. Ricadute sui sistemi delle fonti con particolare riferimento all'esperienza italiana

Una differenza rilevante tra la pregressa situazione italiana e le altre esperienze costituzionali attiene proprio ai rispettivi sistemi delle fonti del diritto. La tendenza ad una forte emancipazione della normazione prodotta dal potere esecutivo è certo un fenomeno generale ed in costante crescita, ma negli altri sistemi (mi riferisco in particolare a quelli parlamentari) la legislazione ordinaria ha mantenuto un rilievo decisamente maggiore e continua a distinguersi con maggiore nettezza, per ragioni sia di natura istituzionale che politica. Anche se la complessità della questione ci consente di proporre solo dei rapidi cenni, con riguardo alle prime dobbiamo ricordare come la

¹⁶ R. Tarchi, *L'emergenza sanitaria da COVID-19*, cit., 15 ss.

previsione di poteri normativi di rango primario in favore del governo si configuri come un'ipotesi piuttosto eccezionale nel panorama del costituzionalismo europeo contemporaneo; questo vale in primo luogo per la delegazione legislativa che, ove prevista e applicata (come in Germania o nel Regno Unito per citare solo le due esperienze più importanti) consenta solo l'adozione di fonti secondarie, soggette al sindacato delle corti ordinarie. Considerazioni non dissimili possono essere sviluppate a proposito della decretazione d'urgenza; a questo proposito, come accennava giustamente anche Mello do Amaral Júnior, va ricordato che il decreto-legge, che è una fonte rara, autorizzata solo in pochissimi ordinamenti. In Europa questa fonte, oltre che dalle costituzioni italiana e spagnola, è prevista solo in Austria, Danimarca, Grecia e Slovenia (con disciplina assai peculiare). Tutte esperienze nelle quali l'istituto è caduto praticamente in disuso da tempo, con una qualche distinzione per la Grecia, ove decreti-legge importanti (ma numericamente limitati) sono stati approvati nel periodo della crisi del debito sovrano. Come abbiamo già ricordato a proposito dell'Austria, neppure negli altri sistemi l'insorgenza della crisi pandemica ha rivitalizzato questa fonte, preferendo ricorrere a strumenti legislativi di autorizzazione o delega al Governo (quali gli *Ermächtigungsgesetze*) all'emanazione di provvedimenti di carattere amministrativo e regolamentare. L'eccezione è rappresentata proprio da Italia e Spagna, esperienze nella quali la decretazione d'urgenza ha perso da tempo il carattere della straordinarietà, ciò che ha consentito di farvi ricorso anche nella stagione della pandemia (come abbiamo già ricordato; ribadiamo anche che il decreto-legge per il periodo emergenziale, ha ripreso la sua vocazione originaria, ovverossia quello di strumento per affrontare l'eccezionalità, laddove ormai da decenni era diventato la forma principale di normazione ordinaria). La situazione di questi due paesi, piuttosto che alle altre esperienze europee presenta delle analogie con alcune realtà del contesto ibero-americano (dal Brasile all'Argentina, non anche il Messico, per citarne solo alcune) nelle quali la prassi della decretazione d'urgenza è assai diffusa. Si tratta, peraltro, di sistemi caratterizzati da una diversa forma di governo, quella presidenziale, nella quale l'assenza del collegamento fiduciario tra parlamento e Capo dello Stato porta quest'ultimo, soprattutto nelle situazioni piuttosto ricorrenti di governo diviso, a utilizzare largamente gli strumenti normativi a sua disposizione per imporre il proprio indirizzo politico.

Il distacco dei sistemi di produzione normativa dai modelli astrattamente prefigurati dipende inoltre da fattori politici legati soprattutto alla coesione delle maggioranze parlamentari e alla capacità di direzione politica che i governi sono in grado di esercitare sulle stesse. Se queste condizioni sussistono è conveniente anche per il potere esecutivo esercitare la funzione normativa tramite, piuttosto che nonostante il parlamento, anche per la maggior forza e le maggiori garanzie che circondano la legislazione ordinaria (una conferma di questo la si ricava anche dalle dinamiche della Quinta Repubblica francese, nella quale il governo, nonostante l'ampiezza dei poteri normativi primari di cui dispone, ha, quando ne sussistevano le condizioni, preferito avvalersi ricorrere al procedimento legislativo ordinario).

Per quanto riguarda il livello delle fonti latamente regolamentari o, comunque, di rango sub-primario, la situazione che si registra è assai diversa, con un panorama molto

variegato e diversità di discipline da ordinamento ad ordinamento, tali da non consentire la ricostruzione di un quadro, almeno tendenzialmente unitario. Un dato comune è certamente quello dell'esplosione quantitativa di questo tipo di provvedimenti, diventati ormai capillari e pervasivi in tutti i sistemi contemporanei, seppure mantenendo un valore essenzialmente attuativo ed esecutivo di fonti di grado superiore.

Possiamo quindi parlare, quale tendenza generale e consolidata, di una sovrapproduzione normativa secondaria amplissima e ci pare molto efficace l'espressione utilizzata quest'oggi dal collega Magnon, che ha parlato *micro droit*; una formula che sintetizza il rovesciamento di prospettiva che si è compiuto, che ha distorto l'idea di fonte quale norma tendenzialmente generale e astratta, tipica della visione liberale non solo ottocentesca.

Ai livelli medio bassi, quindi, la molteplicità di regole esistenti e, spesso, la loro settorialità, ha generato sistemi tendenzialmente confusi, frammentati e destrutturati, nei quali si è andata perdendo una forma tipica degli atti normativi, che vengono configurati, anche sotto il profilo del procedimento per la loro adozione, dalla fonte abilitante, tenendo conto delle finalità concrete da perseguire.

Questa situazione e questo scollamento tra regole generali sulla produzione e piano sostanziale preesistevano alla pandemia; la necessità di affrontare la crisi ed il ruolo preponderante assunto dagli esecutivi in questo frangente ha accentuato il distacco, risultando fondamentale il conseguimento del risultato, con una valorizzazione del principio di effettività, ai limiti dell'azione *extra-ordinem*. Come ricordato in precedenza, le nuove leggi approvate in questo frangente (dalla Francia, alla Germania, all'Austria, al Regno Unito) hanno conferito ampie deleghe di potere regolamentare e provvedimentale a taluni soggetti del potere esecutivo (*in primis* il capo del governo ed il ministro della salute e, nei sistemi federali, anche organi periferici), sulla base di principi molto generici, fino al limite della delega in bianco.

Tra le questioni di carattere generale che possono essere richiamate troviamo, quindi, quella dell'effettiva tenuta delle riserve di legge, ovvero del rispetto del principio di legalità che costituisce un minimo comun denominatore del costituzionalismo contemporaneo quale presidio a tutela dei diritti di libertà. Come detto, l'espansione delle fonti governative è stata ovunque massiccia, con una prevalenza delle determinazioni a carattere provvedimentale, piuttosto che di quelle a contenuto generale/astratto, delle quali, in molti casi si registra più un'efficacia *praeter legem*, che *secundum legem*, per gli spazi bianchi lasciati dalla normativa primaria. La sensazione è che l'esperienza italiana, anche in questo caso, si sia distinta dalle altre, almeno sotto il profilo del rispetto delle forme, avendo fatto la loro comparsa fonti onnivore, come quella costituita dalle catene dei decreti del presidente del Consiglio dei ministri (DPCM), che hanno largamente oltrepassato natura e finalità della fonte corrispondente, in un'attività di supplenza tanto delle altre fonti statali e regionali che si sarebbero potute astrattamente utilizzare ed a proposito dei quali non si possono che condividere le valutazioni di A. Apostoli¹⁷.

¹⁷ Cfr. A. APOSTOLI, *Crisi delle fonti o delle democrazie nelle emergenze?* in questo Fascicolo, cui si rimanda anche per le numerose citazioni, che ne richiama la natura ibrida (talvolta di ordinanze, talvolta di atti amministrativi) e evidenzia il venir meno di una serie di garanzie (principio di collegialità del Governo,

Ora, in generale, potremmo limitarci a richiamare e utilizzare la nozione di fonte atipica, in quanto riferita a tipologie peculiari di atti, che non rispondono ad uno schema generale preordinato e che sono, invece, configurati in modo specifico e funzionale per rispondere alle necessità del momento. Per esemplificare, i provvedimenti che il governo italiano è stato autorizzato ad adottare dopo la dichiarazione dello stato di emergenza (ad iniziare dai decreti del presidente del consiglio dei ministri) non rispondono ai requisiti richiesti dall’art. 17 della l. 400/1988, sia nelle forme che per il procedimento da seguire per la loro emanazione, secondo quanto disposto caso per caso. Certamente si tratta di atti atipici per definizione, anche se forse il concetto di atipicità, per il modo in cui è stato ricostruito dalla dottrina classico (penso, ad esempio alle riflessioni di Vezio Crisafulli) veniva riferito ad alcuni fonti particolari (e di natura non regolamentare) e corrispondeva ad un tentativo di razionalizzazione del sistema nel suo complesso. Richiamare il concetto di atipicità porta quindi ad una svalutazione di questo concetto, per cui è forse più appropriata la definizione di fonti anomale, per quanto anche l’anomalia presupponga una nozione di normalità che in questo caso viene a mancare. Né acquista rilievo, forse, la distinzione tra regolamenti (fonti) e provvedimenti amministrativi (che non sono fonti), considerato che il regime giuridico, soprattutto sul versante della loro sindacabilità è identico, essendo comunque ammessa la loro giustiziabilità secondo quanto confermato dai numerosi interventi delle corti ordinarie e/o amministrative e/o costituzionali che sono intervenute, giudicando anche in relazione al rispetto del principio di proporzionalità, oltre che di adeguatezza delle misure di volta in volta adottate.

Se riflettiamo su quanto si è verificato in Italia a partire dai primi mesi del 2020, non emergono, quindi particolari differenze; Massimo Luciani, autore di uno dei primissimi scritti sulle fonti della pandemia¹⁸, ritenendo giustificate e legittime le procedure e le conseguenti misure adottate, per rappresentare la situazione che si era andata costruendo, ha usato l’espressione: “*catene normative*”. Conveniamo con il suo giudizio che in relazione allo stato di necessità esistente non vi erano alternative al percorso che era stato intrapreso; riteniamo, intervenendo a distanza di più tempo, che la formula richiamata non pare esaustiva delle dinamiche che si sono poi inverte. La catena è un oggetto costituito da tanti anelli legati tra loro in una successione lineare (come dire: si passa dalla previsione di legge all’adozione dei regolamenti e poi all’atto amministrativo in sequenza tra loro); in questo caso, invece, la sovrapposizione dei diversi tipi di provvedimento (peraltro promananti da autorità diverse e non sempre ordinante sulla base di un principio gerarchico) e la loro frammentazione più che una *catena* abbia determinato un *intreccio* nel quale convivono fonti formali (le leggi o modifiche legislative decreti-legge) regolamenti del governo, provvedimenti di molteplici pubbliche amministrazioni mediante, in particolare, linee guida e persino fonti sovranazionali spesso di matrice *soft* e piuttosto che *hard* (si pensi alle risoluzioni emanate dall’OMS). Un intreccio che, per evocare un’espressione nobile, finora utilizzata

del controllo politico del Parlamento, del Presidente della Repubblica in sede di emanazione e della Corte costituzionale in sede di controllo di legittimità).

¹⁸ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, 11 aprile 2020, https://www.giurcost.org/contents/giurcost/LIBERAMICORUM/luciani_scrittiCostanzo.pdf.

prevalentemente per descrivere la tipologia delle relazioni che è possibile instaurare negli assetti federali o ispirati da un accentuato pluralismo territoriale, che finisce per assumere un andamento reticolare, per quanto poco strutturato e confusionale, nel quale tutto si tiene e diventa arduo comprendere in questa miscela tra *soft* e *hard* qual è la regola che deve essere effettivamente seguita. Negli ordinamenti di natura composta questa modalità si è estesa anche alle relazioni tra poteri centrali e soggetti territoriali, con una flessibilizzazione del riparto e dell'esercizio delle rispettive attribuzioni, che ha finito per valorizzare una procedimentalizzazione del processo decisionale, che ha preso le forme di un confronto continuo e ripetuto tra i diversi livelli di governo.

7. Le relazioni multilivello. Cenni

Una delle questioni di maggior rilievo che ha interessato i sistemi delle fonti del diritto negli stati a struttura pluralista ha riguardato la salvaguardia o meno delle competenze normative degli enti territoriali nelle materie interessate dalla pandemia ed in particolare di quella relativa alla tutela della salute, in considerazione delle forte spinte accentratrici che sono maturate in questo frangente. Mediamente si è registrato, infatti, un'espansione della sfera di intervento dei legislatori e dei governi centrali a tutela dell'interesse nazionale ed in applicazione del principio di supremazia federale, che, tuttavia, si è manifestato in maniera diseguale e dove è stato più intenso ha trovato delle compensazioni di ordine procedurale, incrementando il livello di cooperazione tra centro e periferie.

Un tema che non intendo approfondire in questa sede; mi limito ad osservare che si tratta di un fenomeno di particolare interesse soprattutto se si guarda agli stati composti (come Belgio e Spagna) storicamente caratterizzati da modalità di funzionamento duale e conflittuale, piuttosto che collaborativo (come Austria e Germania), nonché da una impostazione prevalentemente bilaterale dei rapporti multilivello¹⁹.

Il caso belga è interessante perché la prassi si è sviluppata in assenza di previsioni normative precostituite. La fonte principale sono provvedimenti adottati in sede consultiva dal *Conseil d'Etat* che, pur riconoscendo un ruolo rilevante al Governo nazionale, hanno sostanzialmente ricompreso tra i soggetti istituzionali su cui insiste l'obbligo di gestione dell'emergenza pandemica anche le comunità e le regioni. L'impressione (e la speranza) è che questi sviluppi possano lasciare delle tracce, che possano cioè favorire quella competizione positiva che talora ha caratterizzato l'esperienza federale belga così come quella regionale spagnola.

In Belgio è stato costituito il *Comité de concertation*, caratterizzato da una composizione paritaria dei rappresentanti di tutti gli esecutivi, con un fondamento ancora *praeter legem*, in quanto non previsto da norme costituzionali o legislative, che ha consentito il coordinamento tra l'azione del governo federale che aveva deciso di avvalersi dei poteri speciali previsti dall'art. 105 Cost. belga e quelli di comunità e

¹⁹ V. l'interessante saggio di F. GALLARATI, *La reazione alla pandemia di Covid-19 negli ordinamenti composti: una panoramica comparata*, in *DPCE Online*, 2, 2021, 1605 ss.

regioni. Un’esperienza decisamente positiva, che ha innescato un’inversione di quelle tendenze centrifughe proprie di questo Stato federale, al punto da far riflettere sull’opportunità di consolidare questi strumenti anche in futuro²⁰.

In Spagna, la *Conferencia de Presidentes* (formata dal Presidente del governo e da quelli delle comunità autonome) che è il più importante degli istituti di cooperazione e l’unico a possedere di rilievo politico generale, tra il 2004 ed il 2020 si era riunita solo in sei occasioni (l’ultima nel 2017), con una cadenza temporale che l’aveva di fatto sterilizzata, a conferma del bilateralismo tipico di questa esperienza. Nella fase più critica della pandemia, quella corrispondente al periodo in vigevo il primo stato di allarme, si è registrata una totale inversione di tendenza: dal 15 marzo al 31 luglio 2020, la *Conferencia* è stata convocato ben sedici volte, con l’instaurazione di un dialogo continuo e di un coinvolgimento delle regioni in questa fase critica. Nei mesi successivi, fino a marzo 2022, seppure con cadenza meno ravvicinata, si sono avute altre cinque occasioni di incontro, nell’ultima delle quali si è proceduto all’approvazione di un nuovo regolamento dell’organo, che, enfatizzandone il ruolo e prendendo atto delle difficoltà precedenti, ha ribadito l’esigenza di rafforzare i meccanismi di cooperazione istituzionale tra i poteri pubblici, tenendo conto dell’esperienza maturata nella gestione della pandemia. Del resto, anche il *Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (Sanidad)*, la conferenza intersettoriale istituita presso il Ministero della salute, ha tenuto un numero di riunioni elevatissimo nella stagione pandemica (52 volte nel 2020, 82 nel 2021 e 21 nel 2022), a fronte della sporadicità degli incontri negli anni precedenti (ad esempio, nel 2019 le riunioni erano state solo 5).

La fase dell’emergenza ha imposto una svolta ed aperto una fase di riflessione successiva sulle dinamiche territoriali in Spagna, con una presa d’atto dell’esigenza di rafforzare gli strumenti di collaborazione; credo sia ancora prematura una valutazione definitiva al riguardo, soltanto in futuro capiremo se si è trattato di una parentesi resa necessaria dall’eccezionalità della situazione o, se, come invece sarebbe auspicabile, si è dato l’avvio ad un cambio di paradigma ormai irreversibile, con la costruzione di un sistema nel quale il dialogo e la cooperazione saranno gli ingredienti base, relegando la stagione dei confronti muscolari alla bacheca dei reperti storici²¹.

In Italia, al contrario, l’occasione rappresentata dalla pandemia non è stata sfruttata in maniera adeguata, senza un rafforzamento degli istituti di cooperazione istituzionale già esistenti, ad iniziare dalla conferenza Stato-regioni e province autonome. Alle ragioni di natura giuridica (alla conferenza era possibile esprimere solo pareri, lo strumento più debole di concertazione, sulle proposte governative) se ne sono sommate altre di carattere politico, quali la diversa appartenenza politica di molti dei presidenti delle giunte regionali rispetto alla maggioranza di governo, che ha esaltato forme di protagonismo e

²⁰ Cfr. ora G. DELLEDONNE, *Il federalismo asimmetrico del Belgio di fronte alla crisi pandemica*, in *Dpce online*, vol. 54 No Sp., 2022, 353 ss.; M. IACOMETTI, *Le competenze legislative in tema di salute degli enti territoriali in Italia, Spagna e Belgio in tempo di pandemia*, *ibid.*, 118 ss.

²¹ M. GONZÁLEZ PASCUAL, *The State of Autonomies in Troubled Times: The Pandemic Provides a Catalyst for Reinvigorating Inter-Governmental Relations*, in *Dpce online*, vol. 54 No Sp., 2022, 206 ss.; A. LÓPEZ BASAGUREN, *Cuestiones territoriales y secesión: reflexiones comparadas en la democracia de emergencia*, in *Dpce online*, vol. 54 No Sp., 2022, 224 ss.

una conflittualità che in talune occasioni è stata superata solo a seguito dell'intervento del giudice amministrativo.

Peraltro, l'Italia si è distinta dalle altre esperienze europee anche per quanto concerne l'allocazione materiale delle competenze normative da esercitare per il contrasto alla pandemia. Rispetto ad un orientamento iniziale, condiviso dallo stesso Governo, di ritenere questi interventi come riconducibili alla competenza concorrente “tutela della salute” (art. 117.3 Cost.), la Corte costituzionale con sent. n. 37 del 2021, ha corretto il tiro, ascrivendo la gestione della pandemia alla materia “profilassi internazionale”, di competenza esclusiva dello Stato (art. 117.2 lett. q) Cost.). Questa decisione non ha convinto la gran parte dei commentatori²², che hanno considerato eccessivo il grado di tutela che si è voluto riconoscere al legislatore statale, con una totale estromissione di quello regionale; certo su questa presa di posizione, che assume, quindi, anche un preciso significato di indirizzo, ha pesato il riconoscimento della debolezza dei nostri strumenti di cooperazione e, soprattutto quel clima di accesa conflittualità che alcuni presidenti di giunta regionale avevano contribuito a sollevare, che rendeva più difficile una gestione unitaria e coordinata dell'emergenza. Come è stato rilevato²³, l'effetto della decisione è stato quello di attivare una sorta di “clausola di supremazia implicita”, allo stesso modo di quanto si è verificato altrove, seppure utilizzando uno strumento diverso. Se è vero, infatti, che negli altri ordinamenti composti non è stata messa in discussione la riconducibilità delle misure adottate alla materia “tutela della salute” (variamente denominata), certo si è ovunque realizzata un'attrazione in capo alla federazione/stato delle competenze normative di valore primario. Questo è avvenuto con modalità diverse in ciascuno dei casi, abbiamo già ricordato il ricorso ai poteri speciali del governo in Belgio e l'attivazione dello stato di allarme in Spagna; in Austria la questione non si è neppure posta: la materia della salute pubblica, che ricomprende anche gli interventi di contrasto alle epidemie, rientra nella competenza esclusiva (legislativa e amministrativa, della Federazione. Questo ha consentito, fin dall'inizio, una gestione centralizzata dell'emergenza, favorita da una condivisione politica *bipartisan* delle misure adottate, mentre i *Länder* hanno potuto esercitare solo poteri di amministrazione indiretta, per quanto delegati dall'esecutivo federale.

In Germania per l'art. 74 n. 19 GG, le “misure contro le malattie dell'uomo e degli animali contagiose e pericolose per la comunità”, sono di competenza concorrente, mentre la tutela della salute “semplice” è attribuita in via esclusiva ai *Länder*. La competenza concorrente (alla tedesca) è stata esercitata dalla Federazione con una legge del 2000, oggetto di modifiche, come ho già ricordato, nel 2020, con dichiarazione

²² *Ex multis*, F. BILANCIA, *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto Stato/Regioni*, in *Dir. Pubbl.*, n. 2/2020, 332 ss.; D. MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni a margine della sentenza n. 37/2021*, in *Quad. Cost.* n. 2/2021, 11 ss.; B. CARAVITA, *La sentenza della corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in *Federalismi*, 12 aprile 2021, 1 ss.; A. CARDONE, *Contrasto alla pandemia, “annichilimento” della potestà legislativa regionale e torsioni delle decretazioni d'urgenza: è davvero così liberamente derogabile il sistema di protezione civile?*, in *Forum di quaderni costituzionali*, n. 2/2021, 31 ss.

²³ Cfr. M. MEZZANOTTE, *Pandemia e riparto delle competenze Stato-regioni in periodi emergenziali*, in *Giur. Cost.*, n. 1/2021, 329 ss.

espressa dell'esistenza di una situazione pandemica generale e l'ampliamento dei poteri del ministro federale della salute, autorizzato ad adottare decreti in deroga alla legge senza il consenso del *Bundesrat*, ovvero con procedura difforme da quella dell'art. 80 GG²⁴. Il sistema funziona, pertanto, sulla base di regole legislative uniformi su tutto il territorio nazionale che lasciano uno spazio ai ministri della salute dei *Länder*, titolari di potere regolamentare. Un sistema che contempera unità (legislativa) e differenziazione (amministrativa), garantite da una cooperazione verticale forte, che oltre a prevedere l'intervento del *Bundesrat* nell'approvazione delle regole federali di rango legislativo, ha permesso un coordinamento efficace sulla base di accordi nazionali grazie all'attività dalla conferenza che riunisce il governo federale e gli organi esecutivi dei *Länder*, (*Bund-Länder-Konferenz*), che ha elaborato gli indirizzi generali per affrontare l'emergenza²⁵.

In Germania, quindi, l'emergenza pandemica è stata affrontata replicando, con limitati aggiustamenti, le dinamiche federali consolidate, senza alterazioni significative del quadro delle competenze.

8. La questione del soft e la relazione tra decisioni politiche ed evidenze scientifiche

È stato decisamente opportuno dedicare una relazione al tema del *soft law*, un tema che con la pandemia è stato rilanciato in maniera importante, per l'adozione diffusa a qualsiasi livello (internazionale, sovranazionale, governativo, locale ecc..) di provvedimenti riconducibili a questa ambigua ed incerta categoria, ad iniziare dalle già richiamate risoluzioni dell'OMS, che, peraltro, in alcuni casi sono state tardive ed hanno in più di un'occasione rivelato la loro debolezza, risultando inefficaci in difetto dell'adesione da parte di alcuni degli stati destinatari.

Premesso che le nostre considerazioni sono limitate entro l'orizzonte della tradizione giuridica occidentale e del costituzionalismo che ne è espressione, all'interno del quale devono essere sempre riaffermati i principi del *rule of law*, che non consentono a nessuna autorità di disporre ed esercitare poteri normativi di carattere arbitrario, la messa in opera di regole di *soft law* mette in crisi gli schemi concettuali tradizionalmente utilizzati nell'ambito dei sistemi delle fonti. Il paradigma classico, secondo il quale l'esercizio del potere di normazione va ricondotto alla previa individuazione di una fonte sulla produzione, che individua tanto il soggetto titolare del potere, quanto il procedimento (più o meno standardizzato) da seguire, nel quale rilevano le forme di pubblicità necessarie a rendere conoscibile la norma, quanto il valore delle disposizioni adottate, trova, in questi casi, difficoltà di applicazione. In qualche modo si assiste ad un rovesciamento del paradigma stesso, nel senso che quasi sempre ci troviamo di fronte a

²⁴ Sul punto cfr. J. WOELK, *La gestione della pandemia da parte della Germania*, in *DPCE online* 2, 2020, 1717 ss.

²⁵ Oltre a F. GALLARATI, cit., 1626 e J. WOELK, 1724, cfr. anche A. DE PETRIS, *Un approccio diverso: l'emergenza "collaborativa" del federalismo tedesco*, in *Osservatorio costituzionale/AIC*, n. 3/2020, 439 e ss.; A. GATTI, *L'emergenza COVID-19 in Germania e Austria: un bilancio comparato*, in R. TARCHI (a cura di), op. cit., 51 ss.

previsioni prive di una piena forza giuridica, ma concretamente applicate in relazione a determinate fattispecie. I tentativi di inquadramento del fenomeno e della sua razionalizzazione non sono ancora soddisfacenti, anche per il carattere sfuggente del *soft law* stesso, che, come rileva Martinico, è caratterizzato da strutture normative ibride, utili a comprendere fenomeni emergenti legati allo sviluppo della tecnologia o ai cambiamenti sociali; così come il ricorso ad esso può rispondere a molteplici finalità, quali la sperimentazione di una nuova normativa (essendo più facile da evolvere e non formulando regole generali non derogabili, è spesso più adatta della *hard law* per affrontare fenomeni non ancora del tutto compresi), il supporto a regole giuridiche vigenti, il coordinamento delle azioni di soggetti diversi e altro ancora.

Di qui anche la difficoltà di procedere ad una definizione soddisfacente, trattandosi un concetto particolarmente ampio, che viene utilizzato per una molteplicità di atti e misure molto diverse tra loro.

Per questo ci pare non risolutiva la proposta da ultimo avanzata da Alessandro Pizzorusso²⁶, puntualmente ricordata dallo stesso Martinico, che arriva a parlare di "quasi-diritto", come figura intermedia tra il diritto *hard* e il non diritto. L'approccio del Maestro, come sempre, ha un'impronta di realismo, ritenendosi necessario il confronto con il piano dell'effettività, senza sfuggire alla concretezza delle manifestazioni giuridiche. In questo modo, però finiamo per trovarci in una "terra di mezzo", riconoscendo che non si può procedere oltre, quasi una rinuncia a prendere una posizione netta, con la conclusione, comunque, che non si tratta di diritto nel senso pieno del termine. Credo sia utile aggiungere una considerazione: le manifestazioni di *soft law* obbligano l'interprete a rovesciare il proprio ragionamento; non si deve partire dal concetto di fonte e verificare se una determinata regola di questo tipo ne possiede le caratteristiche, ma procedere dalla verifica del risultato, accertando in concreto se tale regola viene applicata e beneficia dell'effettività, in quanto necessaria o utile nella circostanza. Questi provvedimenti possono trovare una legittimazione diversa, quali un fondamento di razionalità (si pensi alle c.d. norme tecniche e più in generale alle valutazioni di esperti che applicano le loro conoscenze tecnico-scientifiche), o un valore di natura contrattuale, imponendosi sulla base di un'adesione dei destinatari, che le ritengono utili o necessarie per la fruizione di determinati servizi (si pensi ad Internet, settore nel quale le regole *soft* sono diventate di fatto permanenti, come in altri settori del c.d. diritto transnazionale). Uno dei pregi maggiori che possiamo riscontrare riposa nella maggiore flessibilità del *soft law* (la terminologia francese di *droit souple* esplicita ancora meglio questa caratteristica), che ne rende possibili modifiche più rapide e, ove necessario (come si è verificato per le ricorrenti linee guida in periodo di pandemia) un costante adeguamento alle esigenze di volta in volta sopravvenute.

Penso però sia utile ribadire alcuni limiti; il primo di forma, in quanto questi provvedimenti devono essere resi il più possibile conoscibili ai destinatari stessi, in ossequio al principio fondamentale di trasparenza che non può essere disatteso in un

²⁶ A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto. Seconda edizione*, Bologna-Roma, 2011, 143 e poi sinteticamente ripresa in P. PASSAGLIA, *Il sistema delle fonti del diritto: intervista ad Alessandro Pizzorusso a proposito della nuova edizione del suo commento per lo Scialoja-Branca-Galgano*, *Foro it.*, 2011, V, 155.

sistema democratico; il secondo di sostanza: il *soft law* può imporre solo degli oneri, mai degli obblighi in senso stretto, ad eccezione dei casi nei quali non siano adottati sulla base di un'autorizzazione preventiva operata da una fonte formale, né può ritenersi che si crei un vincolo per l'autorità giudiziaria, nei confronti della quale previsioni di questa natura possono esercitare solo effetti persuasivi sulla base di un loro libero apprezzamento.

Certamente, secondo quanto si è verificato in più di un ordinamento (ad iniziare da quelli analizzati da Martinico), durante la pandemia lo spazio occupato da misure adottate con strumenti di *soft law* è stato ragguardevole, potendo esercitare effetti sia *secundum legem* in funzione integrativa rispetto alle fonti ufficiali, che *praeter legem*, negli spazi non regolati che richiedevano indicazioni più puntuali, fermo restando l'impossibilità di disporre *contra legem*, per l'invalidità dei confini posti dal diritto propriamente inteso.

Peraltro, nel periodo di cui ci stiamo occupando, il rapporto tra *soft* ed *hard* è stato continuo, con una sorta di osmosi tra il primo ed il secondo, nel senso che si è realizzata una relazione continua tra conoscenze scientifiche da una parte e decisioni politiche, che traducevano in regole operative le indicazioni ricevute; in questa fase, l'influenza delle prime sulle seconde è stata di fatto determinante, costituendone, nella quasi totalità dei casi, l'unica causa di giustificazione. Il tratto è stato comune a tutte le esperienze europee, nelle quali i governi, per il tramite dei responsabili della sanità pubblica tanto a livello centrale che territoriale, si sono ampiamente avvalsi di organismi pubblici o privati preesistenti o creati ad hoc. Così, in Austria, ad esempio, si sono utilizzate le competenze del Consiglio superiore di sanità, dei consigli sanitari dei *Länder* e di un istituto di ricerca (Società Salute Austria s.r.l.), cui si è affiancato un comitato ad hoc, (c.d. *coronavirus taskforce*) istituito dal Ministro federale della salute. In Germania questo ruolo di consulenza è stato esercitato soprattutto dal *Robert Koch Institut*, in cooperazione con altre istituzioni federali e dei *Länder*. In Francia si è fatto ricorso ad un *Conseil scientifique* presso il *Ministère des Solidarités et de la Santé*, nominato dapprima in via informale e poi regolato con la l. n. 2020-290 del 23 marzo 2020, istitutiva dello stato di emergenza sanitaria, sulla cui base il comitato scientifico, formato da esperti qualificati, avrebbe operato per tutta la durata dello stato di emergenza.

In Italia, non è certo passato inosservata, anche per l'esposizione mediatica di cui è stato oggetto, la presenza del Comitato Tecnico Scientifico (CTS), creato appositamente da uno dei primi provvedimenti emergenziali (Decreto del Capo Dipartimento della Protezione civile n. 371 del 5 febbraio 2020), per esercitare competenza di consulenza e supporto alle attività di coordinamento per il superamento dell'emergenza epidemiologica dovuta alla diffusione del Coronavirus, fino al termine dello stato di emergenza.

Ricordando che decisioni analoghe sono state adottate anche in altri stati europei, possiamo rilevare come si sia creato una sorta di diritto comune che ha privilegiato, in considerazione della particolarità delle circostanze, organi ad hoc, con componenti particolarmente qualificati sotto il profilo scientifico. Se guardiamo al nostro Paese, questa scelta è del tutto allineata con le indicazioni generali forniti dalla giurisprudenza costituzionale, che già in passato (sentenze nn. 282/2002, 151/2009, 162 e 274/2014, 5/2018) aveva riconosciuto come per le decisioni che richiedono valutazioni di carattere

tecnico-scientifico, il legislatore non dispone di una discrezionalità politica piena, ma è tenuto a considerare lo stato delle conoscenze scientifiche, che possono essere acquisite proprio per il tramite di organismi tecnico-scientifici, che assumono un rilievo essenziale a questi fini. Si instaura così una relazione tra il livello delle conoscenze scientifiche ed il quantum di discrezionalità esercitabile dal decisore politico: più elevato è il primo, più si riduce lo spazio del secondo, in un rapporto inversamente proporzionale. Riguardo alla pandemia il livello di conoscenze, almeno iniziale, era piuttosto limitato, ma entrava in gioco un altro elemento dettato dal principio di precauzione, per rispettare il quale era necessario adottare misure di contenimento il più possibile adeguate all'emergenza, con conseguente ulteriore compressione della discrezionalità normativa.

Questo non significa che le regole prodotte in questa fase si siano limitate alla mera recezione delle indicazioni degli organi tecnici e delle evidenze scientifiche proposte (in applicazione di quello che viene definito modello separatista), potendosi piuttosto parlare di forme di co-decisione, come a nostro giudizio era inevitabile che fosse, sia per il difetto di certezze assolute, almeno in alcuni casi, sia, per l'esigenza di bilanciare i diversi interessi in gioco (anche quelli di carattere economico e sociale); si deve cioè riaffermare che la responsabilità delle decisioni, almeno nei sistemi democratici, ricade in ultima istanza sulle istituzioni rappresentative, obbligate certo a valutare tutti gli elementi in gioco ed a tenere necessariamente e innanzi tutto conto delle indicazioni offerte dalla scienza. Da questo punto di vista ci pare che negli stati europei questo bilanciamento sia stato effettuato in maniera mediamente corretta con il riconoscimento di un ruolo decisivo agli organismi di consulenza appositamente create, diversamente da quanto avvenuto in altri Paesi, ove hanno finito per prendere il sopravvento tesi negazioniste o complottiste, con una contrapposizione tra evidenze scientifiche e decisioni politiche, che hanno fatto pagare un caro prezzo in termini di numero di ammalati e di decessi (abbiamo già ricordato i casi del Brasile e degli Stati Uniti).

Per chiudere sul tema del *soft law* con un esempio concreto, voglio infine richiamare una questione che abbiamo imparato a conoscere molto bene, quello della disciplina della didattica universitaria in periodo pandemico. Sulla base di alcune previsioni di carattere generale contenute in atti normativi ufficiali e collegate all'esercizio della libertà di riunione (distanziamento, modalità di disinfezione ecc.), le singole università, mediante approvazione di proprie linee guida hanno poi dovuto decidere le modalità di svolgimento dei corsi di lezione e delle altre attività, se in modo frontale, se integralmente da remoto, se in forma ibrida.

Scelte collegate all'esercizio di un margine significativo di discrezionalità e di libero apprezzamento da parte degli organi accademici, ma in larga misura condizionate da presupposti di fatto, quali il numero e la capienza delle aule, la numerosità studentesca ed altri fattori di carattere strutturale e logistico. Così l'università di Pisa ha deciso di protrarre a lungo la didattica in forma ibrida indicando per ciascun corso d'insegnamento il numero massimo degli studenti che potevano assistere in presenza alle lezioni applicando un algoritmo che per ciascuna lezione selezionava, tra gli studenti che avevano manifestazione la loro opzione in questo senso, quelli che potevano assistere in presenza, mentre gli altri erano obbligati a partecipare collegandosi a distanza.

In questo caso, a mio avviso, siamo di fronte ad un provvedimento che produce effetti generali (e non ha natura di provvedimento amministrativo in senso stretto, anche per la sua replicabilità) riconducibile alla categoria del *soft law*; un *soft law*, tuttavia, che impone delle regole *hard*, in quanto per suo mezzo vengono ad essere definite le modalità di fruizione in concreto del diritto all'istruzione che è tra quelli che gode di una protezione costituzionale maggiore (la riunione qui è solo un mezzo al fine), impedendo agli studenti interessati la presenza in aula, per ragioni di carattere essenzialmente funzionale, quali la disponibilità di strutture adeguate. Con ciò, sono state poste in essere forme di discriminazione tra gli iscritti ai diversi atenei, ma anche all'interno della medesima università, in considerazione della disomogeneità che caratterizza i diversi corsi di studio e le stesse strutture didattiche. Questo impone una riflessione anche per il futuro: è vero che queste misure devono trovare una giustificazione di natura oggettiva, risultare ragionevoli rispetto alla situazione di fatto esistente, proporzionali agli obiettivi da conseguire per come imposti da norme giuridiche in senso proprio, temporalmente limitati in relazione allo stato di necessità; tuttavia un controllo in ordine al rispetto di questi principi pare in concreto difficilmente praticabile e, comunque, mai tale da poter ripristinare il diritto leso.

Un ultimo rilievo: osservo che non mancano esempi, anche recenti, decisioni riconducibili alla categoria del *soft law* su questioni di grande rilievo, la cui efficacia, piuttosto che *hard*, appare piuttosto modesta se non quasi nulla, un po' come le grida di manzoniana memoria. Mi riferisco alla risoluzione approvata poche settimane fa dall'Assemblea generale dell'ONU (Risoluzione ONU A/ES-11/L.2 Conseguenze umanitarie dell'aggressione contro l'Ucraina) con la quale è stata censurata l'invasione dell'Ucraina da parte della Russia. Nonostante l'ampio consenso ricevuto (è stata approvata da 141 stati, con 5 voti contrari e 35 astenuti), si tratta di un provvedimento di dubbia efficacia cogente, privo di conseguenze giuridiche immediate e forse anche a medio e lungo termine, anche per la mancata accettazione da parte del destinatario principale (la Russia). In casi di questo genere, nei quali il diritto cede di fronte all'uso della forza (armata), ragionare di *soft law* o di altro perde qualsiasi rilievo.

Abbiamo già riconosciuto come nei sistemi democratici dell'occidente le sfide inedite poste dalla pandemia si sono affrontate rispettando il nucleo essenziale dei principi fondamentali su cui essi si fondano. La stessa compressione dei diritti di libertà è stata mediamente praticata in misura ragionevole e proporzionata, anche in relazione della durata temporale delle misure, rispetto all'eccezionalità della situazione, con risultati alla fine sufficientemente efficaci, grazie agli importanti risultati conseguiti in campo medico e farmacologico ed ai sacrifici sopportati pazientemente dalla stragrande maggioranza dei cittadini di questi paesi, che hanno compreso ed accettato le misure proposte. Si è trattato di una sospensione temporanea del godimento pieno di alcuni diritti, coniugata all'esigenza di assolvere alcuni doveri, che non giustifica la posizione di alcuni gruppi minoritari che hanno parlato di inaccettabile "dittatura sanitaria". Un dissenso forse anche utile, come lo sono sempre le voci critiche, almeno fino al punto in cui non compromette i diritti altrui, che costituisce una manifestazione evidente di come l'idea di libertà, quale

espressione del valore della persona, sia intimamente radicata nella tradizione giuridica occidentale, al punto da essere fortemente rivendicata anche in condizioni oggettivamente e pesantemente critiche.

Una dialettica impossibile in altri contesti, caratterizzati da tradizioni culturali e giuridiche diverse dalla nostra o retti da forme autocratiche di gestione del potere. Regimi che per l'approccio rigido, chiuso e totalizzante che li caratterizza, hanno dimostrato un'efficacia decisamente inferiore nel contrasto alla pandemia, anche quando (come in Cina) si è fatto ricorso a limitazioni assai più pervasive delle libertà personali e per un tempo molto più lungo, quasi infinito.

Nel confronto tra democrazie e autocrazie le prime hanno quindi mostrato una netta superiorità, che dovrebbe far tornare a riflettere quanti ritengono che i fenomeni di *democratic e constitutional retrogression* siano ormai inevitabili e inarrestabili.