

***Recensione a I.A. Nicotra, Pandemia costituzionale, Napoli, Editoriale
Scientifica, 2021***

di Luca Di Majo – Ricercatore t.d., lett. a) nell'Università della Campania "L. Vanvitelli"

L'11 marzo 2020 il Direttore Generale dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, Tedros Adhanom Ghebreyesus, dichiarava *Pandemia* l'emergenza epidemiologica da SARS-COV-2. Ad un anno da una data *storica*, sebbene drammatica per l'intera umanità, il volume *Pandemia costituzionale* di Ida Angela Nicotra offre un affresco complessivo delle principali vicende che hanno animato il dibattito dottrinale tanto sui temi classici quanto sui nervi scoperti del diritto costituzionale.

L'emergenza epidemiologica da Covid-19, al di là delle complesse problematiche strettamente sanitarie, ha messo in luce una serie di criticità del sistema istituzionale e politico nazionale, tanto in relazione alle misure di contrasto, quanto al sistema delle fonti e ai rapporti tra i diversi livelli territoriali interni.

La diffusione incontrollata del Covid-19 è qualcosa che si è collocato al di fuori di tutto quanto fosse prevedibile, soprattutto per le sue dimensioni, tanto al Costituente quanto a chi sviluppava il concetto di stato di necessità¹ a partire dall'esperienza del terremoto di Messina del 1909, evento tanto drammatico quanto limitato e circoscritto, come la stessa Nicotra si preoccupa di specificare (pp. 61-62).

¹ S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria* (1909), ora in *Id.*, *Scritti minori*, a cura di G. Zanobini, I, Milano, 1950.

L'*incipit* consente al lettore di comprendere immediatamente il filo rosso che lega gli argomenti affrontati: un ripensamento delle modalità di gestione delle crisi attraverso strumenti di carattere straordinario.

Le riflessioni proposte da Ida Nicotra, a partire da una storicizzazione delle emergenze (pp. 23-42), tra uno spaccato introduttivo interno (pp. 9-20) e sovranazionale (pp. 20-22), si soffermano sulle principali criticità che hanno appassionato gli studiosi che si occupano di fonti del diritto e delle procedure parlamentari, attraverso una struttura lineare e organica nell'esposizione di argomenti molto complessi.

Espressioni dal tenore alle volte anche drammatico sono particolarmente significative per rendere chiaramente l'idea di come gran parte delle persone siano state pervase da sentimenti di "angoscia" e "chiusura" (p. 19) già alla prima vista dei cortei dei camion dell'esercito lungo le strade deserte di Bergamo che trasportavano i defunti in altre Regioni per il rito della cremazione, per molti verosimilmente inaspettato, dopo "l'ultimo saluto affidato ad un messaggio di *Whats app*" (p. 11).

L'Autrice introduce il lettore nella realtà dell'anno pandemico appena trascorso, dove i diritti "si sono arrestati bruscamente" (p. 14) e dove il mondo intero ha scoperto un virus in grado di abbattere le frontiere (p. 10) ed incunarsi velocemente tra la popolazione di tutti gli Stati.

Il futuro, per il momento, non appare particolarmente roseo. Su questo aspetto, come su altri altrettanto drammatici, Ida Nicotra mette in guardia il lettore fin dalle prime pagine: il "rischio di un abuso di potere" (p. 10), la "catastrofe economica" (p. 14), i "nuovi poveri" (p. 15) o la tirannia dei diritti, nonostante la Corte costituzionale abbia scritto pagine e pagine sulla necessità del «ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione» (Corte cost., sentenza n. 85/2013), così come le Corti di altri Stati europei (pp. 16-20).

I punti affrontati nel volume si sviluppano attorno ad una tematica chiara: il ruolo dell'Esecutivo nella gestione delle emergenze a partire dalla disposizione dell'art. 78 Cost. fino al ruolo di un Parlamento ancillare rispetto al protagonismo del Governo.

Uno degli argomenti principali riguarda l'assunzione del governo dell'emergenza in merito al quale, rispetto al dibattito dottrinale ampiamente sviluppatosi già nell'ambito della c.d. *fase I*, è apparso non univoco: l'analogia tra lo stato di guerra disciplinato dall'art. 78 Cost. e la pandemia².

La posizione dell'Autrice emerge chiaramente nel paragrafo 5, dove viene sottolineato come in Assemblea Costituente serpeggiasse una certa riluttanza alla "costituzionalizzazione dei contesti emergenziali" (p. 36) e, in ogni caso, all'inserimento nella Carta fondamentale delle norme che anche solo lontanamente potessero rievocare la Costituzione di Weimar, per i motivi a tutti noti.

Essendo lo stato di guerra "l'unica situazione di fatto assolutamente anomala presa in considerazione dal Costituente" (p. 39) – dove in ogni caso il Parlamento è *presente* attraverso una deliberazione preventiva – l'Autrice allontana un'applicazione estensiva dell'art. 78 Cost. da "situazioni emergenziali che non si manifestano nella forma di aggressione di una potenza straniera ma si concretizzano in modi differenti, attentando comunque alla sicurezza, all'ordine pubblico, alla sopravvivenza stessa della comunità nazionale" (p. 39, ribadito a p. 48).

Un articolo "inadeguato" (p. 42), dunque, tanto per la possibile caratteristica dei nuovi futuri *conflitti-lampo*, sia per la prevalenza dell'art. 11 Cost. attraverso il quale l'Italia ha, come noto, assunto vincoli internazionali che hanno ad oggetto anche (e soprattutto) diritti e doveri di natura bellica, pacifista e umanitaria.

Eppure, come riconosce l'Autrice (p. 49), in Costituzione è possibile enucleare principi e regole che, a partire dal valore della solidarietà politica dell'art. 2 Cost., riconoscono al legislatore una serie di *strumenti di contenimento* dei diritti fondamentali, come le riserve di legge assolute, rinforzate, relative, poste in funzione della garanzia di altri diritti fondamentali della collettività, come oggi il diritto alla salute (pp. 56-60).

Una sorta di *statuto costituzionale dell'emergenza* che, a partire dal decreto-legge, consente una "risposta efficace al verificarsi di casi eccezionali e straordinarissimi" (p. 49), in surroga al Codice della protezione civile, inevitabilmente "fonte poco adatta a fronteggiare il rischio pandemico" (p. 61).

L'Autrice induce il lettore a riflettere su come la *formula aperta* dei «casi straordinari, di necessità e urgenza» abiliti il decreto-legge al governo di emergenze di questa portata, ri-

² Per tutti, cfr. G. DE MINICO E M. VILLONE (a cura di), *Stato di diritto – Emergenza – Tecnologia*, in *Consulta On Line*, formato e-book, Milano, 2020, ma anche A. PATRONI GRIFFI, *Art. 78 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO E M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. II, Torino, 2006.

collocandolo “alle proprie origini” (p. 52) e in una dimensione coerente con la regolazione di eventi per l’appunto “non previsti, non prevedibili e inimmaginabili” (p. 51).

Questo punto è particolarmente delicato perché tocca diversi *nervi scoperti* del dibattito costituzionale, tra cui il protagonismo incontrollato dell’Esecutivo e il *governo per decreto*.

Sul punto, la migliore dottrina si è trovata discorda nel considerare compatibile³ o meno⁴ con i principi costituzionali una gestione dell’emergenza epidemiologica fondata su una “lunga filiera” (p. 62) “chilometrica” (p. 64) e “inusuale” (p. 67) di atti normativi costruiti sul legame decreti-legge – d.P.C.M., a partire dal decreto-legge n. 6/2020, poi abrogato dal decreto-legge n. 19/2020 sul quale continua a fondarsi il richiamato meccanismo.

Come rileva l’Autrice, il metodo dei “piccoli passi” (p. 63) è dipeso da una stretta correlazione tra l’esigenza di celerità e l’auspicio di risposte certe da una platea di orientamenti scientifici divergenti, comprese le sollecitazioni dell’Organizzazione Mondiale della Sanità.

La difficoltà di trovare un punto di equilibrio nel rapporto tra scienza, diritto e politica ha portato alla conseguenziale abdicazione del legislatore al suo ruolo. Se, da un lato, appare fisiologica la gestione dell’emergenza attraverso la decretazione d’urgenza, dall’altro, l’alluvionale ricorso ai d.P.C.M., che impongono misure restrittive e limitazioni temporali e territoriali ai diritti fondamentali, appare di dubbia compatibilità rispetto alla complessiva architettura costituzionale ed in violazione, più o meno marcata, del principio di legalità, come l’Autrice si preoccupa di evidenziare per il d.P.C.M. del 4 novembre 2020 (pp. 72-74).

Ciò pone diversi problemi, sia dal punto di vista formale che dal punto di vista sostanziale.

Sul primo versante, oggi – ma non solo oggi – il decreto-legge si configura come lo strumento regolativo per eccellenza sulla base di una procedura blindata di gestione della politica del Paese

³ Cfr. *ex multis*, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2020. Lo stesso Autore, in *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Consulta on line, Liber amicorum per il Prof. Pasquale Costanzo*, 11 aprile 2020, sostiene che “la risposta delle nostre istituzioni non è stata quella tipica di una democrazia autoritaria e che non c’è stata alcuna rottura della legalità costituzionale. Le procedure seguite, al di là di qualche slabbratura (e di una comunicazione pubblica eccessivamente anticipata rispetto alla formalizzazione delle misure decise), sono corrette. In secondo luogo, che la Costituzione, una volta di più, ha dimostrato di saper offrire un quadro normativo saldo ed efficace, smentendo tutti coloro che lamentano l’assenza di una norma esplicita sugli stati di emergenza: assenza di previsioni puntuali non significa mutismo costituzionale” (p. 261).

⁴ G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 31 marzo 2020, A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti Regionali*, 1, 2020, ID., *Il coronavirus, la sofferta tenuta del sistema istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta on line*, 6 aprile 2020, G. SILVESTRI, *COVID-19 e Costituzione*, in *Unicost.eu*, 10 aprile 2020.

anche (e ancor di più) in tempo di crisi. Eppure, le disposizioni ivi contenute rimangono, per così dire, *sospese* in attesa dell'attuazione attraverso i d.P.C.M. emanati in un tempo più o meno dilatato rispetto alla pubblicazione dello stesso atto avente forza di legge in Gazzetta Ufficiale.

Le numerose *disposizioni in bianco* contenute nei decreti-legge necessitano, inoltre, di un ulteriore atto normativo per rendere efficaci le proprie misure che difficilmente possono essere considerate necessarie, straordinarie ed urgenti se tra la pubblicazione del decreto-legge e l'emanazione dei decreti attuativi trascorrevano, almeno fino alla *fase 2*, un arco temporale più o meno dilatato che metteva in discussione l'indifferibilità delle misure contenute nella fonte dell'emergenza⁵.

Inoltre, le disposizioni del decreto-legge, così come predisposte, non soltanto sono difficilmente compatibili con i presupposti di cui all'art. 77, comma 1, Cost., ma anche con la finalità più volte dichiarata di contrastare un contagio che anticipa continuamente i provvedimenti del Governo, come l'Autrice si preoccupa di rilevare in diverse pagine del volume⁶.

Sul secondo profilo, l'adozione "alluvionale dei provvedimenti [...] ha rischiato di produrre confusione, incertezze e anche difficoltà interpretative delle norme" (p. 63), generando uno scontro particolarmente aspro – soprattutto nella *fase 1* – tra il centro e la periferia.

A valle, come conseguenza inevitabile, una legislazione così complessa amplifica il fenomeno "interconnesso, in cui i legislatori sono tanti, sono tutti in movimento e agiscono contemporaneamente, in genere con diversi ambiti territoriali di riferimento"⁷, dando luogo ad una *plurinormatività* orizzontale e verticale in virtù di una "delega di potere, magari involontaria, agli organi chiamati ad applicarla"⁸.

⁵ Una prassi non nuova, se si considerano alcuni precedenti rilevati, ancorché in tema di crisi economica, già da A. IANNUZZI, *Crisi economico-finanziaria e decreti-legge "manifesto". Sulla dubbia legittimità costituzionale delle numerose previsioni dichiarate salvifiche ed urgenti che differiscono i loro effetti al momento dell'adozione delle norme di attuazione*, in *Dir. Soc.*, 1, 2015 e ID., *Osservazioni sulla delega "taglia-inattuazioni", per la modifica e l'abrogazione delle leggi che prevedono l'adozione di provvedimenti attuativi, contenuta nella legge Madia*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2016.

⁶ In particolare, a p. 64, quando ritiene che le disposizioni dei decreti-legge e le restrizioni delle libertà fondamentali, per loro caratteristica, devono essere previste "in maniera puntigliosa".

⁷ N. LUPO, *Le tecniche (e la politica) della legislazione come strumenti essenziali per il legislatore contemporaneo*, in *Iter legis*, V, 2002, 104.

⁸ R. GUASTINI, *Redazione ed interpretazione dei documenti normativi*, in S. BARTOLE, (a cura di), *Lezioni di tecnica legislativa*, ISAPREL, 39.

Due profili problematici che hanno aggiunto *caos al caos* nell'ambito di un *deficit* di coordinamento tra le regole statali e regionali, con il Governo mai restio a soccombere⁹, pur avendo concesso ai Presidenti delle Regioni il potere di intervenire «nelle more» di adozione dei d.P.C.M. (art. 3, comma 1, decreto-legge. n. 19/2020).

Così, la crisi epidemiologica ha fatto emergere un'inedita vocazione nazionale delle Regioni¹⁰ nell'ambito della contrattazione delle misure di contrasto alla diffusione del COVID-19, in un momento storico particolarmente complesso in cui il Governo, pur nella pienezza di fatto dei poteri regolatori, sta affrontando non poche difficoltà a contemperare diverse esigenze, dalla tutela della salute alla tenuta del sistema economico complessivo.

In uno scenario così complesso emerge la preoccupazione dell'Autrice sull'assenza di un Parlamento, già nella prima fase “dequotato” (p. 67) dal governo dell'emergenza, salvo il rituale delle conversioni della catena dei decreti legge e quello, invero senza successo per un *reale* coinvolgimento dell'Assemblea elettiva, della “parlamentarizzazione dei d.P.C.M.” (p. 65) a fronte di una determinazione dell'indirizzo politico che avveniva per lo più nella sede del Comitato Tecnico Scientifico.

Dall'inizio della pandemia, infatti, il Governo è in balia di due fuochi: da un lato i tecnici che il Presidente del Consiglio ha voluto accanto a sé (o prima di sé) per la gestione del *durante* e del *dopo*; dall'altro i Presidenti delle Regioni.

Al Parlamento è riservata una parte consistente del volume, a conferma della particolare sensibilità con cui l'Autrice affronta i problemi di funzionalità dell'organo, prospettando un “aggiornamento delle modalità di partecipazione ai lavori parlamentari da sfoderare per tempi eccezionali” (p. 74). Anche su questo profilo problematico, Ida Nicotra si muove con circospezione

⁹ Durante la *fase 1*, in esempio, la Regione Marche disponeva la chiusura delle scuole con ordinanza del Presidente della Regione impugnata dal Governo che, pochi giorni dopo, disponeva il *lockdown* nazionale. Similmente, la Regione Calabria, con ordinanza del Presidente n. 37 del 29 aprile 2020, annullata dal TAR Calabria con sentenza n. 841/2020, *anticipava* la parziale apertura delle attività di ristorazione. In prossimità delle vacanze di Natale, la Regione Campania, collocata in uno scenario rischio basso (zona gialla) rafforzava ulteriormente le misure restrittive con ordinanza del Presidente della Regione n. 98/2020 (addirittura anticipata da una ordinanza del Sindaco di Caserta del 18 dicembre 2021) ma *smenita* da altre ordinanze dei Sindaci di Capri e Anacapri che hanno disposto, in pari data, l'apertura degli esercizi commerciali (ordinanze sindacali poi sospese in via cautelare dal TAR Campania).

¹⁰ Diversamente rispetto alla successiva giurisprudenza accentratrice della Corte costituzionale che, in sostanza, ha fornito una interpretazione restrittiva all'art. 117 Cost., peraltro ricollocando al centro la gestione della pandemia (Corte cost., sentenza n. 37/2021). Non caso, c'è stato chi ha rilevato un ruolo centrale del Governo nei rapporti con le Regioni, “non ininfluente per il suo ruolo, dato che si trova in posizione di maggiore forza rispetto alle autonomie locali, non fosse altro perché può condizionarne le risorse” (G. DI COSIMO, *Datemi più potere*, in *Forum di Quaderni costituzionali - Rassegna*, 8).

nel perimetro dei principi che la Costituzione traccia e secondo le indicazioni della Commissione di Venezia¹¹.

La dottrina sul punto si è divisa sin dal principio tra posizioni avverse¹² e favorevoli¹³ ad una modalità di partecipazione a distanza delle sedute, a seconda di una interpretazione rispettivamente conservatrice ovvero progressista del concetto di *presenza* dell'art. 64, comma 3, Cost.¹⁴.

L'Autrice sembra collocarsi in una posizione *intermedia*: pur riconoscendo la preferenza per la "partecipazione in presenza fisica" (pp. 75 e 86)¹⁵ e non affatto ostile ad una futura apertura dei lavori parlamentari da remoto, suggerisce di valorizzare alcune disposizioni dei regolamenti parlamentari (art. 135-*bis*, comma 8-*bis*, R.S.) ovvero privilegiare i lavori nelle Commissioni decentrate, anche prospettando l'istituzione di una Commissione *ad hoc*.

Infine, tra chi riconosce o rifiuta l'introduzione di una disciplina regolatoria *speciale* in tema di crisi sanitarie¹⁶, Ida Nicotra suggerisce di superare l'antico timore che lega una prospettiva del genere da nefaste derive *post Weimariane*. La stessa Costituzione tedesca, ancorché soltanto dal 1968, ha previsto una *corsia emergenziale* con cui ha restituito al Parlamento una centralità almeno preliminare nella determinazione degli stati di necessità, a partire dalla graduazione delle situazioni emergenziali e dall'applicazione di un principio di leale collaborazione tra Stato centrale e Länder,

¹¹ Richiamata dall'Autrice a p. 78 del suo Volume: "tenere le loro sessioni plenarie e di non consentire la sostituzione temporanea dei deputati né ridurre la loro presenza anche se proporzionalmente".

¹² Tra i tanti, R. CALVANO, *Brevi note su emergenza COVID e voto dei parlamentari a distanza. Rappresentanza politica, tra effettività e realtà virtuale*, in *Federalismi.it*, 21, 2020, 45 ss., V. LIPPOLIS, *Voto a distanza no grazie. La presenza in Aula resta essenziale*, in *Il Dubbio*, 1° aprile 2020, C. SBAILÒ, *Parlamento on line? Garantiamo la possibilità di violare il regolamento*, in *Leformiche.net*, P. PISICCHIO, *Voto a distanza? Per la Costituzione son on.li, non online*, in *Il Dubbio*, 18 marzo 2020, M. VILLONE, *La rappresentanza non si pratica a distanza*, in *Il Manifesto*, 31 marzo 2020.

¹³ Tra cui M. AINIS, *Meglio distante che latitante*, in *La Repubblica*, 19 marzo 2020, E. CATELANI, *La tecnologia può aiutare a far funzionare il Parlamento e i Prefetti ascoltino le Regioni*, in *Il Dubbio*, 26 marzo 2020, S. CECCANTI, *Verso una regolamentazione degli stati di emergenza per il Parlamento: proposte a regime e possibili anticipazioni immediate*, in *BioLaw Journal Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 17 marzo 2020, ID., *Coronavirus, una giornata parlamentare anomala*, in *libertaeguale.it*, 12 marzo 2020, F. CLEMENTI, *Parlamento difeso con il voto a distanza*, in *Il Sole 24 Ore*, 16 marzo 2020, ID., *Proteggere la democrazia rappresentativa tramite il voto elettronico: problemi, esperienze e prospettive (anche nel tempo del coronavirus). Una prima introduzione*, in *Federalismi.it*, 6, 2020, S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, in *Osservatorio costituzionale*, 2, 2020, N. LUPO, *La Costituzione non impedisce il voto "da remoto" dei parlamentari*, in *LUISS open*, 2 aprile 2020, A. PERTICI, *Il Parlamento deve riunirsi*, in *huffingtonpost.it*, 18 marzo 2020.

¹⁴ Sul punto, sia consentito un rinvio a L. DI MAJO, *Un Parlamento smart? (Poche) luci e (molte) ombre dei lavori a distanza*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1, 2021.

¹⁵ A pag. 86 si erge a difesa dei fondamentali momenti dialettici. Secondo l'Autrice, "la funzione di deliberare è infatti il frutto dello scambio di idee e del dibattito pacato e paritario dove a ciascun parlamentare sono assicurate le stesse opportunità di ascolto e di attenzione".

¹⁶ Ancora, per tutti, G. DE MINICO E M. VILLONE, *op. cit.*

o tra gli stessi Länder (pp. 87-90)¹⁷. Dopotutto, come ben descrive l’Autrice, anche Francia e Spagna hanno già da tempo disciplinato gli stati di crisi attraverso un sistema *duale* di norme costituzionali e leggi ordinarie (pp. 96-98).

Quali prospettive a partire da questo “*annus horribilis*” (p. 99)?

Anzitutto “far tesoro della dolorosa congiuntura sanitaria” (99), ma soprattutto iniziare a porre solide basi per una riflessione su un “sistema per future situazioni eccezionali” (99).

Al di là delle posizioni espresse dall’Autrice in relazione ai diversi profili problematici, la sua proposta per le prospettive future può ritenersi condensata in questo passaggio del volume: “una volta archiviata l’era Covid, sarebbe opportuno riflettere, anche alla luce delle esperienze comparate, sull’opportunità di prevedere, pure in Italia, un modello specifico per l’emergenza; con una legislazione dedicata alle crisi sanitarie, adottata con una procedura preferibilmente rinforzata”. In altre parole, occorre prendere atto di quel che è stato, ma stare attenti al futuro perché ciò che abbiamo giustificato ieri, non sarà possibile accettarlo un domani. La scommessa odierna è soprattutto capire *come fare* per non essere colti nuovamente impreparati in futuro.

Un volume destinato a vivere nel tempo, un compagno delle giornate in *lockdown* che aiuta a non perdere di vista la speranza che le pandemie, sanitaria e costituzionale, possano diventare molto presto un ricordo.

¹⁷ Sempre per il caso tedesco, a completamento vi è anche la normativa in tema di protezione da infezioni, c.d. *Infektionsschutzgesetz* del primo gennaio 2001, sulla base della quale è stato approvato il c.d. *Coronakrisenpaket*.