



STATO DI EMERGENZA E VIOLAZIONE DELLA COSTITUZIONE

Il costituzionalismo democratico, sorto quale baluardo all'onnipotenza legislativa ed alla tirannia della maggioranza, esclude, in una prospettiva di limitazione del potere, che i fatti, anche di natura emergenziale, secondo logiche di discrezionalità, possano porsi quale fonte sulla produzione. I casi straordinari di necessità ed urgenza, che *a fortiori*, nel caso di specie, hanno fondamento diretto nell'art. 32 Cost., così come i poteri necessari che il parlamento conferisce al governo, trovano la loro fonte sulla produzione nella Costituzione, rispettivamente negli artt. 77 e 78 Cost. In merito a quest'ultimo articolo, occorre precisare che esso, nella sua concisa formulazione («Le Camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono al Governo i poteri necessari»), fa riferimento sostanzialmente a tre ipotesi: l'ipotesi di guerra difensiva in reazione ad una aggressione subita, ex art. 11 Cost.; l'ipotesi di dover intervenire in soccorso di uno stato alleato, in virtù di un accordo internazionale nell'ambito dell'Organizzazione delle Nazioni Unite; e infine quella di c.d. guerra umanitaria, sulla base di una norma consuetudinaria che impone agli stati di intervenire nel caso di gravi violazioni dei diritti umani. Data questa triplice prospettazione, a fronte di una disposizione affatto esplicita, vi è da considerare che l'art. 78 Cost. in realtà non ha mai trovato applicazione, nel senso che in tutti i casi di conflitti internazionali la partecipazione dell'Italia è stata giustificata dalla operatività di alcune clausole internazionali rese attive in virtù dell'art. 11 Cost.

I casi straordinari di necessità ed urgenza godono, dunque, nel nostro ordinamento giuridico, in quanto fatti, di una copertura costituzionale (riconoscimento-fondamento), in grado di essere *bussola* e fonte legittimante di atti adeguatamente necessari, rispettosi del criterio di proporzionalità, e nel caso, anche restrittivi delle libertà fondamentali. Si tratta di atti di rango normativo primario, nella forma del decreto-legge, ritenuti dal governo necessari, per contrapporsi, nel caso di specie, ad una pandemia, e garantire la salute come fondamentale diritto dell'individuo ed interesse della collettività (art. 32 Cost.).

Una struttura, dunque, coerente e conforme alla gerarchia delle fonti del diritto e del rapporto tra fonte sulla produzione (art. 77 Cost.) e fonte di produzione (decreto-legge), basata sulla consequenzialità delle norme e sulla riconducibilità dei fatti a norme. Tale da attribuire, in casi straordinari di necessità e di urgenza (pandemia), ad una fonte di produzione, quale il decreto-legge (legge materiale), il potere di limitare le libertà fondamentali, nel rispetto della riserva di legge assoluta, così come prevista dalla Costituzione.



Un modello, come osservato in dottrina, basata sulla democrazia della rappresentanza, sulla centralità dell'organo legislativo, in grado di *resistere* e di non *cedere il passo* ad una sorta di presidenzialismo *extra ordinem*, con conseguente strapotere delle pubbliche amministrazioni.

Nel caso di cui all'art. 77 Cost., il decreto-legge, e gli atti che si fondano su di esso, con funzione di natura esecutiva ed attuativa, quali ad esempio i decreti del presidente del consiglio (dpcm), dovrebbero essere tutti atti riconducibili e consequenziali alle fonti *secundum ordinem*, ovvero rispettose del principio gerarchico e del fondamento giuridico legittimante (principio di legalità in senso sostanziale). In ogni caso, mai, incidenti con carattere innovativo, sulle libertà fondamentali, in quanto materia coperta da riserva di legge assoluta.

Il fatto - per quanto di natura emergenziale - non assume la dimensione dello "stato" legittimante l'adozione di atti *extra ordinem*. In sostanza, gli atti, secondo l'ordine prospettato, costituzionalmente orientato, seppur adottati in regime emergenziale, dovrebbero continuare a rispettare il principio gerarchico e, soprattutto, la riserva di legge assoluta, oltre, ovviamente ad essere conformi al principio di legalità. Quest'ultimo si esprime nella sua dimensione, allorquando, realizza, rispetto all'atto sottostante, dei rigorosi parametri e vincoli di riferimento di natura sostanziale e procedurale.

Altro discorso per le ordinanze di cui all'art. 78 Cost. In questo caso le ordinanze del governo, previo conferimento del potere da parte del parlamento, possono considerarsi *extra ordinem*, ovvero legittimate a derogare fonti normative di rango primario, incidendo, altresì, seppur in via temporanea, sulle libertà fondamentali. Tuttavia, a differenza dell'attuale gestione dell'emergenza, che vede lo svilimento del ruolo del parlamento, sia l'art. 77 che 78 Cost. assegnano all'organo legislativo, un ruolo centrale: il parlamento deve convertire il decreto-legge (art. 77 Cost.), il parlamento conferisce al governo i poteri necessari (art. 78 Cost.). Nel primo caso, ci troviamo in presenza di atti giustiziabili dinanzi alla Corte costituzionale, sia in via incidentale che principale, nel secondo caso è possibile immaginare un conflitto di attribuzione. In entrambi casi il parlamento, seppure con forme e contenuti diversi, esprime il proprio indirizzo politico. In sostanza, lo stato di emergenza, o meglio più correttamente il fenomeno emergenziale, va ricondotto ai casi straordinari di necessità ed urgenza di cui all'art. 77 Cost., non costituendo esso fonte del diritto, ma non costituendo fonte sulla produzione neppure il principio fondamentale di cui all'art. 32 Cost.

L'Osservatorio permanente sulla Legalità Costituzionale