

Rivista N°: 2/2020
DATA PUBBLICAZIONE: 11/06/2020

AUTORE: Sandro Staiano*

NÉ MODELLO NÉ SISTEMA. LA PRODUZIONE DEL DIRITTO AL COSPETTO DELLA PANDEMIA

Sommario: 1. Null'altro che assetto derogatorio dei poteri in conformità a Costituzione. - 2. Le modalità di produzione del diritto: frammentazione, asistematicità, conflitto. - 3. Profili di disallineamento dalla Costituzione. - 4. Diritto dell'emergenza e rivelazione dei vizi strutturali del sistema. - 4.1 Inefficienza del sistema amministrativo. - 4.2. Eccessi monocratici e asimmetrie nell'ordinamento regionale. - 4.3 Inefficienza della forma di governo. 5. Il compito finora disatteso: la grande legislazione ordinaria

1. Null'altro che assetto derogatorio dei poteri in conformità a Costituzione

Non è inutile rilevare le sfocature e le distorsioni nello sguardo rivolto agli effetti nel sistema costituzionale prodotti dalle norme e misure messe in campo contro la pandemia. Non è inutile, sia per un motivo generale: chi sbaglia l'analisi non può che contribuire all'errore del decisore politico, malamente esercitando la sua funzione critica; sia per un motivo specifico: essendo in gioco libertà fondamentali, dare avallo all'idea di una mutazione sistemica non contrastabile, a esito della quale quelle libertà non potranno non risultare stabilmente ristrette in modo severo, vuol dire portare sul terreno più difficile la permanente lotta per la Costituzione.

Può rimanere perciò fermo che in Italia non v'è alcuno stato di guerra, non dichiarato nelle forme dell'art. 78 e tuttavia venuto in essere in via di fatto, per fronteggiare lo «stato di eccezione», e può rimanere fermo che, non essendovi tale stato di guerra, il Governo non è dotato, sempre in via di fatto, dei «poteri necessari».

La parola guerra, nell'uso metaforico che ne viene diffusamente compiuto innanzi agli avvenimenti presenti, ha una indiscutibile utilità come fattore di coesione identitaria, di riconoscimento di ciascuno in una comunità chiamata a fronteggiare un pericolo esterno mettendo in campo ogni risorsa, e nella prospettiva di dover subire poi privazioni che solo la con-

* Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Napoli Federico II.

servazione di quella coesione identitaria potrà consentire di superare. È utile, quella parola, a far percepire la condizione dei medici e degli infermieri negli ospedali, quando mettono a rischio la propria incolumità innanzi al “nemico”. È utile, ancora, la locuzione “economia di guerra”, a significare l’eccezionalità delle misure da adottare, che corrispondono nella loro impostazione e nei loro contenuti a quelle proprie dello stato di guerra in senso proprio e alla situazione che a questo consegue dopo la cessazione. Ma i giuristi, i costituzionalisti no, non possono usare quella parola se non nel senso specifico del proprio apparato concettuale. Se si abbandonano all’impiego metaforico generale, scivolano in un’ambiguità irrisolta che li porta a esiti pericolosi, per essere senza fondamento. E rinunciano a sorvegliare gli scostamenti dalle norme costituzionali, che invece sono rimaste ben salde, e quindi sono idonee a fare da parametro, mentre ai giudici, alla Corte costituzionale soprattutto e in ultima istanza, spetta garantire una legalità costituzionale da preservare intatta.

Non v’è, infatti, alcuna «dittatura commissaria» di reminiscenza schmittiana¹, nessuna traslazione di poteri fuori del circuito della rappresentanza, che si sia compiuta e che si possa solo osservare inerti, sperando di vedere poi recedere la marea e ripristinare le condizioni originarie: se così fosse, quella speranza sarebbe vana, poiché nessuno potrebbe seriamente attendersi la rinuncia rapida e volontaria a un potere acquisito, tanto ampio e così libero da vincoli. È vero invece che, mentre il quadro costituzionale è molto chiaro, e lo «stato di eccezione» del tutto immaginario, il circuito della rappresentanza, per le sue disfunzioni “a regime” derivanti dai caratteri assunti dal sistema partitico, è sottoposto a una fortissima pressione. Ed è ai punti di pressione che occorre porre mente, perché in corrispondenza di essi vanno consolidate, per quanto possibile, le difese.

Nel quadro costituzionale, la norma di riferimento per la qualificazione giuridica dello stato presente è l’art. 77: si tratta di uno dei «casi straordinari di necessità e di urgenza» che consentono la deroga provvisoria all’ordine delle competenze legislative, con la traslazione del potere verso il Governo. La Corte costituzionale si è incaricata di riportare (quando se ne sono create le condizioni politico-istituzionali) la figura del decreto-legge, dopo una lunga stagione di uso improprio, nell’alveo della «straordinarietà», definendo in modo sufficientemente univoco i presupposti di «necessità» e «urgenza»: è dunque disponibile uno strumento di intervento ben definito anche in ragione della sedimentazione giurisprudenziale che lo ha interessato². Strumento che ben può assolvere alla riserva di legge «rinforzata per conte-

¹ Com’è noto il concetto di «dittatura commissaria», sospensione difensiva della Costituzione, intesa cioè a ripristinarla e a tale solo fine instaurata, è in C. SCHMITT, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, Berlin 1921 (due le traduzioni italiane di riferimento: *La dittatura. Dalle origini dell’idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Roma-Bari 1975; *La dittatura*, a cura di A. Caracciolo, Roma 2006).

² Circostanza che non può essere sottovalutata, riproponendo lo stilema analitico dell’«abuso», che si attagliava, giova ricordarlo, alla pratica delle iterazioni e delle reiterazioni e alla mancanza di ogni verifica sul ricorrere dei presupposti di necessità e di urgenza. La traslazione “ordinaria” della potestà normativa verso l’Esecutivo ora segue altre vie. E la Corte costituzionale ha apprestato una consistente gamma di rimedi atti a contrastare quegli «abusi». Peraltro, innanzi agli eventi che sono in atto, l’impiego del decreto-legge corrisponde alle premesse costituzionali, al modello disegnato dall’art. 77 Cost., nella sua lettera, nella sua collocazione sistematica, nel rapporto con i caratteri impressi alla forma di governo, alla luce della giurisprudenza costituzionale. Tra le fattispecie di «abuso» resta in atto quella della questione di fiducia sul maxiemendamento alla legge di conversione.

nuto»³ stabilita dall'art. 16 Cost. quanto alle «limitazioni ... per motivi di sanità o di sicurezza». E non ci sono ragioni per ritenere che questo stesso strumento non si presti ad essere adoperato per corrispondere alla riserva di legge stabilita dall'art. 41, c. 3, Cost. nella determinazione di «programmi e controlli», intendendoli come rivolti a verificare la congruenza dell'attività economica con le esigenze derivanti dall'emergenza. Queste esigenze, infatti, anche nella prospettiva delle conseguenze nel tempo, condizionano direttamente il conseguimento dei «fini sociali» ai quali guarda il disposto costituzionale.

Sul versante del rapporto con le Regioni – verso le quali si è compiuta negli anni un'assai cospicua dislocazione di poteri in materia sanitaria – vale l'assorbente potestà dello Stato nel fronteggiare l'emergenza quando si tratti di adottare misure limitative di libertà fondamentali, quali quella di circolazione, potestà che può spingersi fino a consentire al Governo di sostituirsi agli organi della Regione quando incomba un «pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica» (art. 120, c. 2, Cost.): né alcuno può dubitare che un tale pericolo effettivamente incomba.

Il modello costituzionale della «straordinarietà», dell'«urgenza» e della «necessità» è perciò limpidamente costruito dalla Costituzione, e non ha alcun punto di contatto con lo «stato di eccezione», in cui decide il «sovrano» pretermettendo del tutto ogni altro potere. E la «necessità» di cui è detto nell'art. 77 Cost. è solo lessicalmente assonante con la «necessità» come fonte del diritto⁴, pur evocata, ma non propriamente, al cospetto dei fenomeni in atto.

Questa, però, più che con la dislocazione del potere legislativo tra Parlamento e Governo, ha a che fare con la posizione del Governo in Parlamento e con i rapporti maggioranza-opposizione, in ordine alle garanzie apprestate per quest'ultima. Altra questione è quella dei contenuti che i decreti-legge in concreto deliberati hanno assunto, specie con riferimento alla produzione ulteriore: ma, su questo versante, non viene in discorso il modello disegnato dall'art. 77 Cost., essendo invece in campo altri profili di compatibilità costituzionale, specie con riferimento alla osservanza della riserva di legge come strumento a garanzia delle libertà fondamentali implicate.

³ Considerazioni sull'applicazione della categoria al cospetto della pandemia, nella considerazione della giurisprudenza costituzionale si ritrovano in S.G. GUIZZI, *Stato costituzionale di diritto ed emergenza COVID-19: note minime*, in *magistraturaindipendente.it*, 18 aprile 2020, par. 5.

⁴ È la nota tesi di S(ANTI) ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Rivista di diritto costituzionale e amministrativo*, 1909: «... nella necessità deve rintracciarsi l'origine e la legittimazione dell'istituto giuridico per eccellenza, cioè dello Stato, e in genere del suo ordinamento costituzionale ... E ciò che si verifica nel momento iniziale di un determinato regime può anche ripetersi, sebbene in linea eccezionale e con caratteri più attenuati, anche quando questo avrà fermato e regolato le sue istituzioni fondamentali» (p. 261). Al prodursi dell'emergenza, tale fattore originario si ripropone come «vera fonte di diritto», e come tale legittima «provvedimenti governativi», che, benché «contrari alla legge», si impongono all'osservanza anche in sede giurisdizionale (p. 270). Ciò che si verifica non è una limitazione dei diritti di libertà in ragione dell'affermazione di un «diritto subbiettivo dello Stato» al cospetto di essa. È, invece, la «sostituzione, sia pure provvisoria e limitata, di un nuovo diritto obbiettivo al diritto obbiettivo già esistente», e se «la libertà individuale resta, diminuita, sospesa, non protetta, ciò ... è ... la conseguenza immediata ... del nuovo ed eccezionale ordinamento giuridico che esso pone e che determina in modo diverso i confini rispettivi della potestà dello Stato e dell'attività dei singoli», poiché «i diritti dei cittadini stanno in funzione di siffatto ordinamento» (p. 257). Ora, che i diritti dei cittadini siano «funzione dell'ordinamento statale», di quello «originario» o di quello «nuovo ed eccezionale», è concetto estraneo al contesto costituzionale repubblicano e alle sue radici storiche. Del resto, Santi Romano mette la sua tesi in opposizione al «dottrinarismo costituzionale della prima maniera», che delle libertà individuali «faceva un *prius* irriducibile, una barriera più o meno insormontabile di fronte alla potestà dello Stato» (loc. ult. cit.). Ma è proprio il carattere prioritario dei diritti – che si manifesta, in termini generali, nell'enunciato dell'art. 2 Cost., «La Repubblica *riconosce e garantisce* i diritti inviolabili dell'uomo ...» – il tratto connotativo del vigente sistema di tutela costituzionale delle libertà.

Si tratta di un contingente riassetto derogatorio dei poteri, che presenta molti vantaggi rispetto all'esito drammatico degli «stati di emergenza» che conducano alla dichiarazione dello «stato di eccezione».

Infatti, il potere è assoggettato a un moto centripeto verso lo Stato-soggetto e, nell'ambito di questo, verso il Governo, ma rimane sempre fermo il controllo del Parlamento, che può intervenire molto tempestivamente a modificare il punto di equilibrio tra tutela delle libertà ed efficacia delle misure straordinarie stabilito dal Governo con il decreto-legge. Tale garanzia procedimentale consente di compiere, nella sede della rappresentanza politica, un controllo di proporzionalità sulle misure governative, che può mostrarsi molto penetrante, e può essere rimesso al vaglio dei giudici comuni e della Corte costituzionale.

Questo assetto, fatto di equilibri nell'ambito della relazione fiduciaria, e di controlli, garantisce meglio che, cessata la situazione straordinaria, ogni potere rifluisca “naturalmente” entro il proprio argine.

Dunque, non versandosi in un caso di produzione autonoma del diritto da parte dello «stato di eccezione» come fonte, ed essendo ogni atto pienamente vincolato dal proprio parametro, nessun soggetto può aspirare all'auto-attribuzione del potere.

Questo stato delle cose carica di responsabilità i titolari delle funzioni di controllo, poiché non v'è ragione che queste si arrestino innanzi a una postulata inattuabile «straordinarietà» (intesa come stato di eccezione). E carica di responsabilità la scienza giuridica, la quale non può di certo contemplare inerte gli eventi, la loro presunta inesorabile fattualità, senza considerare gli scostamenti dai parametri per ciò che sono: violazioni della legalità costituzionale.

La mancata percezione di questo dato ha indotto – come è accaduto, nel dibattito sia politico sia accademico, tutte le volte in cui l'ordinamento è stato sottoposto a tensione specie quanto al rendimento della forma di governo – a proporre revisioni costituzionali, nel senso del potenziamento dell'Esecutivo e del ridimensionamento dei poteri delle Regioni e in generale dei soggetti di autonomia, e dell'introduzione di norme costituzionali sullo «stato di emergenza», assumendo a riferimento il modello tedesco⁵, o mettendo in luce che clausole intese alla riallocazione dei poteri nelle situazioni emergenziali si riscontrano nella Costituzione francese⁶ e in quella spagnola⁷.

⁵ Come è noto, per ragioni storiche specifiche, il costituente tedesco del 1949 scelse di disciplinare in modo assai articolato, nei presupposti e nelle sequenze procedimentali, i poteri intesi a fronteggiare stati latamente emergenziali di diverso tipo: stato di tensione (art. 80a), stato di emergenza legislativa (art. 81), stato di difesa (Tit. Xa). Per una recente puntuale descrizione di tali soluzioni, R. TARCHI, A. GATTI, *Il potere normativo del Governo federale nell'ordinamento costituzionale della Germania*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3, 2018.

⁶ In Francia, l'art. 16 della Costituzione del 1958 attribuisce al Presidente della Repubblica, quando «*les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu*», il potere di prendere «*les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier Ministre, des Présidents des assemblées ainsi que du Conseil Constitutionnel*». Su questa disposizione e sulle posizioni critiche della dottrina francese in ordine a essa, cfr. CH. BONTEMPS DI STURCO, *Francia*, in *Poteri emergenziali e deroghe al principio di legalità*, a cura di P. Passaglia, in *cortecostituzionale.it*, 10 maggio 2011. L'art. 36 della Costituzione francese, inoltre, prevede la proclamazione,

Ma l'esame della vicenda del contrasto alla pandemia, per come si è venuta svolgendo a partire dalla dichiarazione dello stato di emergenza e poi nella legislazione e nella produzione provvedimento ai diversi livelli di governo, dimostra che questo riproposto "revisio-nismo costituzionale" è una sorta di riflesso pavloviano, ricorrente quanto privo di costrutto. E che, anzi, modifiche della Costituzione, mosse dalle suggestioni del momento, sarebbero di sicuro controindicate.

E sarebbe poco comprensibile mutuare dagli altri richiamati ordinamenti, in particolare da quello tedesco, le norme costituzionali sugli stati di emergenza, quando queste, al cospetto della pandemia, non hanno trovato applicazione nei rispettivi contesti.

A parte il caso della Spagna, ove è stato dichiarato lo «stato di allarme», che, nel quadro dell'art. 116 della Costituzione colà vigente, ha la specifica connotazione di riferirsi a stati di emergenza derivanti da fattori naturali o a essi assimilabili, cioè «politicamente neutrali»⁸ (nulla di diverso, nella situazione in atto, da quanto previsto e consentito dall'art. 16 della Costituzione italiana), in Germania e in Francia si è agito al di fuori del campo di impiego delle norme sugli stati di eccezione.

In Germania, il fondamento maggiore degli interventi al cospetto della pandemia è nella legge per la prevenzione e il contrasto delle malattie infettive del 20 luglio 2000⁹, la quale, prevedendo limitazioni di libertà fondamentali, è destinata, in conformità all'art. 19 GG, a «valere in generale e non per il caso singolo» e menziona «il diritto fondamentale con l'indicazione dell'articolo» che lo sancisce, del quale comporta restrizione. Quando poi si è posto il problema di alcune insufficienze della legge in discorso, specie perché essa non è parsa del tutto idonea a garantire l'unitarietà dell'intervento a livello federale, ne è stata proposta una modifica per consentire al *Bundestag* di dichiarare l'emergenza epidemica nazionale. Tutto si svolge dunque entro il quadro della legislazione ordinaria, e attraverso atti amministrativi su questa fondati, di tipo regolamentare o provvedimento, a livello dei *Länder* o a livello federale¹⁰.

In Francia, la Loi n. 2020-290 del 23 marzo 2020, novellando il *Code de la santé publique*, ha attribuito al Consiglio dei ministri il potere di dichiarare per decreto, su proposta del Ministro competente in materia di salute, «l'état d'urgence sanitaire», informandone l'Assemblea nazionale e il Senato (art. 2). La stessa legge, derogando contestualmente all'art. 3131-13 novellato, ha anche dichiarato in via diretta lo stato di emergenza sanitaria

per decreto del Consiglio dei ministri, dell'«état de siège», che non può protrarsi per oltre dodici giorni senza autorizzazione parlamentare.

⁷ La Costituzione spagnola – con l'art. 116, nel Capo dedicato alla forma di governo – articola la disciplina degli stati emergenziali in tre fattispecie: «allarme», «eccezione», «assedio», regolando in via diretta procedimento e durata, e demandando a una legge organica la restante disciplina e, in ispecie, «le competenze e le limitazioni corrispondenti».

⁸ P. CRUZ VILLALÓN, *El nuevo derecho de excepción (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio)*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 2, 1981, p. 93 s.

⁹ Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz - IfSG), 20 Juli 2000 (BGBl. I S. 1045).

¹⁰ Per la vicenda tedesca, la puntuale descrizione di G. TACCOGNA, *L'ordinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sars-CoV-2*, in *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, a cura di L. Cuocolo, in *federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19*

(art. 4), che è stato poi prorogato con la Loi n. 2020-546 dell'11 maggio 2020. In questo quadro legislativo si è compiuta la produzione di *Décret* del Consiglio dei ministri e di *Arrêté* del Ministro della solidarietà e della salute. Anche qui: nulla al di fuori della legislazione ordinaria; nessuna applicazione delle clausole costituzionali eccezionali.

Non si vede, dunque, ragione per trasportare fuori dei loro ambiti nazionali, storicamente connotati, clausole siffatte, portandole nel contesto italiano cui sono a ragion veduta estranee, mentre tutte le disfunzioni messe in evidenza dalla pressione di fatti straordinari chiamano in causa la necessità di interventi di legislazione ordinaria di qualità adeguata in settori chiave dell'ordinamento, da tempo peraltro invocati, e segnalano le perduranti inadeguatezze del decisore politico.

2. Le modalità di produzione del diritto: frammentazione, asistematicità, conflitto

Su queste premesse – e cioè postulando che quanto può avvenire è nei confini della deroga all'ordine delle competenze secondo le modalità e nei limiti stabiliti dalla Costituzione – l'osservazione giuridica degli eventi deve rivolgersi a considerare l'efficienza delle modalità messe in campo, che è fattore primario da apprezzare innanzi a emergenze quali quella in atto, e a valutarne l'allineamento costituzionale.

Un primo profilo che viene in discorso è relativo alla originaria sovrapposizione tra diversi modi di produzione emergenziale del diritto, anzitutto uno che si è manifestato nella dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria con la Delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020¹¹, posta in attuazione del d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, «Codice della protezione civile»; l'altro affidato ai decreti-legge che hanno dato fondamento ai Decreti del Presidente del Consiglio dei ministri successivamente adottati.

La prima di tali modalità prevede una «valutazione speditiva» (cioè, fuori del lessico settoriale specifico, rapida e in qualche misura sommaria) da parte del Dipartimento della protezione civile in ordine al ricorrere delle condizioni per la dichiarazione dello «stato di emergenza di rilievo nazionale», che è conseguentemente deliberato dal Consiglio dei ministri stabilendone la durata e l'estensione territoriale e la qualità degli interventi. La delibera «autorizza l'emanazione delle ordinanze di protezione civile» e stabilisce la prima dotazione finanziaria (art. 24, d.lgs. n. 1 del 2018, c. 1), che può essere successivamente incrementata nelle stesse forme (art. 24, c. 2). Il Codice non determina né l'esatta imputazione soggettiva né compiutamente il procedimento formativo delle ordinanze di protezione civile, limitandosi a stabilire i modi di pubblicità (art. 25, c. 4, d.lgs. n. 1 del 2018, c. 4), e affidando la determinazione di «limiti e modalità» alla stessa Delibera dichiarativa dello stato di emergenza (art. 25, c. 1). In termini generali, sembra si possa solo dire che il soggetto o l'organo preposto all'esercizio del potere di ordinanza potrebbe essere posto in posizione di alterità, strutturale o funzionale, rispetto all'organo Governo, e alle Regioni o Province autonome, essendo prescritto che gli atti in discorso vengano trasmessi «per informazione» a tali soggetti di auto-

¹¹ Delibera del Consiglio dei ministri 31 gennaio 2020, «Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili» (G.U. n. 26 del 1° febbraio 2020).

nomia e «al Presidente del Consiglio dei ministri ... e fino al trentesimo giorno dalla deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale, al Ministro dell'economia e delle finanze» (art. 25, c. 4).

Ora, la richiamata Delibera 31 gennaio 2020, dichiarativa dello stato di emergenza, ha attribuito il potere di ordinanza al Capo del Dipartimento della protezione civile, «in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico» (punto 2), scegliendo di non discostarsi dalla previsione generale dell'art. 5, c. 1, del Codice della protezione civile che dà facoltà al Presidente del Consiglio dei ministri di esercitare i poteri di ordinanza «tramite il Capo del Dipartimento della protezione civile». E tali ordinanze sono state effettivamente prodotte.

Parallelamente il potere di ordinanza è stato attribuito col decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, al Presidente del Consiglio, che lo ha largamente esercitato in forma di decreto.

Ma il quadro del potere di ordinanza è assai più articolato.

Esso è stato esercitato dal Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il coordinamento e il contrasto dell'emergenza epidemiologica Covid-19, nominato dal Presidente del Consiglio dei ministri in forza dell'art. 122 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18. Tale disposto, al secondo comma, prevede che il Commissario, nell'ambito dell'azione di collaborazione con le Regioni e di supporto a esse, «su richiesta» di queste, possa «adottare in via d'urgenza ... i provvedimenti necessari a fronteggiare ogni situazione eccezionale»; siffatti provvedimenti, «di natura non normativa», possono essere adottati «in deroga a ogni disposizione vigente, nel rispetto della Costituzione, dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea». Di essi può essere richiesto il riesame dalla Conferenza Stato-Regioni e dalle singole Regioni «su cui il provvedimento incide». Le misure che essi contengono debbono essere «in ogni caso adeguatamente proporzionate alle finalità perseguite».

La disposizione è redatta secondo una tecnica peculiare, poiché appare intesa a prendere posizione nel dibattito dottrinale sulla natura giuridica delle ordinanze di necessità e di urgenza e ad allinearsi agli orientamenti della giurisprudenza. Così, le ordinanze vengono definite atti non normativi, aderendo a una posizione, invero controversa, tenuta in sede teorica; e vien dato riscontro a una lettura del rapporto tra ordinanza e fattispecie sulla quale essa interviene dovuta alla giurisprudenza costituzionale¹² e amministrativa¹³.

Una tale pretesa di dare pregevolezza dommatica alle previsioni legislative, perseguendo per questa via un obiettivo di certezza, anche per mettere, per quanto possibile, al riparo gli atti dal contenzioso giudiziale, è destinata a rivelarsi illusoria. Poche nozioni, invero, sono più tormentate di quella di normatività: sia in ordine al carattere della innovatività, che, quanto alle ordinanze, assume i tratti specifici della deroga-sospensione delle norme vigenti

¹² La Corte ha sempre affermato, già nella sua prima giurisprudenza, il necessario rapporto di strumentalità tra l'emergenza e le misure intese a fronteggiarla, richiamando all'osservanza dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza: cfr. Corte cost., sentt. 20 giugno-2 luglio 1956, n. 8; 23-27 maggio 1961, n. 26; 26 marzo-3 aprile 1987, n. 100; 22-28 maggio 1987, n. 201; 5-14 aprile 1995, n. 127.

¹³ Cfr., *ex plurimis*, Cons. St., Sez. IV, 29 luglio 2008, n. 3726; Cons. St., Sez. VI, 10 febbraio 2015, n. 701.

e della provvisorietà; sia quanto alla generalità e all'astrattezza, poiché non è sempre agevole tracciare il confine tra la determinatezza-determinabilità e la indeterminatezza-indeterminabilità dei soggetti e delle fattispecie riconducibili alla previsione e, frequentemente, gli enunciati sono volutamente fuorvianti, occultando sotto formulazioni generalizzanti il riferimento a casi identificati o, viceversa, presentando come dotati del carattere della determinatezza comandi destinati invece a un universo di soggetti e di casi tanto ampio da non essere definibile se non nell'applicazione.

Gli estensori del testo hanno forse avuto riguardo ad un'altra fase del dibattito sull'impiego dello strumento dell'ordinanza (soprattutto nella regolazione delle procedure intese all'organizzazione di «grandi eventi» o nel fronteggiare ossimoriche emergenze «stabilizzate», protrattesi per decenni), una lunga fase in cui se ne è denunciato l'«abuso», al punto da far ritenere il formarsi di un «sistema parallelo»¹⁴, o perfino «alternativo», all'«insieme di regole, competenze e assetto delle fonti costituzionalmente vigente»¹⁵. Essi hanno perciò tentato di «codificare» la dottrina e la giurisprudenza meglio orientata a far valere i principi di sistema.

Per lungo tempo, invero, condizionare la componibilità delle ordinanze con il sistema costituzionale delle fonti alla carenza in esse del carattere della normatività – identificata con la innovatività e con la generalità e astrattezza – è parso valere a limitare eccessi, una volta rotto l'argine della verifica dei presupposti di «emergenza», e in presenza di una autorevole dottrina che si è orientata «pericolosamente» a fondare il riconoscimento negli atti in discorso, in quanto *extra ordinem*, della forza della legge¹⁶, o a ritenere possibile l'esercizio del potere di ordinanza in assenza di uno specifico fondamento legislativo¹⁷: il carattere derogatorio «per singoli casi»¹⁸ delle ordinanze ha potuto essere considerato una garanzia adeguata a impedire troppo profonde lacerazioni del sistema.

Insomma, in tempi di «normalità», degli strumenti dell'emergenza è stato fatto un uso «quasi-ordinario», che ha trovato la sua ragion d'essere nelle inadeguatezze delle amministrazioni pubbliche a far fronte a regime a vicende troppo complesse o da portare a esito in tempi troppo brevi a raffronto con degli standard cui esse potevano realisticamente aspirare. E, innanzi a un fenomeno siffatto, si è trattato di impedire, per quanto possibile, che, in nome dell'emergenza, potesse essere eluso ogni controllo e potessero essere messe in opera condotte distorsive al riparo dagli apprezzamenti di ragionevolezza.

Per questo, il tentativo di «legiferare dottrinalmente» appare – oltre che, come si diceva, inane – soprattutto fuori tempo. Nessuno può dubitare, invero, che oggi il presupposto dell'emergenza ricorra. Si tratta semmai – ed è questo il punto critico che occorre considera-

¹⁴ V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir.pub.*, 2007, 377.

¹⁵ C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Rivista AIC*, 2009, par. 4.

¹⁶ F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, in ID. (a cura di), *Diritto pubblico*, III ed., Torino 2017, 191 ss.

¹⁷ A. CARDONE, *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino 2011, 49 ss.

¹⁸ Secondo la ricostruzione della deroga data da V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, a cura di F. Crisafulli, Padova 1993, 221.

re con cura – di assicurare la corrispondenza della produzione del diritto alle riserve di legge contemplate dalla Costituzione e al principio di legalità in senso sostanziale.

È stato poi definito il potere di ordinanza dei Presidenti delle Regioni e dei Sindaci in forza del richiamo all'art. 32, c. 3, legge 23 dicembre 1978, n. 833, all'art. 50, c. 5, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (T.U. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) e all'art. 117, d. lgs. 31 marzo 1998, n. 112, compiuto dall'art. 3, c. 2, del d.l. n. 6 del 2020: a Presidenti e Sindaci è demandato intervenire «nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri ... nei casi di estrema necessità»¹⁹. Si deve ritenere, dunque, che, nell'ambito di un «caso straordinario di necessità e di urgenza», che ha condotto all'approvazione del decreto-legge, e in ragione della quale il Presidente del Consiglio sia abilitato ad adottare, con ordinanza in forma di decreto, una urgente «misura di contenimento e gestione» (art. 1, c. 1, d.l. n. 6 del 2020), si possa creare una situazione di urgenza ancora più stringente: quell'apposizione «estrema» fa pensare a una contingenza tanto pressante da impedire che possa essere tempestiva l'ordinanza proveniente dall'Esecutivo nazionale (la quale, per vero, in forza dell'art. 3, c. 1, dello stesso decreto-legge, benché atto monocratico, è assoggettata a incombenze procedurali: la proposta del Ministro della salute, il parere di un novero più o meno esteso di ministri e dei Presidenti di singole Regioni o del Presidente della Conferenza dei Presidenti delle Regioni; procedimento che può peraltro essere molto rapido).

Se alla locuzione «nelle more» si vuole dare un significato corrispondente allo specifico uso linguistico in campo giuridico, essa non può che stare a designare un arco temporale intercorrente tra l'avvio del procedimento inteso alla emanazione del DPCM e il suo compimento, nel quale, per un caso di «urgenza estrema» si renda necessaria una misura regionale o comunale che anticipi gli esiti della decisione governativa. E quest'ultima potrà sempre rimeditare contenuto e portata dell'ordinanza del Presidente della Regione o del Sindaco.

Si deve poi ritenere che, in forza dell'art. 2, d.l. n. 6 del 2020, il Presidente della Regione o il Sindaco – considerata la genericità del riferimento alle «autorità competenti» contenuto nel disposto – abbia potuto emanare ordinanze recanti «ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza» anche «al di fuori dei casi elencati» dall'art. 1, c. 1 dello stesso decreto-legge.

Parallelamente è stato esercitato il potere di ordinanza del Ministro della salute, il cui fondamento primo è nell'art. 32 della legge n. 833 del 1978²⁰. Il presupposto dell'esercizio di tale potere è nella dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria, prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 6 del 2020 (il quale ha fatto «salvi gli effetti» degli atti prodotti in quella fase). Successivamente, e ancora sul fondamento dell'art. 32 della legge n. 833 del 1978, vale il

¹⁹ In tema, con riferimento alla fase di vigenza del d.l. n. 6 del 2020, G. BOGGERO, *Le "more" dell'adozione dei dpcm sono "ghiotte" per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, n. 1, 2020, p. 361 s.

²⁰ Si vedano le ordinanze, in forma di decreto, del 25 e 30 gennaio; del 21 febbraio (due, di cui una di intesa con il Presidente della Regione Lombardia); del 22 febbraio (di intesa con il Presidente della Regione Veneto); del 23 febbraio (cinque, di cui una di intesa con il Presidente della Regione Lombardia, una con il Presidente della Regione Piemonte, una con il Presidente del Regione Veneto, una con il Presidente della Regione Emilia-Romagna, una con il Presidente della Regione autonoma Friuli Venezia Giulia, una con il Presidente della Regione Liguria); del 12, 14, 15, 20, 22 e 28 marzo; del 2, 3 e 26 aprile.

richiamo al d.l. n. 6 del 2020 e poi al d.l. n. 19 del 2020, nel loro tenore generale quanto alla definizione del quadro delle fonti, e poi ai successivi decreti-legge nei rispettivi ambiti di intervento, e ai DPCM intanto prodotti.

Poiché i decreti del Ministro della salute, dichiarando bensì di operare «in attuazione», sovente invece estendono le previsioni dei DPCM a fattispecie da questi non contemplate, si potrebbero qualificare come «ulteriori misure» (e talvolta questo lemma è in effetti espressamente adoperato nei testi). E, poiché il riferimento a essi recato dal d.l. n. 6 del 2020 è stato soppresso dal d.l. n. 19 del 2020, si deve ritenere che il titolo di legittimazione del potere di ordinanza del Ministro della salute continui a derivare, per questa parte, dall'art. 32 della legge 833 del 1978 (il quale, peraltro, prevede anche un potere di ordinanza del Presidente della Regione e del Sindaco «con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale»).

In realtà è arduo discernere, in concreto, a quale determinazione possa essere riconosciuto il carattere di «ulteriorità» (da ritenere perciò legittima) e quale determinazione abbia invece connotati di innovatività scevra da qualsiasi rapporto di continuazione-trascendenza rispetto alla disciplina del DPCM (da ritenere perciò illegittima): filosoficamente arduo definirlo, dommaticamente pressoché impossibile.

Né il complesso assetto venuto in essere in forza dell'originaria disciplina del d.l. n. 6 del 2020 è parso semplificato e razionalizzato attraverso la rimodulazione intervenuta, come si accennava, con il decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, inteso a rimuovere i più evidenti esiti di lesione del principio di legalità e delle riserve di legge a tutela dei diritti fondamentali implicati, a partire dalla libertà di circolazione ex art. 16 Cost., cui ha condotto il primo decreto-legge.

Il d.l. n. 19 del 2020 ha dettagliato l'elenco delle misure applicabili con ordinanza (art. 1, c. 2). Ha specificato il senso da attribuire alla formula «nelle more» dell'intervento con DPCM, laddove ha limitato «fino al momento» dell'adozione di tale atto l'efficacia di provvedimenti adottati «in casi di estrema necessità e urgenza per situazioni sopravvenute» (art. 2, c. 2), o, in ambito regionale, «in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario» verificatesi nel territorio della Regione o in parte di esso (art. 3, c. 1). Ha identificato soggettivamente il corrispondente potere nel Ministro della salute e nelle Regioni (per le Regioni, si deve ritenere nel Presidente, non potendosi postulare un'organizzazione «ministeriale», con figure assimilabili, in scala assessorile, a un «ministro competente»): art. 2, c. 2 e art. 3, c. 1. Ha tentato di apprestare una soluzione al conflitto – facilmente riconoscibile come potenziale e poi venuto effettivamente in atto – tra soggetti dell'autonomia locale, laddove ha stabilito l'inefficacia di ordinanze contingibili e urgenti dei Sindaci dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali e regionali (art. 3, c. 2). Ha soppresso, abrogando pressoché interamente il d.l. n. 6 del 2020²¹ e non riprodu-

²¹ Salvo l'art. 3, c. 6 *bis* («Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti»), e l'art. 4, recante la copertura finanziaria.

condolo per questa parte, il riferimento a «ulteriori misure»; e ha previsto invece che, al prodursi di «specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso», le Regioni «possono introdurre misure ulteriormente restrittive, tra quelle di cui all'art. 1, comma 2, esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale» (art. 3, c. 1), con ciò consentendo l'esercizio del potere di ordinanza al Presidente della Regione. L'intendimento di quest'ultimo disposto è, in tutta evidenza, di trarre di ambiguità la locuzione «ulteriori misure», sostituendo all'aggettivazione l'avverbio, apponendo la diversa aggettivazione «restrittive» e introducendo il riferimento al solo campo delle «attività di competenza» regionale, al fine di limitare, con questa escogitazione lessicale, il campo d'azione dell'agente, il «terribile agente» Presidente della Regione. Obiettivo destinato a essere mancato, anche nell'evolversi della vicenda emergenziale. Infatti, nell'immediatezza dell'introduzione della norma, il riferimento alle «attività di competenza» regionale, ha avuto ben poca capacità di contenimento dell'attivismo dei Presidenti delle Regioni, poiché, essendo la competenza in concreto implicata in prevalenza quella in materia di sanità, questa è stata da essi ritenuta senza residui nella pienezza della disponibilità regionale. Non è così, ovviamente, ma è dalla ambiguità della formula usata nel decreto-legge che deriva ogni equivoco. Non si vede, infatti, con quale legittimazione i Presidenti delle Regioni avrebbero mai potuto agire fuori delle «competenze» regionali, non fosse stato per quell'«ulteriori misure» contenuto nel d.l. n. 6 del 2020, sicché sarebbe bastato sopprimerlo con il d.l. n. 19 del 2020 per privare di fondamento gli interventi centrifughi messi in campo in sede regionale. Mentre dire di «attività di competenza» delle Regioni è altamente fuorviante: non v'è dubbio infatti che, trattandosi di una situazione qualificata come «stato di emergenza di rilievo nazionale», la competenza, per come è configurato il sistema sanitario, piuttosto che *essere sempre, non è mai* regionale. Invero, il d.lgs. n. 112 del 1998, che ha compiuto un rimarchevole trasferimento di funzioni dallo Stato alle Regioni in materia di sanità, all'art. 117, ha rapportato la competenza ad adottare misure d'urgenza alla dimensione dell'emergenza, affermando quella statale quando sia coinvolto l'intero territorio nazionale; e, all'art. 126, ha mantenuto allo Stato le funzioni amministrative in materia di profilassi internazionale²². E, anche dopo l'entrata in vigore della legge cost. n. 3 del 2001, di revisione del Titolo V della Parte Seconda, Cost., la Corte costituzionale, pronunciandosi in materia di vaccini, ma affermando un canone di portata generale: la profilassi e la prevenzione di malattie infettive «richiede necessariamente l'adozione di misure omogenee su tutto il territorio nazionale»²³. È perciò lo Stato a dover intervenire e alle Regioni incombe semmai l'obbligo, ove si determinino situazioni specifiche in ambito locale, di darne comunicazione ai sensi dell'art. 118, c. 1, lett. e) del richiamato d.lgs. n. 112 del 1998, affinché lo Stato possa esercitare avvertitamente il proprio potere di comando.

²² Notazioni in tal senso in R. BALDUZZI, *Ci voleva l'emergenza Covid-19 per scoprire che cos'è il Servizio sanitario nazionale?*, in *Amministrazione in cammino*, 10 aprile 2020.

²³ Corte costituzionale, sent. 28 novembre 2017-18 gennaio 2018, n. 5 e sent. 5 giugno-18 luglio 2019, n. 186.

Né pare si possa dubitare del fatto che l'esclusività delle competenze statali nel caso di un'emergenza sanitaria di tali dimensioni, almeno nella fase delle misure di confinamento e di blocco delle attività produttive, faccia largamente aggio sulla articolazione delle competenze in materia di protezione civile, ambito nel quale vale un principio di concorrenza tra Stato e Regioni, col temperamento della leale cooperazione²⁴; mentre tale articolazione può riprendere campo quando si tratti di porre in essere misure di deconfinamento, nella fase calante dell'emergenza, in ragione delle specifiche caratteristiche territoriali e attinenti alla composizione produttiva delle Regioni (molto della confusa situazione venutasi a creare è derivata da quel "doppio binario" nella produzione del diritto messo in opera ad avvio dell'emergenza, tra ordinanze di protezione civile e ordinanze di necessità legittimate con decreto legge).

Che senso dare allora al riferimento al potere di ordinanza regionale, come produttivo di «ulteriori misure», se non quello di una delle contorsioni della tormentata, estenuata ricerca di un compromesso con le ridondanti pulsioni regionali? A garantire la tempestività maggiore di intervento in situazioni localizzate nelle Regioni, sarebbe bastata, invero, la conservazione, in effetti avvenuta, della facoltà di intervento «nelle more», con le richiamate precisazioni restrittive introdotte dall'art. 2, c. 2, d.l. n. 19 del 2020 (e, in effetti, a tale facoltà di intervento, più volte esercitata, sarebbe possibile ricondurre anche la – legittima – determinazione, con ordinanza regionale, di «zone rosse», cioè di aree assoggettate a forme particolarmente severe di confinamento, in ambiti ristretti di singole Regioni, corrispondenti al territorio di uno o più Comuni, purché se ne comunicassero contestualmente le circostanze al Governo, quale titolare del potere a regime²⁵).

In tale già complesso scenario, è stato costruito – nel trapasso dal regime del d.l. n. 6 a quello del d.l. n. 19 del 2020 – un quadro piuttosto articolato di diritto intertemporale, conservando «gli effetti» (si deve ritenere diretti) e «gli atti» (adottati in forza) delle ordinanze prodotte nell'esercizio di un potere non più riconosciuto, stabilendo che «continuano ad applicarsi» alcuni determinati DPCM, e residualmente «le altre misure» (da identificare), ma per soli «dieci giorni»²⁶: ne risulta la necessità di una ricognizione interpretativa non agevole. E rimane l'alea dello scrutinio di legittimità, in sede giurisdizionale, degli atti conservati in vita o dei quali si afferma permanga l'efficacia e di quelli che, compiuti in forza della legittimazione

²⁴ Secondo la ricostruzione organicamente compiuta dalla Corte costituzionale con la sent. 22 ottobre-2 dicembre 2019, n. 246.

²⁵ Che in tutta la fase di adozione delle misure di confinamento sia perdurata una situazione di incertezza in ordine alla spettanza e all'articolazione territoriale dei poteri è comprovato dalle cronache giornalistiche (e dal confronto, largamente *post fastum*, sulle fonti applicabili) circa le inchieste, anche di ordine penale, sulle conseguenze della mancata tempestiva dichiarazione della «zona rossa» nella Val Seriana, in Lombardia.

²⁶ Art. 2, c. 3, d.l. n. 19 del 2020: «Sono fatti salvi gli effetti prodotti e gli atti adottati sulla base dei decreti e delle ordinanze emanati ai sensi del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, ovvero ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833. Continuano ad applicarsi nei termini originariamente previsti le misure già adottate con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri adottati in data 8 marzo 2020, 9 marzo 2020, 11 marzo 2020 e 22 marzo 2020 per come ancora vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto. Le altre misure, ancora vigenti alla stessa data, continuano ad applicarsi nel limite di ulteriori dieci giorni».

assicurata dal decreto-legge, da autorità da questo investite, hanno consumato istantaneamente i loro effetti.

Il d.l. n. 19 del 2020 aspirava, dunque, a riordinare e stabilizzare l'esercizio dei poteri di ordinanza, ponendo fine alla frammentazione e alla moltiplicazione disgiuntiva, sia al livello statale sia in ambito locale, che si era prodotta in vigore del d.l. n. 6 del 2020. Nel tempo intercorrente tra i due atti, invero, successivi decreti-legge si sono connotati per la varietà dei loro contenuti, talvolta commisti: misure dirette affidate a disposti autoapplicativi²⁷, previsioni destinate alla messa in opera da parte di autorità amministrative dotate per altro verso anche di poteri di ordinanza²⁸, attribuzione di ulteriori poteri di ordinanza²⁹.

Tuttavia, tale obiettivo si sottrae al conseguimento secondo due linee di fuga: con decreto-legge vengono attribuiti nuovi poteri di ordinanza³⁰, che vanno a rendere ancora più articolato il quadro che si è descritto; i Presidenti delle Regioni non si acconciano a tenersi entro i confini tracciati dal d.l. n. 19 del 2010, e definiscono proprie "politiche dell'emergenza" non sempre congruenti con gli orientamenti nazionali, per assecondare le pressioni provenienti dai rispettivi territori e, più genericamente, per assurgere a risorsa e presidio della sicurezza dei "popoli" regionali (in tempo di forte personalizzazione e di orientamento monocratico degli assetti ordinamentali, questo movente è fattore non trascurabile nel definire le dinamiche e il rendimento del sistema).

Tale moto centrifugo i poteri centrali, il Governo in ispecie, hanno mostrato di non saper contrastare efficacemente – specie nell'intera fase di più severo confinamento, quando molte Regioni tendevano a rispecchiare la domanda di sicurezza orientandosi a rendere più pesanti le misure governative – né in sede di contenzioso giurisdizionale, né, tantomeno, mettendo in opera le misure previste dall'art. 120 Cost., preferendo una contrattazione permanente, nella quale il quadro delle competenze è stato esposto a continue lacerazioni, e per gli eccessi di ruolo in sede regionale il rimedio unico è stato innanzi ai giudici su iniziativa

²⁷ Così il d.l. 8 marzo, n. 11, recante "Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemologica da COVID-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria".

²⁸ Si veda, a titolo esemplificativo, quanto disposto dall'art. 4, c. 1, decreto-legge n. 9 del 2020: «L'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente, con riferimento ai settori dell'energia elettrica, dell'acqua e del gas, ivi inclusi i gas diversi dal gas naturale distribuiti a mezzo di reti canalizzate, e al ciclo integrato di gestione dei rifiuti urbani, con propri provvedimenti, prevede la sospensione temporanea, fino al 30 aprile 2020, dei termini di pagamento delle fatture e degli avvisi di pagamento emessi o da emettere, per i comuni individuati nell'allegato 1 al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 1° marzo 2020».

²⁹ Si veda., a titolo esemplificativo, quanto disposto dall'art. 6, c. 1, decreto-legge n. 18 del 2020: «Fino al termine dello stato di emergenza, dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, il Capo del Dipartimento della protezione civile può disporre, nel limite delle risorse disponibili di cui al comma 10, anche su richiesta del Commissario straordinario di cui all'articolo 122, con proprio decreto, la requisizione in uso o in proprietà, da ogni soggetto pubblico o privato, di presidi sanitari e medico-chirurgici, nonché di beni mobili di qualsiasi genere, occorrenti per fronteggiare la predetta emergenza sanitaria, anche per assicurare la fornitura delle strutture e degli equipaggiamenti alle aziende sanitarie o ospedaliere ubicate sul territorio nazionale, nonché per implementare il numero di posti letto specializzati nei reparti di ricovero dei pazienti affetti da detta patologia».

³⁰ Così il decreto-legge 8 aprile 2020, n. 22, ha attribuito poteri di ordinanza al Ministro dell'istruzione e al Ministro dell'Università e della ricerca, ravvisando la necessità di «prevedere misure eccezionali in tema di svolgimento di esami di stato di abilitazione all'esercizio di professioni, nonché per assicurare la continuità, pur in costanza dell'emergenza epidemologica, delle attività formative delle Università, ivi comprese quelle pratiche e di tirocinio».

di privati. Solo nella fase di allentamento delle misure statali, quando molte Regioni – stavolta rispecchiando la crescente insofferenza per le limitazioni subite e l'ansia per la difficoltà a riprendere le attività economiche, ravvisabili nelle popolazioni – sono venute determinazioni palesemente incompatibili con la condotta ancora ispirata al principio di massima precauzione adottata dal Governo, questo ha attivato il contenzioso giudiziario³¹. Ma subito dopo si è avviata una nuova intensa contrattazione sulle “riaperture” – in linea di principio territorialmente differenziabili, ma di fatto non differenziate – delle attività produttive, nell’ambito della quale il Governo è apparso tanto generosamente propenso ad assecondare gli orientamenti delle Regioni per l’innanzi meno inclini a conformarsi alle restrizioni derivanti dal centro, da suscitare in taluno dei “Governatori” il sospetto – dichiarato – di un discarico di responsabilità (a riprova di quanto sia diventato difficile mestiere, al cospetto della pandemia e delle sue conseguenze, interpretare e assecondare le preferenze delle basi elettorali, nella competizione tra livelli di governo).

Nel coacervo di poteri di ordinanza che si è venuto così a determinare non è, dunque, affatto agevole districare sovrapposizioni, anche di piani temporali, e sceverare competenze, anche lungo la linea centro-periferia. E la metafora – rassicurante per chi sia tenuto, per proprio statuto scientifico, a scrutare nei fenomeni ogni segno di razionalità giuridica – della «catena normativa», come sequenza di connessioni giustificanti³², dovuta a un’elaborazione con ascendenze kelseniane, non riesce ad attagliarsi a una realtà in cui la produzione del diritto è piuttosto una sorta di flusso per linee spezzate che scaturisce in un delta reticolare.

Né il tentativo, finemente argomentato, di individuare qualche elemento di razionalizzazione, per ricondurre il fenomeno a sistema, nella produzione delle ordinanze in forma di DPCM, identificandone la «doppia legittimazione», nel Codice della protezione civile e in ciascun decreto-legge che ne reca la specifica previsione³³, pare conseguire lo scopo.

Invero, se si guarda allo scenario descritto dal punto di vista della conformazione delle norme sulla produzione, e delle dinamiche che ne conseguono, si ravvisa una congerie differenziata anche all’interno di serie di atti con il medesimo *nomen*, una tipologia messa in campo su fondamenti tenuti distinti senza alcun percepibile orientamento all’integrazione (o senza la consapevolezza di quanto sarebbe utile, se non necessaria, l’integrazione). Né gli elementi testuali sembrano soccorrere e offrire dati univoci: i decreti-legge, nell’attribuire poteri di ordinanza al Presidente del Consiglio, non recano alcun riferimento alla dichiarazione

³¹ Nel caso della Calabria, ottenendo l’annullamento dell’ordinanza relativa alla ripresa dell’attività di ristorazione: il TAR della Calabria, Sezione Prima, sent. 9 Maggio 2020, n. 841 ha, tra l’altro, limpidamente affermato che il potere di ordinanza del Presidente della Regione si esercita solo «nelle more» dell’intervento statale (art. 3, c. 1, d.l. n. 19 del 2020).

³² La figura è opportunamente richiamata per proporre una ricostruzione razionalizzante da M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo, Consulta Online*, 11 aprile 2020, p. 1 s. Fa ricorso alla medesima metafora L. FABIANO, *La catena della normazione emergenziale in risposta alle minacce di diffusione del Covid 19. Riflessioni sulla tenuta in termini di legittimità e di opportunità delle scelte normative del Governo italiano*, in *BioDiritto*, 16 marzo 2020.

³³ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., p. 12. Posizione analoga, assumendo la «duplice legittimazione» dei DPCM, «una basata sul primo decreto legge, l’altra in quanto ordinanze di protezione civile», ma espressa in forma dubitativa, già in B. CARAVITA, *L’Italia al tempo del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, editoriale, 18 marzo 2020, p. VII.

dello stato di emergenza sanitaria nazionale, che è invece il presupposto necessario affinché possano essere riconosciuti analoghi poteri in forza del Codice della protezione civile, ma solo alla dichiarazione, da parte dell'Organizzazione mondiale della sanità, dell'epidemia come «emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale», prima, e di «pandemia» successivamente. I DPCM, a loro volta, fanno richiamo alla dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria nazionale, ma senza alcun riferimento al Codice della protezione civile, sicché quel richiamo è a una circostanza fattuale, non a un presupposto normativo abilitante, che può al più valere a definire il termine finale di efficacia delle misure.

L'opera di razionalizzazione sistematica – già generosamente tentata e sicuramente necessaria e nella quale perseverare – è molto difficile, ed è probabile che potrà dirsi compiuta solo *ex post*, quando di questo processo, di queste modalità confuse e sovrapposte di produzione del diritto sarà stato possibile svolgere l'analisi empirica, e quando le giurisdizioni ne avranno compiuto la vagliatura. Mentre non si può aspirare a definizioni dommatiche prescrittive, adesso, ma solo tentare ipotesi su plausibili composizioni. Anche perché i decisori politici non hanno mai posto mente ad esigenze di coerenza sistemica degli interventi, lasciandosi sospingere da impulsi quotidianamente variabili, non di rado contraddittori, che hanno condotto all'impiego differenziato di atti che potremmo essere indotti ad ascrivere a una medesima categoria, e che invece si rivelano proteiformi. E non poteva che essere così, per una connotazione culturale dominante, la quale si è espressa nella circostanza di non comprendere mai, nei folli e non pochi collegi chiamati a far da supporto ai legislatori e agli attuatori delle determinazioni di rango legislativo, giuristi dotati di competenze specifiche nella scrittura delle norme in un quadro sistematico consapevole. Sicché le varie esigenze di intervento settoriale – di ambito medico, epidemiologico, economico-produttivo, finanziario – si sono manifestate, senza argini, in pretese di traduzione immediata in disposizione normativa senza alcuna propensione a lasciarsi contenere in un quadro di coerente compatibilità, al quale nessuno era presente a fare richiamo. E il processo di integrazione politica, di cui sempre l'atto di produzione del diritto costituisce l'esito, si è incagliato in compromessi imperfetti e in composizioni deboli o solo apparenti.

Dinnanzi a tanto, è solo possibile tenere saldi alcuni punti di orientamento, di tipo in prevalenza metodologico: non concepire, come si diceva, la necessità come fonte autonoma del diritto, neppure di questo diritto così frammentato, di cui è difficile seguire la trama, perché non vi sono, nei fatti che è dato osservare, ragioni che possano indurre a non riportare il fenomeno nella sfera deontica della Costituzione come norma; non ritenere che la difettosa qualità strutturale (strutturale: non si tratta dunque certo solo di infelicità di scrittura) della normazione prodotta, lungo la linea legge-ordinanza di necessità, sia in sé una lesione costituzionale (potrebbe condurre a un disallineamento solo se la disfunzionalità fosse così estrema da tradursi in perdita radicale e irrimediabile di ragionevolezza).

3. Profili di disallineamento dalla Costituzione

Ma, proprio se si ritiene che neppure nella presente temperie possa darsi campo alla teoria della necessità come fonte, viene in primissimo piano la verifica sulla corrispondenza ai limiti

costituzionali delle modalità e dei contenuti del diritto prodotto, e sulla funzionalità degli strumenti posti dalla Costituzione a garanzia delle libertà fondamentali implicate, non essendovi – come si diceva in avvio – alcuno stato di eccezione che possa rendere accettabile pretermettere tali limiti e tali garanzie. In particolare, è venuta in luce la questione della lesione delle riserve di legge, a partire da quella dettata in materia di libertà di circolazione, e del principio di legalità, a opera del decreto-legge e delle ordinanze di necessità. È acquisito, sin dai primi commenti, il convincimento che il d.l. n. 6 del 2020 non si sia allineato o si sia mostrato difficile da allineare, da questo punto di vista, ai parametri costituzionali, essendo «meramente attributivo di potere»³⁴ all'Esecutivo, o recante «una sorta di delega in bianco» alle autorità competenti³⁵ (ove il riferimento alla «delega» è improprio, mentre è congruo quello al troppo ampio campo d'azione lasciato alle – non compiutamente identificate – «autorità competenti», un potere, questo sì, effettivamente pressoché «in bianco»³⁶), o tale da stabilire una «fattispecie aperta»³⁷, che si giustifica attribuendo «primario rilievo costituzionale» alla «funzione ... di proteggere la sicurezza nazionale»³⁸, trovando il suo limite «nei confini dello stesso fatto emergenziale»³⁹, o qualificando la sicurezza come «valore superprimario»⁴⁰, o solo attribuendo alla riserva di legge contenuta nell'art. 16 Cost. carattere «relativo»⁴¹. La difficoltà ad allineare alla Costituzione il modello apprestato dal d.l. n. 6 del 2020 si manifesta nella opposizione – talora proposta – tra la «legittimità *formale* dei provvedimenti governativi», da ritenersi ferma, e necessità di «bilanciamento *sostanziale* coerente ... con il modello costituzionale di garanzia delle libertà fondamentali», da sottoporre a puntuale verifica⁴²: ma a scivolare lungo la china della alternativa forma-sostanza forse non si arriva molto lontano, seguendo un percorso impervio e teoricamente incerto, dal semplice scrutinio di legittimità dei DPCM, atti amministrativi (in senso proprio, cioè imputati soggettivamente a chi operi come autorità amministrativa e in forme proprie dell'attività amministrativa, siano essi norma-

³⁴ G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *unicost.eu*, 10 aprile 2020, par. 3.

³⁵ P. CARROZZINO, *Libertà di circolazione e soggiorno, principio di legalità e gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in *Osservatorio AIC*, n. 3, 2020, p. 10 s.

³⁶ L.A. MAZZAROLLI, «Riserva di legge» e «principio di legalità» *in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passa a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio conseguente strapotere alle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost, per tacer d'altri*, in *federalismi.it*, *Osservatorio Emergenza Covid-19*, 2020, p. 12 s., il quale adopera peraltro anch'egli lo schema della delega, per dire che sarebbe malamente applicato, e pervenendo a discorrere di «un decreto legge ... di delega» (ivi, p. 13)

³⁷ E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus*, in *BioDiritto*, 18 marzo 2020, p. 8.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Ivi, p. 5.

⁴⁰ Ivi i richiami a G. CERRINA FERONI, G. MORBIDELLI, *La sicurezza: un valore superprimario*, in *Percorsi costituzionali*, 2008, n. 1, p. 31 s. e a T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale alla sicurezza*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2006.

⁴¹ A. CANDIDO, *Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione al tempo del COVID-19*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 10 marzo 2020, p. 6.

⁴² R. DI MARIA, *Il binomio "riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali" in tempo di COVID-19: una questione non soltanto "di principio"*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, n. 1, 30 marzo 2020, p. 511.

tivi o non), sotto il profilo dell'eccesso di potere per deviazione dallo scopo legislativamente definito.

Il d.l. n. 19 del 2020 ha tentato di apprestare rimedi a tali difficoltà di allineamento costituzionale dei moduli di produzione del diritto disegnati dal d.l. n. 6 del 2020: del che – nell'ambito di un dibattito concitato e poco sedimentato, quanto concitata e poco sedimentata è la produzione del diritto in questa difficile fase – non è mancato né il riconoscimento⁴³ né la denegazione⁴⁴.

Ora, come si è qui innanzi rilevato, la nuova formulazione dei disposti sulle determinazioni «ulteriori» e sugli interventi «nelle more» non sono in sé risolutive, essendo largamente imperfette quanto alla tecnica di normazione. Tuttavia, non si deve trascurare la circostanza che, ricostruendo la *ratio* delle nuove norme anche nella considerazione del passaggio a esse dai precedenti enunciati travolti dall'abrogazione, si offrano alla giurisdizione non trascurabili possibilità di razionalizzazione, anche nella verifica della proporzionalità delle misure emergenziali⁴⁵.

Verifica tanto più impegnativa – ma irrinunciabile – anche per la portata e l'estensione delle limitazioni di libertà fondamentali che la normazione dell'emergenza implica.

È, invero, anzitutto agevole notare come dalla restrizione della libertà di circolazione, che deriva in prima istanza dalle misure di confinamento, si irradiano limitazioni di altri diritti fondamentali: riunione, religione, istruzione, corrispondenza, intrapresa economica, lavoro, sciopero, variamente declinati nella nostra come in tutte le Costituzioni nell'ambito della forma di Stato democratica. Sicché, dapprima il decisore politico, poi i giudici, e in ultima istanza la Corte costituzionale sono chiamati a una difficile opera di bilanciamento.

È invece rimasto, per gran parte, sullo sfondo oscuro delle concettualizzazioni che sono state offerte dello scenario politico-istituzionale della pandemia (alcune delle quali indulgenti al paradosso e intese a *épater* senza costruito) – ma è destinato a venire in piena luce con l'elaborazione e la messa in campo di quanto necessario per la ripresa economica e civile – il carattere di potente moltiplicatore delle diseguaglianze proprio delle misure di confinamento. Diverse, molto diverse, sono le condizioni materiali nelle quali esse hanno inciso. Condizioni materiali che possono anche arrivare a picchi estremi di disfavore: essere astretti in spazi limitati e sovraffollati in aree urbane degradate; avere lavori che pretendono presen-

⁴³ A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, n. 1, 4 aprile 2020, p. 520: « ... La funzione principale del nuovo decreto-legge è quella di fornire una più solida base legale ai precedenti e ai futuri provvedimenti governativi volti a fronteggiare l'emergenza».

⁴⁴ Cfr. D. TRABUCCO, *Sull'(ab)uso dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri al tempo del Coronavirus: tra legalità formale e legalità sostanziale*, in *Astrid Rassegna*, n. 5, 2020, p. 13: « ... La lettura del nuovo decreto-legge porta a concludere negativamente riguardo al rispetto del principio di legalità formale ... rimanendo aperte le criticità espresse»; M. BORGATO, *Prime riflessioni sulle ordinanze contingibili ed urgenti dopo il [d.l.] 25 marzo 2020, n. 19*, in *Astrid Rassegna*, n. 5, 2020, p. 9: il d.l. n. 19 del 2020 è bensì «un provvedimento doveroso per far fronte al "cortocircuito di ordinanze" che si era venuto a creare», e tuttavia persiste «il fondato dubbio se le misure adottate per il contenimento del contagio da Covid-19 a seguito dell'adozione di queste fonti del diritto *extra ordinem* siano legittime».

⁴⁵ Giudizio di certo possibile, come rileva M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 7.

za fisica nell'ambito dell'economia "informale", e perciò perderli senza rimedio o vederli spesi fino a chissà quando; avere scarsa o nulla disponibilità delle piattaforme digitali, disponibilità necessaria a garantire un livello adeguato di accesso all'istruzione; essere donne lavoratrici, e vedere sommato il lavoro a distanza al lavoro di cura (che di fatto sulle donne in netta prevalenza incombe), senza più sostegni esterni alla famiglia (anche su questo versante le mitologie del «lavoro agile» come strumento di liberazione si sono infrante sulle durezze della realtà del mercato del lavoro e della organizzazione dei servizi).

Ma, al di là di quanto si possa considerare circa le condizioni di particolare svantaggio – alcune delle quali sono però significativamente diffuse in ampie aree del Paese o generalizzate in contesti suburbani – in ciascuno degli ambiti appena menzionati, il parametro costituzionale chiamato in causa, per considerare tutta la gamma delle diversità di esito delle misure adottate e valutare la soglia oltre la quale esse siano irragionevoli, è quello della «pari dignità sociale», affermato dall'art. 3 Cost.: è inevitabile che, nelle condizioni date, sia così, pur nella consapevolezza della cautela con la quale questo «criterio» deve essere adoperato⁴⁶.

Né può esservi dubbio che al valore della «pari dignità sociale», per il carattere necessariamente indifferenziato delle misure di confinamento, queste abbiano ampiamente derogato: ecco la vera rottura della Costituzione, una rottura-sospensione (che non deriva certo da un presunto «stato di eccezione» che in realtà non sussiste).

Dal che alcune conseguenze.

Se di rottura costituzionale si tratta, essa, per la conservazione dell'integrità dell'ordinamento, deve avere durata limitata, fissata nello stretto apprezzamento delle circostanze di fatto che la giustificano.

È ora «compito della Repubblica» rimuovere le diseguaglianze derivanti dal diritto dell'emergenza sanitaria prodotto nel corso della pandemia, o da esso accentuate, e a tale scopo dovranno essere orientate in via prioritaria le risorse che si renderanno disponibili per la ripresa. Date le circostanze, lo Stato vede accentuarsi la sua funzione di soggetto redistributore. Ma questo è un fattore conferente solo in potenza a un'efficace opera di rimozione delle diseguaglianze originarie o prodotte dagli interventi intesi a fronteggiare la pandemia. Infatti, per ricondurre il sistema nell'alveo costituzionale, sarà necessario mutare radicalmente di segno le politiche pubbliche, con strumenti adeguati, ancora largamente da forgiare.

4. Diritto dell'emergenza e rivelazione dei vizi strutturali del sistema

La produzione del diritto dell'emergenza sanitaria, nei suoi punti di forza e nei suoi insuccessi, ha messo sotto forte pressione l'intero ordinamento, rivelandone le debolezze, alcune largamente note, altre forse più occulte o addirittura insospettate. La ricostituzione dell'integrità

⁴⁶ Avverte Augusto Cerri – allo specifico fine, che può non condividersi, di assimilare certe condizioni di confinamento a limitazioni della libertà personale, con «risultati non molto diversi, nella loro materialità, rispetto ad una misura come la detenzione domiciliare» – che il criterio della «pari dignità sociale» è «risorsa ultima da impiegare con cautela, per la sua non assoluta precisione», e che «il garantismo certo è amico dei concetti precisi», e tuttavia esso «talvolta rischia di implodere nelle sue eccessive pretese»: A. CERRI, *Spunti e riflessioni minime a partire dall'emergenza sanitaria*, in *Nomos*, n. 1, 2020.

del sistema, nei suoi equilibri economici e istituzionali, non sarà possibile senza aggredire tali punti critici e sciogliere i nodi.

4.1 Inefficienza del sistema amministrativo

Il primo nodo, primo per immediata evidenza già nei giorni dell'acquisizione dei presidi sanitari, è quello dell'efficienza del sistema amministrativo, della capacità di conseguire gli obiettivi con una strumentazione adeguata, nell'acquisizione di beni, nell'erogazione di servizi, nella distribuzione di risorse.

Benché si sia operato, come nell'ordine delle cose nella fase dell'emergenza, con modalità "in deroga", i problemi strutturali delle amministrazioni pubbliche sono egualmente riemersi in tutta la loro cruda evidenza. E poiché il carico che si prospetta per gli apparati nella fase delle "ricostruzione", sia per la portata delle determinazioni da adottare sia per le dimensioni economiche implicate, è straordinario e senza precedenti in qualsiasi altra fase nella storia della Repubblica, alcune scelte innovative si impongono.

Di certo, non è pensabile adesso un intervento riformatore organico: davvero non c'è tempo e davvero non vi sono le condizioni per porre rimedio a decenni di normazioni ondivaghe, con ispirazioni generali diverse e non conciliabili, che si sono succedute talvolta in stretta contraddittoria sequenza. Non c'è tempo per porre rimedio, a regime, a una delle più resistenti conseguenze di questo antico vizio del decisore politico: il maturare di una *mentalità* nei pubblici funzionari, intesa a mettersi al riparo dalle responsabilità; poiché il peso della responsabilità è stato reso, in una linea di sviluppo protrattasi per decenni, sempre più insostenibile, in quanto imprevedibile nel suo prodursi. La *mentalità*⁴⁷ – nella specie, una visione generale collettiva, una percezione del proprio rapporto con il contesto amministrativo di riferimento – ci dice ciò che un apparato veramente è nella sua concretezza, e costituisce il punto di più tenace impermeabilità all'innovazione. Si può intervenire – come pure sarebbe urgente, ammesso che lo si voglia e che si sia capaci di farlo – sulla qualità dei pubblici funzionari, puntando sulla formazione permanente e sulla valutazione (non quella burocratizzata e tendente a una "premiabilità" tendenzialmente indifferenziata, o, quando differenziata, improntata a criteri irragionevoli e arbitrari, che la destinano al fallimento). Più difficile, molto più difficile, è aggredire la vischiosa resistenza della *mentalità*. Ma, se non è possibile una rivoluzione culturale, un mutamento profondo su tale versante, una trasformazione che sia affidata a tempi storici su una congiuntura non breve, è tuttavia possibile *tenere conto* di questo fattore. E se esso trova radice, come si diceva, nel peso della responsabilità e nell'incertezza de-

⁴⁷ Il dato culturale è in prevalenza del tutto negletto nelle analisi degli apparati amministrativi e del loro funzionamento svolte in vista di interventi di normazione riorganizzatrice. Eppure, il dato storico della *mentalità*, da integrare con l'approccio aziendalistico per moderarne di questo l'eccesso di astrazione modellistica, che ha condotto a qualche visibile fallimento, avrebbe qualche utile indicazione da dare. E forse all'osservatore giuridico potrebbero venire indicazioni preziose, almeno sul piano metodologico, da quel filone di studi che ha considerato i «quadri mentali collettivi» come un fattore appartenente alla «lunga durata» della storia, filone che trae la sua radice più risalente da M. BLOCH, *Les rois thaumaturges. Étude sur le caractère surnaturel attribué à la puissance royale particulièrement en France et en Angleterre*, Paris et Strasbourg 1924, trad. it. *I re taumaturghi*, Torino 1973, e poi da L. FEBVRE, *Le problème de l'incroyance au XVI^e siècle. La religion de Rabelais*, Paris 1942, e che rimarca gran peso in tutto l'arco della storiografia del Novecento.

gli elementi dai quali essa deriva, protrattesi per qualche decennio, si tratta di prendere misure pratiche, già nel disciplinare gli interventi che dovranno essere messi in opera nella fase dell'emergenza e della post-emergenza: limitare la responsabilità al dolo, escludendola per la colpa; rendere chiari e precisi i presupposti per l'erogazione delle risorse e ridurre il campo degli accertamenti *ex ante*, dando rilievo alle dichiarazioni dei destinatari (salve sanzioni successive per i casi di falso, severe e di applicazione certa); semplificare e sburocratizzare i controlli anticorruzione, che si sono tradotti in appesantimento dei procedimenti e nella moltiplicazione dei punti di blocco, nei quali sempre la corruzione si annida e dove opera il funzionario attratto dall'accresciuto prezzo di mercato della sua infedeltà.

4.2. Eccessi monocratici e asimmetrie nell'ordinamento regionale

Il secondo nodo è quello del potenziale di disfunzione derivante dallo specifico assetto regionale del tipo di Stato in Italia.

In una delle vistose oscillazioni del sentimento politico nei confronti delle Regioni, oggi se ne invoca un ridimensionamento radicale, giudicando intollerabile l'eccesso di ruolo dei Presidenti. Mentre ieri questi erano denominati "Governatori" (anche adesso, ma il lemma comincia ad acquisire un'accezione negativa) non solo in sede giornalistica, dando credito alla loro capacità decisionale al confronto di un potere centrale mediamente imbecille, e si discuteva solo se la devoluzione di ulteriori risorse e di ulteriori funzioni verso il livello regionale potesse essere "differenziato" e diseguale lungo la linea di demarcazione Nord-Sud. Mentre, ancora, ieri l'altro si invocava, senza suscitare particolari sussulti, la soppressione delle Regioni, al cospetto delle inchieste giudiziarie in Lombardia, in Veneto, nel Lazio, e allo spaccato di cattivo e improprio uso delle risorse e di ridondanza e inefficienza degli apparati. Ogni volta immemori di quanto accaduto e proposto non tanto lungo tempo innanzi da giustificare siffatti mutamenti di registro.

Vero è che in Italia si è venuta manifestando una nuova "questione regionale", che ha preso avvio dalla "torsione monocratica" della forma di governo, sotto l'onda di quanto era avvenuto con l'elezione diretta dei Sindaci, e poi si è proposta nel "federalismo immaginario" fatto balenare, come puro riflesso ideologico, nelle vicende seguite alla revisione del Titolo V della Parte II della Costituzione e poi nei tentativi – non pervenuti a esito – di attuare l'art. 119 Cost. in forma di "federalismo fiscale".

Di essa e delle sue cause si è data, nei giorni della pandemia, una lettura semplificatrice: tutti i mali, o la parte preponderante di essi, deriverebbero dalla revisione costituzionale del 2001. La classe politica al governo, scontentata innanzi all'inerzia dei tentativi di introdurre riforme di sistema, pur ritenute necessarie, e incalzata da spinte secessioniste (quanto realmente sorrette da forze adeguate a portarle a effetto o quanto prodotte da ideologismi velleitari non si seppe allora discernere, né è utile discernere adesso per esercizio controfattuale), diede eccessivo campo, riscrivendo il Titolo V della Parte II della Costituzione, alle Regioni, divenute il fulcro del sistema, con la conseguente disarticolazione dello Stato centrale. Corollario: basterebbe rimettere mano – con legge di revisione, *of course* – a quell'infelice riassetto per riportare tutto sui binari di un'efficiente statalità.

Ma falso è il presupposto, erronea la conseguenza che se ne trae.

La revisione del 2001 non fu cattiva legge per essere troppo regionalista o addirittura per spingersi ai confini del federalismo.

Nel nuovo Titolo V la competenza generale residuale delle Regioni, al cospetto di competenze statali elencate – che evoca suggestivamente il federalismo di stampo “americano” – mentre è enunciata, con quella certa solennità assertiva delle proposizioni generali contenute nelle leggi-manifesto, nel quarto comma del nuovo articolo 117 Cost., è contestualmente rinnegata nei dettagli del secondo comma dello stesso articolo, ove sono attribuite in via esclusiva allo Stato competenze trasversali il cui esercizio è idoneo a impedire l'autonoma produzione di politiche regionali in settori chiave dell'ordinamento. E nelle mani dello Stato è rimasta integra la leva finanziaria. Ancora, è lo Stato ad avere il controllo sostitutivo sugli organi quando sia in gioco la sua responsabilità internazionale e in sede europea o quando siano messe gravemente in pericolo l'incolumità o la sicurezza pubblica (art. 120). Ed è allo Stato che spetta il potere di sciogliere il Consiglio della Regione o rimuoverne il Presidente, non solo nel caso del compimento di atti contrari alla Costituzione o di gravi violazioni di legge, ma anche per ragioni di sicurezza nazionale (art. 126). Se ci si volesse esercitare in un'attualizzazione delle categorie schmittiane – come è purtroppo corvivamente nell'uso – si potrebbe ritenere che in Italia non vi sia mai stata una dislocazione di sovranità per linee centrifughe, poiché sovrano esclusivo è rimasto lo Stato, che decide nello stato di eccezione.

La legge del 2001 fu, invece, cattiva legge perché costruita per disorganico assemblaggio di enunciati messi in campo su spinte diverse e non conciliabili e, in ispecie quanto alla definizione delle sfere di competenza di Stato e Regioni, perché non costruita sulla base razionale dell'«analisi delle funzioni». L'analisi delle funzioni: in Italia se ne è perso il concetto, essendo stata intravista l'ultima volta in territori contigui ai legislatori negli anni Settanta del secolo scorso, quando si produsse il maggiore trasferimento di competenze dallo Stato alle Regioni (l'unico meditato trasferimento, poi ritrattato con tanta microlegislazione e tanta legislazione di settore). L'analisi delle funzioni: quando si propone una dislocazione dallo Stato alle Regioni (o, più correttamente e in più piena conformità alla Costituzione, dallo Stato al sistema delle autonomie), occorre che il decisore politico risponda alla domanda «perché trasferire?», e in connessione «quanto trasferire?». Occorre cioè stabilire quale sia la dimensione “obiettiva” della funzione, quale la dimensione dell'interesse implicato dal suo esercizio, quale di conseguenza il livello territoriale migliore al quale allocarla. Oggi sappiamo che la tecnica elaborata e messa in opera in quei pochi anni di espansione intensa dei poteri regionali, prima del riflusso che immediatamente seguì, incentrata sull'analisi integrata competenze-procedimenti, deve essere affinata in chiave interdisciplinare: gli economisti possono preliminarmente fornire elementi utili a stabilire se, nell'esercizio di una determinata funzione in un determinato contesto regionale, le ragioni dell'«economia di scopo» prevalgano su quelle dell'«economia di scala», in tal caso rendendosi efficiente il trasferimento verso la Regione, che viceversa sarebbe controindicato. Gli storici, gli scienziati sociali e della politica (e i costituzionalisti, anche su questo versante, per lo statuto specifico della loro competenza di giuristi) possono aiutare a identificare le competenze che tocchino un bene pubblico di natura tale da coinvolgere l'identità nazionale o che tocchino direttamente beni vitali, com-

petenze da conservare saldamente allo Stato: si pensi a “materie” quali l’ambiente, i beni culturali, le infrastrutture, l’istruzione, la salute.

L’analisi delle funzioni, pretermessa anche in sede di revisione costituzionale, non è stata neppure lontanamente adombrata nelle recenti proposte di “differenziazione” del regionalismo, avanzate in ispecie da tre Regioni del Nord (Lombardia, Veneto, Emilia-Romagna), viziate da conclamato strumentalismo: volendo ottenere l’attribuzione della più alta quota possibile di entrate erariali provenienti da contribuenti aventi sede nel territorio di ciascuna di tali Regioni, il trasferimento delle funzioni è stato visto come il veicolo per conseguire tale risultato, secondo il principio “le risorse seguono le competenze”⁴⁸. È evidente che si tratta di un rovesciamento distorsivo di prospettiva: si pretende il trasferimento delle somme che attualmente lo Stato spende per ciascuno dei servizi di cui si prefigura la dislocazione, laddove, in sede di analisi delle funzioni e in vista di un’eventuale decisione riallocativa, bisognerebbe misurare piuttosto quanto lo Stato risparmierebbe nel fornire esso stesso quel servizio invece di attribuirlo alla singola Regione.

Peraltro, quanto agli assunti circa la dislocazione “ottimale”, occorrerebbe sottoporre a verifica, sulla base di parametri obiettivi e dell’analisi di contesto da parte di soggetti indipendenti, certi assiomi, espressi del tutto apoditticamente e con la selezione arbitraria dei dati, circa la “maggiore efficienza” dei servizi in alcune Regioni. Soprattutto, nulla è detto del-

⁴⁸ Il punto di forza teorico messo a base di tale pretesa riallocativa si incentra sul concetto di «residuo fiscale»: tra la somma dei tributi pagati in ciascuna delle Regioni del Nord (segnatamente, in tre di esse, le più “ricche e produttive”, Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna: nelle quali tutte ora la pandemia ha il maggiore impatto) e la spesa pubblica erogata in quelle medesime Regioni – si assume – v’è una differenza positiva. I tributi pagati eccedono largamente la spesa; tale differenza è il «residuo fiscale», che è quanto le Regioni del Sud hanno sottratto e sottraggono a quelle del Nord, e che perciò debbono a esse «restituire». In realtà, nell’accezione che viene proposta dagli epigoni italiani, quello di «residuo fiscale», è un pseudoconcetto. Nel suo contesto teorico proprio – come definito da James M. Buchanan (*Federalism and fiscal equity*, in *American Economic Review*, vol. 40, 1950, n. 4, p. 583 ss.), che lo ha originariamente elaborato – il «residuo fiscale» è, infatti, inteso a identificare un parametro idoneo a valutare l’adeguatezza dell’attività redistributiva del decisore pubblico, sul presupposto che residui fiscali derivanti semplicemente dalla presenza in un determinato territorio di cittadini dotati di maggior reddito sono bensì eticamente giustificati, ma al decisore politico spetta garantire che, a parità di reddito, i cittadini ricevano eguale trattamento in qualsiasi parte del territorio dello Stato intendano risiedere. Insomma, ha senso solo se viene adoperato per fondare politiche perequative, intervenendo sulle diseguaglianze misurabili su scala territoriale, per rimuoverle. Perciò, una volta misurato (e accertato che effettivamente sussista), esso non potrebbe giustificare alcuna «restituzione» del Sud al Nord; al contrario, dovrebbe condurre a un flusso di risorse statali verso il Sud. Ma, benché l’approccio incentrato sul «residuo fiscale» fosse largamente screditato, in sede scientifica e politica, già prima della pandemia, e considerando che, secondo l’ordine logico delle cose, dovrebbe avere oggi ancora minor campo, non mancano rinnovati, irriducibili richiami a esso, assumendo che la «restituzione» di una massa finanziaria a esso corrispondente potrebbe consentire alle Regioni del Nord più colpite di fronteggiare le conseguenze della pandemia. Per esemplificazione: sul portale della Regione Veneto si legge, sotto la data del 29 aprile 2020, il comunicato n. 637, che dà conto di una dichiarazione dell’assessore regionale al bilancio, nella quale, mentre lamenta la carenza di risorse statali per «commercianti, artigiani, piccoli imprenditori», egli rileva come i medesimi imprenditori «pagano regolarmente le tasse e viene da chiedersi come vengano distribuite le risorse che derivano dal nostro residuo fiscale»; il Presidente della Provincia di Bolzano detta all’ANSA una dichiarazione secondo la quale sarebbe opportuno per «le aree del Nord, con Lombardia e Milano su tutte», che «vantano un residuo fiscale tale da poter uscire dalla crisi in autonomia», sospendere i «versamenti allo Stato» del gettito delle entrate erariali (l’esternazione è riportata in un sito denominato *milanocittastato.it*); voci di analogo tenore si rinvengono nelle rassegne della stampa locale, specie in area lombarda e veneta. Tutto ciò mostra il perdurare di un sentimento che ripropone linee centrifughe in controtendenza con le evidenze empiriche, dalle quali si evince il deficit di capacità reattiva dei sistemi sanitari, prima, di quelli economici poi, se isolati nella loro identità di “piccole patrie economiche”.

la sostenibilità organizzativa di nuove funzioni e di quelle già dislocate, col rischio che gli apparati locali collassino o che si mettano in opera modelli di gestione destinati a rivelarsi, nel tempo, gravemente disfunzionali, in assenza di qualsiasi analisi di impatto.

Ora è accaduto che un agente assolutamente imparziale, imparziale e del tutto libero da pregiudizio ideologico quanto nessun altro mai nella vicenda repubblicana e nella storia delle controverse e frastagliate relazioni Stato-Regioni, ha compiuto un'impeccabile analisi delle funzioni e un'incontrovertibile analisi di impatto: il Covid-19.

E si è così scoperto che mai si sarebbe dovuto attribuire alle Regioni un margine così ampio di autonomia in materia sanitaria, tanto ampio da poter costruire sistemi di scala regionale inadeguati innanzi a eventi quali le epidemie e tanto diseguali e lesivi delle connotazioni nazionali del servizio⁴⁹. Mentre nelle mani dello Stato è rimasta la leva finanziaria; e dallo Stato sono venute politiche di restrizione delle risorse destinate alla sanità pubblica⁵⁰. La pandemia ha fatto emergere con maggiore evidenza i punti critici del sistema, e tra essi i grandi squilibri territoriali, specie lungo la linea di demarcazione Nord-Sud⁵¹.

Da ciò si deve conseguentemente ricavare: mentre è assai difficile, nella temperie presente, tornare indietro quanto alla disciplina della forma di governo regionale, rimediando alla torsione monocratica del sistema, della quale ora si vedono gli effetti non desiderabili (ed essendo d'altronde l'eccesso di ruolo dei Presidenti largamente ascrivibile alle debolezze del decisore centrale, che avrebbe avuto tutti gli strumenti istituzionali per contrastarlo, ma non li ha adoperati), e mentre l'idea di una compressione radicale dell'autonomia regionale non può trovare campo essendo lesiva del principio fondamentale affermato dall'art. 5 Cost.,

⁴⁹ Sulla «proliferazione di molteplici modelli di erogazione di prestazioni sanitarie», L. BUSCEMA, *Emergenza sanitaria (inter)nazionale e regionalismo (differenziato): un ossimoro?*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, n. 1, 2020, p. 408; sul rischio di un ulteriore aumento delle diseguglianze in ragione della distribuzione di nuove risorse per far fronte alle conseguenze della pandemia, C. CIARDO, *Il servizio sanitario nazionale alla prova dell'emergenza Covid-19: il rischio di una sanità disuguale*, in *BioDiritto*, n. 2, 2020.

⁵⁰ La Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, *Rapporto 2020 sul coordinamento della finanza pubblica*, 15 maggio 2020, rileva come persista «nel confronto internazionale l'andamento che l'Italia ha fatto registrare tra il 2009 e il 2018: una riduzione, in termini reali, delle risorse destinate alla sanità particolarmente consistente. La spesa pro capite a prezzi costanti (prezzi 2010) è passata, infatti, da 1.893 a 1.746 euro, con una riduzione media annua di 8 decimi di punto ... Ne derivano divari consistenti in termini di spesa sanitaria pubblica pro capite (espressa in parità del potere d'acquisto). Secondo le stime dell'Ocse, nel 2018 la spesa pro capite era in Germania e in Francia, rispettivamente, doppia e superiore del 60 per cento a quella italiana ...» (p. 289). Il sistema sanitario italiano, che è «riconosciuto come uno ... dei più efficaci tra i Paesi industrializzati» – rileva la Corte dei conti – si conferma anche «tra i più efficienti», proprio «visto il limitato livello di risorse mobilitate» (p. 287). Ed è crescente la spesa gravante sulle famiglie: «... La prolungata attenzione sul fronte della spesa, i processi di riorganizzazione delle strutture sanitarie sul territorio e le difficoltà di adeguare l'offerta pubblica al mutare delle caratteristiche della domanda di assistenza si sono riflessi ... in un ampliamento della spesa a carico delle famiglie che tra il 2012 e il 2018 ha continuato a crescere ... La spesa sanitaria diretta delle famiglie è cresciuta tra il 2012 e il 2018 del 14,1 per cento contro il 4,54 per cento di quella delle Amministrazioni pubbliche. Di rilievo la crescita anche di quella coperta da regimi di finanziamento volontari (+31,5 per cento» (p. 290).

⁵¹ « ... differenze inaccettabili nella qualità dei servizi offerti nelle diverse aree del Paese; ... carenze di personale dovute a vincoli posti nella fase di risanamento, ai limiti nella programmazione delle risorse professionali necessarie ma, anche, ad una fuga progressiva dal sistema pubblico; ... insufficienze della assistenza territoriale a fronte del crescente fenomeno delle non autosufficienze e delle cronicità; ... lento procedere degli investimenti sacrificati a fronte delle necessità correnti» (*Rapporto 2020 su coordinamento della finanza pubblica*, cit., p. 285). Si può aggiungere: in questo contesto, di per sé critico, va considerata la richiamata differenziazione dei modelli su scala regionale, assai poco meditata.

molto si può fare sul versante del riordino dei poteri, nel senso di ulteriori dislocazioni ma anche di riassorbimento di funzioni.

Il nodo si scioglie con una potente e avvertita razionalizzazione del sistema delle competenze e con un modello di finanziamento che affronti i problemi strutturali irrisolti e destinati a riemergere aggravati quando si sarà usciti dall'emergenza e saranno cessati i flussi di risorse straordinarie destinati a fronteggiarne le conseguenze⁵².

4.3 Inefficienza della forma di governo

Il terzo nodo si avvolge intorno alle disfunzioni della forma di governo.

In una prima fase, innanzi al ricorso al decreto-legge come strumento regolatore esclusivo della produzione del diritto e al proliferare delle ordinanze di necessità, è parso che la questione maggiore fosse quella di escogitare forme nelle quali il Parlamento potesse decidere, e decidere velocemente, per esercitare un'adeguata azione di controllo e di bilanciamento nei confronti dell'Esecutivo, anche senza doversi vincolare alla sua sede fisica, permanere in pienezza nella quale avrebbe potuto essere difficile in ragione delle necessità di confinamento e di distanziamento personale. In quest'ambito problematico generale, si è avuto specifico riguardo alla posizione dei parlamentari eventualmente sottoposti a misure di quarantena. Si è posta perciò la questione del dibattito su piattaforma informatica e della votazione a distanza. Ipotesi considerate con molta prudenza e con molte riserve⁵³, se non ritenute potenzialmente conducenti a una «degenerazione del modello democratico»⁵⁴. E, invero, è nella natura stessa del Parlamento l'essere una sede di confronto connotata dalla compresenza fisica dei suoi componenti⁵⁵. Né si può trascurare il valore simbolico di un Parlamento che saldamente «rimanga al suo posto» e lì continui a operare proprio in situazioni di emergenza.

Peraltro, la controversia ha perduto di interesse pratico, poiché misure di distanziamento fisico anche nel corso del dibattito in aula, impiego di presidi di protezione individuale,

⁵² Quanto alla spesa sanitaria, la Corte dei conti, *Rapporto 2020 sul coordinamento della finanza pubblica*, cit., p. 295, rileva la «necessità di scelte non semplici su come potenziare il finanziamento del sistema pubblico a fronte di misure che finora sono state rivolte a trasferimenti monetari diretti o a minori prelievi fiscali».

⁵³ B. CARAVITA, *L'Italia al tempo del coronavirus*, cit., p. VIII, pur ritenendo «forme di collegamento virtuale o di voto a distanza ... in via teorica possibili», avverte la necessità di «una adeguata strumentazione» e di «una sufficiente fase di sperimentazione», e di modifiche dei Regolamenti parlamentari che si tengano entro i principi stabiliti dall'art. 72 Cost.

⁵⁴ R. DICKMANN, *Alcune questioni di costituzionalità in tema di voto parlamentare a distanza*, in *federalismi.it*, 1° aprile 2020, p. 16. Ivi, il richiamo alle Camere come «il luogo (in senso anche storico, non solo logistico) assegnato dalla Costituzione per la formalizzazione e la razionalizzazione» della «vicenda democratica ... mediante il dibattito politico, che la rende anche luogo privilegiato di svolgimento della sovranità rappresentativa» (p. 4), e la segnalazione del rischio di «retrocessione o degradazione del dibattito politico», ove si privasse «il procedimento prodromico al voto presso gli organi parlamentari della sua valenza di requisito di legittimità giuridica e democratica, riducendolo a mero presupposto di fatto delle delibere finali» (p. 13).

⁵⁵ N. LUPO, *L'attività parlamentare in tempi di coronavirus*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, *Rassegna*, n.2, 2020, p. 124: «... è lo stare assieme, nello stesso tempo e nello stesso luogo, che rafforza la capacità decisionale del Parlamento e che costituisce elemento essenziale della sua legittimazione», nell'idea che «una sede unica della rappresentanza nazionale sia essenziale», e sulla base della «convincione che la legittimazione del Parlamento e della decisione che in Parlamento viene presa derivi dal confronto e dalla negoziazione continua che si svolge all'interno delle sedi formali e di quelle informali».

diradazione della presenza in aula concordata tra i gruppi, limitazione delle discussioni nelle commissioni alle sole questioni attinenti all'emergenza sanitaria, hanno consentito un funzionamento dell'Aula compatibile con le esigenze di garanzia della sicurezza. E forme di partecipazione da remoto sono state prospettate «in ragione della assoluta eccezionalità della situazione e in via sperimentale» per il lavoro delle Commissioni «in sedi informali»⁵⁶.

La debolezza mostrata dal Parlamento ha altre ragioni, ragioni profonde e non nuove, e richiederebbe altri rimedi.

Lento e farraginoso nel convertire i decreti-legge⁵⁷, e perciò non in grado di correggerne tempestivamente e utilmente il tenore specie quanto alle modalità di produzione del diritto in modo da riguadagnare ruolo, messo ai margini dei circuiti comunicativi dall'attivismo dei titolari dei poteri di ordinanza, talvolta destinatario di informative *ex post* o di generiche dichiarazioni di intenti da parte dell'Esecutivo, il Parlamento ha soprattutto mostrato di collocarsi al di sotto del livello dell'adeguata consapevolezza di quanto richiesto dalla gravità delle condizioni di fatto.

Il dibattito in aula è stato sempre tanto concitato quanto non concludente negli esiti, segnato da obiettivi tattici e di schieramento e da linee di frattura sia nel rapporto maggioranza-opposizione sia all'interno di ciascuno dei due schieramenti. Mai è apparso ispirato a "spirito repubblicano".

Si è insomma avuta conferma che il grado di efficienza della relazione fiduciaria è determinato dal formante partitico della forma di governo, il quale segue le sue dinamiche incoercibili, che neppure la più stringente delle emergenze vale ad arrestare o a moderare.

Nel tempo della legislatura in corso precedente la pandemia, la forma di governo era segnata dalle conseguenze dell'ingresso nell'area dell'Esecutivo delle forze ispirate a «men-

⁵⁶ Cfr. Atti Camera, XVIII legislatura, Bollettino Giunte e Commissioni parlamentari, p. 3 s.

⁵⁷ Lo stato delle cose, alla "riapertura" (ripresa delle attività produttive e ripristino della libera circolazione pressoché piena delle persone tra le Regioni) del 3 giugno 2020: il decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 è stato convertito nella legge 5 marzo 2020, n. 13; il decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, nella legge 24 aprile 2020, n. 27; il decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, nella legge 22 maggio 2020, n. 35. Sono stati abrogati – prima che decorresse per ciascuno di essi il termine di decadenza ex art. 77, c. 3, Cost., con la legge 24 aprile 2020, n. 27, di conversione con modificazioni del richiamato decreto-legge n. 18 del 2020 – il decreto-legge 9 marzo 2020, n. 14, "Disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale in relazione all'emergenza COVID-19"; il decreto-legge 8 marzo 2020, n. 11, "Misure straordinarie e urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria"; il decreto-legge 2 marzo 2020, n. 9, "Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19". È questa una modalità di legiferazione peculiare, che trova campo nell'ambito della produzione ipertrofica di decreti-legge intesi a fronteggiare l'emergenza pandemica: piuttosto che convertire con modificazioni ciascuno dei tre decreti-legge in discorso (n. 9, n. 11 e n. 14 del 2020), si preferisce approvarne uno ulteriore (n. 18 del 2020) e, abrogandoli, riprodurne alcuni contenuti nelle modificazioni di quest'ultimo con la legge di conversione (n. 27 del 2020), dando luogo a un testo *omnibus* che prende quasi sessanta pagine di Gazzetta ufficiale (molte delle disposizioni contenute in tale testo sono poi formulate in modo da non poter ricavare da esse la disciplina diretta delle fattispecie implicate, la quale è definita attraverso rinvii a diversa normativa vigente, richiamata per estremi numerici: una modalità, questa, invece piuttosto usuale, purtroppo, ma portata, nel caso della normazione qui in esame, a esiti di parossismo interpretativo). Si aggiungano i problemi di ricostruzione del diritto intertemporale nascenti dalla clausola che fa salvi la validità degli atti e dei provvedimenti adottati, e gli «effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base» dei decreti-legge abrogati (legge n. 27 del 2020, art. 1, c. 2).

talità populista»⁵⁸, prima in serrata competizione tra loro con effetti di inevitabile instabilità, poi in collocazione diversa: una all'opposizione, l'altra in coabitazione al Governo con una forza ritornata alla sua connotazione "tradizionale" dopo la scissione dell'ala organizzata in «partito personale», e rimasta nell'area della maggioranza con l'intendimento di lucrare massimamente del suo «potere di coalizione». Quella in coabitazione era chiamata a una difficile riconversione alle ragioni della responsabilità di governo, con le quali la mentalità populista irriducibilmente collide.

Intervenuta la pandemia, le forze ispirate a mentalità populista hanno visto messi sotto tensione i capisaldi delle loro visioni generali e i loro modelli di captazione del consenso: negazione della complessità; rispecchiamento delle preferenze.

La risposta istituzionale alla pandemia è necessariamente complessa, già in permanenza delle misure di confinamento, e lo è viepiù nella fase in cui vanno apprestate soluzioni intese a fronteggiare le conseguenze economiche delle restrizioni.

Il rispecchiamento – cioè la tecnica che pretermette la formulazione di programmi politici, intorno alla cui elaborazione e attuazione ricercare il consenso attraverso la verifica nel tempo, e asseconda invece pulsioni maggioritarie, spesso non internamente coerenti, rilevate attraverso sondaggi, in modo da ottenere adesioni di tipo plebiscitario – non trova attuazione agevole in un'emergenza quale quella in atto, poiché quelle pulsioni sono mutevoli e tanto poco univoche da costringere a conversioni rapide e a comportamenti a somma zero, con il rischio di dare al "popolo", come entità indifferenziata al cui consenso quotidiano si ambisce, un'idea di irrilevanza e di inadeguatezza mentre v'è bisogno di soluzioni concrete a problemi concreti e spesso drammatici. Lo specchio si frantuma nelle mani del *leader* di mentalità populista, e restituisce, attraverso i suoi frammenti scomposti, innumerevoli immagini spezzate, rendendo assai difficile il lavoro del "rispecchiante", e particolarmente volatile il consenso che se ne ricava.

L'effetto immediato di questi fenomeni è una crescente pressione antisistema dei partiti a mentalità populista, che, nel breve periodo, induce il riflesso di accentuare la forza di coesione della maggioranza governativa; ma, nel medio periodo, moltiplicando il potere di coalizione delle forze minori (specie se non immuni a loro volta da mentalità populista), rende instabile la relazione fiduciaria.

Dunque, nulla di strutturalmente nuovo quanto alla forma di governo; ma molta luce tagliente su debolezze antiche, proiettata dalla crisi.

E restano chiari i possibili rimedi, tante volte prospettati e sempre disattesi, peccando essi di eccesso di buon senso, quel buon senso che, come insegna la grande letteratura in tema, se ne sta nascosto per paura del senso comune, specie in tempo di pestilenza (o di pandemia): una legge sui partiti politici che ne garantisca il carattere democratico in confor-

⁵⁸ La scienza politica, nella constatata impossibilità di stipulare una definizione univoca di «partito populista», per la difficoltà, rivelatasi insormontabile, di dare del «populismo» una nozione univoca e quindi utile, preferisce parlare, «parsimoniosamente», di «mentalità populista», della quale è possibile ricostruire i caratteri, e alla quale sono ispirate esperienze politiche diverse: cfr. M. TARCHI, *Italia populista. Dal qualunquismo a Beppe Grillo*, Bologna 2015, p. 77.

mità al metodo e alla funzione enunciati dall'art. 49 Cost. (forse il modello tedesco potrebbe essere in proposito utilmente esplorato, piuttosto che indugiare senza costrutto intorno alla disciplina dello stato di eccezione); una legge elettorale elaborata avendo mente alle esigenze di razionalizzazione della forma di governo, e non escogitata estemporaneamente sulla base di contingentissimi interessi di parte, per poi dover essere malamente rimaneggiata sotto dettatura della Corte costituzionale.

5. Il compito finora disatteso: la grande legislazione ordinaria

Guardando in termini generali alla vicenda della pandemia, nella parte che si è già dipanata e con riguardo alle premesse oggi riconoscibili di quanto ancora potrà accadere, è lecito concludere che il decisore politico, avendo disponibile una strumentazione istituzionale adeguata in un quadro costituzionale sufficientemente certo e saldo, ne ha compiuto un impiego solo parzialmente efficiente. E ha pagato il prezzo delle disfunzioni consolidate della forma di governo; e, quanto al tipo di Stato, della difettosa organizzazione dei rapporti centro-periferia, sulla quale ha inciso come moltiplicatore di inefficienza la rinuncia del potere centrale ad attrarre a sé, secondo il modello costituzionale, tutte le competenze necessarie a fronteggiare l'emergenza sanitaria.

Innanzi a tanto, non è dato aspirare, facendo leva sugli "insegnamenti" della pandemia, ad alcuna palingenesi costituzionale da ottenere per via di revisione: i fatti, l'analisi di essi condotta senza eccessi di ideologismo e dismettendo una certa propensione alla escogitazione modellistica estemporanea, mostrano che ogni intervento a quel livello sarebbe disutile e perciò sicuramente dannoso.

Si tratta – si tratterebbe – invece di mettere mano alla grande legislazione ordinaria. Ma nessuno è in grado di dire oggi se, essendo questa la lezione delle cose, vi sia chi, nel sistema politico, possa o voglia trarne profitto.