

ANTONIO D'ATENA*

L'impatto dell'emergenza sanitaria sul riparto di competenze tra Stato e Regioni**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La pandemia e la competenza dello Stato in materia di profilassi internazionale. L'ipotesi di emergenze non riconducibili a tale materia. – 3. I poteri spettanti allo Stato, sul versante della legislazione e su quello dell'amministrazione. – 4. Gli interventi straordinari e il ruolo del decreto-legge. – 5. E se il Parlamento non può riunirsi? – 6. Conclusioni.

1. Premessa

A fronte delle tante cose che non hanno funzionato nel contrasto all'attuale pandemia, da più parti, si punta il dito sulle Regioni, sostenendo che esse, per effetto delle competenze loro conferite dalla novella costituzionale del 2001, avrebbero impedito (e impedirebbero) il governo efficace dell'emergenza. Questo atteggiamento trova, tra l'altro, un significativo riscontro nelle, non poche, iniziative legislative rivolte a modificare la Carta fondamentale, con riferimento ai rapporti centro-periferia, e nella tesi, non priva di avalli tra gli addetti ai lavori, secondo cui il (preteso) malgoverno della crisi da parte delle dirigenze politiche regionali giustificerebbe una misura estrema: la cancellazione dal nostro ordinamento delle istituzioni affidate alla loro responsabilità¹.

Quanto alle iniziative di modifica costituzionale, possono distinguersi due filoni.

Il primo ha ad oggetto l'ambito sanitario. Esso comprende una variante radicale e una variante moderata. La prima consiste nella richiesta di spostare la materia denominata "tutela della salute" dalla competenza concorrente alla competenza esclusiva dello Stato². La variante

* Professore emerito di Diritto costituzionale nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Roma Tor Vergata.

** Articolo sottoposto a referaggio.

¹ L'ipotesi è avanzata, in termini, peraltro, volutamente provocatori, da ZAGREBELSKY, *La democrazia dell'emergenza*, ne *La Repubblica*, 18 novembre 2020 (per la cui interpretazione: BALBONI, *Ma davvero Zagrebelsky vorrebbe abolire le Regioni? O invece il tarlo che lo rode è un altro*, nel sito de *lacostituzione.info*). In senso opposto, v., ad esempio, BRESSA, DEMURO, ROSSI, *Regionalismo: la differenziazione indotta dalla pandemia*, in *lacostituzione.info*, i quali osservano esattamente che "non si può scambiare il problema delle classi dirigenti e della loro adeguatezza/inadeguatezza, modellando le costruzioni istituzionali alla qualità della rappresentanza". Adde, LONGO, *Episodi e momenti del conflitto Stato-regioni nella gestione della epidemia da Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, 404 ss., il quale sottolinea che "nel contenimento del contagio il decentramento regionale non può essere un ostacolo, ma uno strumento efficace attraverso cui tanto il governo centrale deve essere in grado di stabilire interventi generali, quanto il sistema regionale adattare gli interventi alle esigenze alle specificità dei propri territori". Sul punto, anche: BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020, 196 ss.

² AS, n. 1767, disegno di legge costituzionale di iniziativa delle senatrici Fattori e Nugnes (*Modifiche all'articolo 117 della Costituzione, concernenti l'attribuzione allo Stato della competenza legislativa esclusiva in materia di tutela della salute*),

moderata (precedente, peraltro, l'inizio della pandemia) prevede, invece, di non modificare il titolo competenziale relativo alla materia predetta, ma intende integrare la voce che la individua, con il seguente inciso: "nel rispetto del diritto dell'individuo e in coerenza con il principio di sussidiarietà di cui all'articolo 118"³.

Al secondo filone appartengono, dal proprio canto, le proposte rivolte a riesumare la c.d. clausola di supremazia contenuta nella riforma Renzi-Boschi che, il 4 dicembre 2016, è stata bocciata dal corpo elettorale in sede di referendum confermativo⁴.

comunicato alla presidenza il 18 marzo 2020; AC, n. 1772, disegno di legge costituzionale di iniziativa dei senatori Taverna, Accoto ed altri (*Modifica all'articolo 117 della Costituzione, concernente l'attribuzione allo Stato della competenza legislativa esclusiva in materia di tutela della salute*), comunicato alla presidenza il 1° aprile 2020; AC, n. 2550 proposta di legge costituzionale del deputato D'Ippolito (*Modifiche agli articoli 81, 97, 117 e 119 della Costituzione, concernenti la competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela della salute e l'esclusione delle spese sanitarie dall'applicazione del principio di equilibrio del bilancio*), presentata il 18 giugno 2020. Dalle proposte di cui sopra, si discosta AC n. 528, proposta di legge costituzionale dei deputati Ceccanti e Noja (*Modifiche agli articoli 116 e 117 della Costituzione concernenti le competenze dello Stato e delle regioni in materia di tutela della salute*), presentata il 18 aprile 2018, quindi, in data anteriore all'inizio della pandemia. Essa, riprendendo, per questa parte, la soluzione accolta dalla riforma Renzi-Boschi, non prevede lo spostamento della tutela della salute dal terzo al secondo comma dell'art.117, ma la sua sostituzione con la competenza esclusiva dello Stato in ordine alle "disposizioni generali e comuni per la tutela della salute". Si tratta di una soluzione meno drastica di quella rappresentata dallo spostamento della materia alla competenza esclusiva. Essa, infatti, riservando allo Stato la sola posizione delle norme "generali e comuni", metterebbe capo a un nuovo tipo di competenza concorrente, poiché l'intera disciplina di dettaglio resterebbe nella competenza delle Regioni. Vero è che le "disposizioni generali e comuni" possono presentare un grado di intrusività maggiore dei principi fondamentali. Tuttavia, a differenza di questi ultimi, che, se non vengono espressamente formulati, possono essere sostituiti dai principi impliciti, esse creano un vincolo al legislatore regionale solo se esplicitamente poste. In difetto di ciò, la competenza sanitaria delle Regioni non incontrerebbe altro limite che quello del rispetto della Costituzione. Per queste considerazioni, sia consentito rinviare a D'ATENA, *Il riparto delle competenze tra Stato e Regioni ed il ruolo della Corte costituzionale*, in ID., *Tra autonomia e neocentralismo. Verso una nuova stagione del regionalismo italiano?*, Torino 2016 (nonché: in *Italian Papers on Federalism*, 1-2/2015, e in *Studi in onore di Francesco Gabriele*, I, Bari 2016), 186 s.).

³ AC n. 529, proposta di legge costituzionale dei deputati Ceccanti, Noja (*Modifica all'articolo 117 della Costituzione concernente la competenza dello Stato in materia di tutela della salute*), presentata il 18 aprile 2018; AS, n. 365, disegno di legge costituzionale di iniziativa dei senatori Nannicini, Valente ed altri (*Modifica all'articolo 117 della Costituzione in materia di tutela della salute*), comunicato alla Presidenza il 14 maggio 2018; AC n. 975, proposta di legge costituzionale di iniziativa dei deputati Pella, Occhiuto e altri (*Modifica all'articolo 117 della Costituzione, concernente l'esercizio della competenza concorrente in materia di tutela della salute*), presentata il 23 luglio 2018; AS, n. 1019, disegno di legge costituzionale di iniziativa dei senatori Sileri, Castelleone e altri (*Modifica all'articolo 117 della costituzione relativa alla tutela della salute*), comunicato alla Presidenza del 24 gennaio 2019. Le proposte di questo tenore traggono ispirazione da quanto suggerito dall'Associazione "Cittadinanzattiva" (come esse riconoscono).

⁴ AC, n. 2422, proposta di legge costituzionale di iniziativa dei deputati Ceccanti, Fiano ed altri (*Introduzione dell'articolo 116-bis e modifica all'articolo 117 della costituzione, in materia di Conferenze per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le autonomie locali e di clausola di supremazia statale*), presentata il 4 marzo 2020; AC, n. 2458, proposta di legge costituzionale di iniziativa dei deputati Boschi, M. Di Maio ed altri (*Modifica all'articolo 117 della costituzione, concernente la clausola di supremazia statale per la tutela dell'unità giuridica o economica della Repubblica o dell'interesse nazionale*), presentata il 3 aprile 2020; AS, n. 1850, disegno di legge costituzionale di iniziativa dei senatori Parrini e Pinotti (*Costituzionalizzazione del sistema delle Conferenze e introduzione della clausola di supremazia statale nel titolo V della parte seconda della Costituzione*), comunicato alla Presidenza il 22 maggio 2020. Questi disegni di legge costituzionale - ad eccezione di quello presentato dagli onorevoli Boschi, M. Di Maio ed altri (AC n. 2458), che si limita a riesumare il tenore della norma contenuta nella riforma costituzionale Renzi-Boschi - propongono di bilanciare la clausola di supremazia con la costituzionalizzazione del sistema delle Conferenze. Esse prevedono che gli organi predetti vengano introdotti con legge statale e che essi siano finalizzati alla realizzazione del principio di leale collaborazione e alla promozione di accordi e intese. Questa innovazione è da considerare con favore, anche se sarebbe stato preferibile che la proposta di legge costituzionale non demandasse l'intera disciplina alla legge, ma fissasse qualche paletto, in ordine alla composizione delle Conferenze ed alla tipologia degli interventi ad esse rimessi (rispetto alla quale tutto risulterebbe affidato, come accade oggi, alle valutazioni della Corte costituzionale).

Mentre le proposte del primo tipo (variante radicale) sono chiaramente finalizzate a superare problemi che l'attuale pandemia ha posto sul tappeto, le altre, pur traendo spunto dall'emergenza in atto, presentano un respiro più ampio (e in questo senso sono intese dai proponenti). Nell'economia delle presenti riflessioni, tuttavia, anch'esse verranno considerate, limitatamente al tema del contrasto all'emergenza sanitaria.

2. La pandemia e la competenza dello Stato in materia di profilassi internazionale. L'ipotesi di emergenze non riconducibili a tale materia

Anche prescindendo dalle proposte manifestamente inutili, come quelle che si limitano a ribadire che, nella tutela della salute, si debbano rispettare gli articoli 32 e 118 della Costituzione (il che è assolutamente ovvio)⁵, è difficile sfuggire alla conclusione che tutte le iniziative di revisione costituzionale di cui sopra siano fuori asse rispetto alla situazione che le ha occasionale e alle difficoltà che esse dovrebbero contribuire a risolvere.

Ciò potrebbe considerarsi anzitutto confermato dalla recentissima sentenza numero 37 del 2021 della Corte costituzionale, stando alla quale gli interventi dello Stato in questa difficile fase sarebbero riconducibili ad una materia – quella della profilassi internazionale – indiscutibilmente rientrante tra i settori riservati alla sua legislazione esclusiva. Essi, quindi, non solo, non comprimerebbero i poteri spettanti alle Regioni, a titolo di competenza concorrente, negli ambiti della tutela della salute e della protezione civile, ma disegnerebbero il quadro generale in cui l'attività delle strutture sanitarie regionali è tenuta ad inserirsi armonicamente, per riecheggiare le parole usate dalla Corte. Poiché – è sempre la Corte che parla – “se [...] sono le strutture sanitarie regionali ad adoperarsi a fini profilattici, resta fermo che, innanzi a malattie contagiose di livello pandemico, ben può il legislatore statale imporre loro criteri vincolanti di azione, e modalità di conseguimento di obiettivi che la medesima legge statale, e gli atti adottati sulla base di essa, fissano, quando coesenziali al disegno di contrasto di una crisi epidemica”.

A questa stregua, quindi, il problema che le annunciate riforme costituzionali si ripromettono di affrontare ... non esisterebbe. Il che chiuderebbe il discorso, esentando da ulteriori considerazioni.

Nell'economia delle presenti riflessioni, non è il caso di verificare la consistenza degli argomenti su cui si fonda la decisione, che forse è stata motivata in modo troppo *tranchant*⁶.

Inoltre, se si intendesse coltivare questa proposta, suggerirei di prevedere che il parere della Conferenza possa essere superato dalle Camere, soltanto a maggioranza qualificata. Ritengo, infatti, inopportuno che lo spostamento allo Stato di una materia costituzionalmente assegnata alle Regioni sia disponibile dalla maggioranza politica.

⁵ È da rilevare che, in genere, le cose inutili rischiano di essere dannose. Nel caso specifico, tuttavia, la presenza in Costituzione delle norme richiamate dovrebbe, comunque, escludere che dall'espressa menzione di esse con riferimento alla (sola) tutela della salute possano trarsi argomenti *a contrario*, per quanto riguarda le altre voci di cui all'art. 117, terzo comma. Il che conferma la totale superfluità degli emendamenti in parola.

⁶ Per una valutazione critica, v. CUOCOLO, L., GALLARATI, *La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profilassi internazionale*, cit., 1 ss., i quali passano in rassegna le diverse opzioni che si sarebbero dischiuse a giudice della costituzionalità. In senso critico si esprime anche MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37/2021*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021, la quale manifesta motivate perplessità sul titolo competenziale invocato dalla Corte, sulla negazione del carattere trasversale (o finalistico) della profilassi internazionale e sulla mancanza di

Deve, infatti, considerarsi che le proposte di cui si è detto – pur se sollecitate da un'emergenza sanitaria di dimensioni planetarie (e, quindi, plausibilmente riconducibile alla materia della profilassi internazionale) – evocano problemi suscettibili di presentarsi in altri contesti, nei quali l'intreccio di competenze non possa ricomporsi, invocando la spettanza allo Stato della materia suddetta. Si pensi, ad esempio, ad epidemie, pur gravi, che, tuttavia, non travalichino i confini nazionali, ovvero – e a più forte ragione – a eventi calamitosi che chiamino in causa straordinari interventi di protezione civile.

In relazione a scenari di questo tipo, c'è da chiedersi se abbia senso modificare la Costituzione, per richiamare al centro competenze regionali, oppure per introdurre finalmente quella clausola di supremazia che di tanto favore gode nella classe politica nazionale.

Anticipando le conclusioni che cercherò motivare nel prosieguo, dico subito che, a mio modo di vedere, lo Stato dispone di tutti gli strumenti necessari ad assicurare la regia centrale degli interventi che si rendano indispensabili. E che, quindi, per realizzare tale risultato non sia il caso di scomodare il potere di revisione della Costituzione⁷.

Ma procediamo con ordine.

3. I poteri spettanti allo Stato, sul versante della legislazione e su quello dell'amministrazione

Anzitutto è da ricordare che, nelle materie che vengono maggiormente in considerazione nell'ipotesi che stiamo considerando – la tutela della salute e la protezione civile⁸ – le Regioni sono titolari di competenza legislativa concorrente su riparto verticale. Il che significa che in tali materie allo Stato spetta la fissazione dei principi fondamentali e alle Regioni l'adozione delle norme di dettaglio.

Si tratta, come si vede, di un tipo di riparto di competenze che subordina l'evoluzione della legislazione regionale al potere direttivo del legislatore centrale, il quale, attraverso i principi, è in grado di tenere sotto controllo il ricambio normativo⁹.

Non può poi dimenticarsi che lo Stato è titolare, oltre che – come si è visto – di competenza esclusiva in materia di profilassi internazionale, di altre competenze esclusive, suscettibili di interferire con i poteri spettanti alle Regioni, come, ad esempio, quella sui livelli

bilanciamenti di ordine cooperativo. Critica l'estensione riconosciuta dalla Corte alla "profilassi internazionale" MEZZANOTTE, M., *Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali*, in *Consulta online*, 1/2021, 333 s. Diverso, invece, il giudizio di CARAVITA, *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in *federalismi.it-paper*, 21.4.2021..

⁷ A conclusioni analoghe pervengono, ad esempio: D'ORLANDO, *Emergenza sanitaria e Stato regionale: spunti per una riflessione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2020, 581 ss.; BALDUZZI, *Indicazioni per un'agenda del "dopo"*, in *Corti supreme e salute*, 1/2020, 4 s.

⁸ Si tratta delle due materie richiamate dalla sent. n. 37/2021 della Corte costituzionale.

⁹ In argomento, SCACCIA, D'ORAZI, *La concorrenza fra Stato e autonomie territoriali nella gestione della crisi sanitaria fra uniformità e differenziazione*, in MARINI, F.S., SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Torino 2020, 106 ss, i quali sostengono che, in presenza dell'emergenza, dalla competenza statale a porre principi fondamentali possa inferirsi il potere dello Stato di avocare a sé competenze regionali, sulla base di intese con la Regione.

essenziali delle prestazioni¹⁰ (comprensivi dei LEA, i quali, come si è convincentemente sostenuto¹¹, intrattengono un rapporto anche con l'organizzazione sanitaria), la competenza sulla tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, quella sulla ricerca scientifica e tecnologica¹².

Un'altra competenza statale suscettibile di influire sugli sviluppi della legislazione regionale è quella a porre i "principi di coordinamento della finanza pubblica". Essa, sulla base di una stratificazione pluriennale della giurisprudenza costituzionale, ha assunto il carattere di una competenza "finalistica"¹³, suscettibile di incidere nei più vari settori. A questo riguardo, vale la pena di ricordare la sentenza 104 del 2013 della Corte costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 3 della legge regionale Abruzzo 17 luglio 2012, n. 33, in quanto, "disponendo l'assunzione a carico del bilancio regionale di oneri aggiuntivi per garantire un livello di assistenza supplementare", risultava confliggente con il "principio di contenimento della spesa pubblica sanitaria, quale principio di coordinamento della finanza pubblica". Un principio – sia detto per inciso – l'attuazione del quale ha prodotto effetti devastanti sul sistema sanitario (come la presente pandemia ha messo drammaticamente in evidenza).

Non è necessario sviluppare i punti sommariamente toccati, per rendersi conto che, con riferimento alla legislazione, lo Stato è tutt'altro che disarmato. Esso, infatti, dispone di significative competenze esclusive e, inoltre, attesa la natura concorrente delle competenze regionali che possono venire in considerazione, è in condizione di guidare gli sviluppi della legislazione regionale (o di determinarne l'illegittimità sopravvenuta, qualora i principi intervengano successivamente).

Ma non basta.

Non può, infatti, dimenticarsi il regime cui la riforma del 2001 ha sottoposto le funzioni amministrative. Com'è noto, la novella costituzionale ha ripudiato il principio del parallelismo delle funzioni, che trovava accoglienza nella versione originaria della Costituzione: il principio, cioè, secondo cui l'ente chiamato ad esercitare le funzioni amministrative è quello che detiene la competenza legislativa nella materia che, di volta in volta, viene in considerazione. Il quale, procedendo direttamente all'allocazione delle competenze, dava vita ad un sistema di riparto di carattere rigido.

¹⁰ Sull'utilizzabilità di tale competenza per contrastare situazioni pandemiche, come l'attuale: CUOCOLO, L., GALLARATI, *La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profilassi internazionale*, cit., 10 s.

¹¹ MORANA, *Una differenziazione davvero necessaria? Qualche osservazione (e molte perplessità) su Lea, l'organizzazione sanitaria e tutela della salute nell'ottica dell'art. 116, u.c., Cost.*, in *Corti supreme e salute*, 1/2020, 17 ss. Diverso è l'orientamento che talora, a proposito dei LEP, traspare dalla giurisprudenza costituzionale (es. sent. 87/2018), con motivazione che appare, tuttavia, troppo drastica.

¹² Per un elenco di materie che, a vario titolo, interferiscono con la tutela della salute v. MORANA, *Tutela della salute*, in GUZZETTA, MARINI, MORANA, *Le materie di competenza regionale. Commentario*, Napoli 2013, 589 ss.; ID, *La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, in *Osservatorio AIC*, 1/2018, 118. *Adde*: D'ORLANDO, *Emergenza sanitaria e Stato regionale: spunti per una riflessione*, cit., 581 ss.

¹³ Ciò è riconosciuto espressamente dalla stessa Corte costituzionale: sentt. nn. 376/2003, 229/2011, 141/2016, 278/2020. Per questa lettura della giurisprudenza costituzionale sui principi di coordinamento della finanza pubblica, v., in dottrina: D'ATENA, *Profili costituzionali dell'autonomia finanziaria delle Regioni*, in GAMBINO (a cura di) *Il federalismo fiscale in Europa*, Milano 2014 (nonché, in versione aggiornata, in D'ATENA, *Tra autonomia e neocentralismo*, cit., 80 s.).

Oggi, invece, il sistema è caratterizzato dalla fluidità, dal momento che, facendo applicazione del principio di sussidiarietà, le funzioni amministrative possono salire, dal Comune, titolare della competenza residuale, agli enti che lo seguono nell'ideale scala che, passando per le Province, le Città metropolitane e le Regioni, giunge allo Stato. Inoltre, come ha chiarito la Corte costituzionale con la storica sentenza 303 del 2003¹⁴, se lo Stato avoca funzioni amministrative che riguardino oggetti nei quali esso manca di potestà legislativa esclusiva, la competenza mancante viene attratta al suo livello, mettendolo in condizione di sottoporre a una *disciplina legislativa unitaria* quelle funzioni amministrative che esso è chiamato a esercitare proprio per assicurarne *l'esercizio unitario*, come si legge nel primo comma dell'articolo 118¹⁵.

Tenendo conto di tutto ciò, qualora sussista la necessità di centralizzare gli interventi, tutti i poteri necessari possono spostarsi a livello nazionale: le competenze amministrative, per effetto della "chiamata in sussidiarietà", e le competenze legislative, per effetto della "attrazione in sussidiarietà".

Se a questo si aggiunge che la novella costituzionale del 2001 ha previsto uno strumento del quale si lamentava la mancanza sotto il vigore dell'originario titolo V - il potere sostitutivo, utilizzabile anche nei casi di "pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica"¹⁶ - appare difficile negare che le necessità di gestione unitaria di situazioni di emergenza che travalichino i confini di una Regione (o che, comunque, rivestano un interesse nazionale) possono essere soddisfatte, utilizzando i numerosi strumenti messi a disposizione dalla vigente disciplina costituzionale, senza bisogno di ipotizzare riforme, come quelle oggi in discussione. Senza bisogno, cioè - si ripete -, di spostare la competenza in materia di tutela

¹⁴ Sulla sent. n. 303/2003 della Corte costituzionale, v., per tutti: D'ATENA, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*, in *Giur.cost.*, 2003 (ora in *Id.*, *L'Italia verso il federalismo*, cit.); ANZON, *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni*, *ibidem*; MOSCARINI, *Sussidiarietà e Supremacy Clause sono davvero perfettamente equivalenti?*, *ibidem*; GENTILINI, *Dalla sussidiarietà amministrativa alla sussidiarietà legislativa, a cavallo del principio di legalità*, *ibidem*; CORPACI, *Attribuzione delle funzioni amministrative e titolarità della potestà legislativa di disciplina delle stesse*, in *Le Regioni*, 2004. V. ora, per una ampia rivisitazione della problematica messa sul tappeto dalla sentenza, SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli 2009, 70 ss.

¹⁵ Proprio questo limite finalistico rende criticabile l'affermazione, contenuta nella citata sentenza 303, secondo cui l'attrazione in sussidiarietà delle funzioni legislative sarebbe imposta del principio di legalità (per tale critica, già: D'ATENA, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*, cit., 144 s., e ora: *Id.*, *Diritto regionale*, IV ed., Torino 2019, 174). Basti considerare che il principio di legalità sarebbe soddisfatto anche se le norme da applicare fossero stabilite da 20 (o 21, se si prendono in considerazione le Province autonome di Trento e Bolzano) leggi regionali (e provinciali). Ma, come è evidente, 20 o 21 leggi regionali e provinciali, potenzialmente diverse l'una dall'altra, non potrebbero assicurare "l'esercizio unitario" delle funzioni amministrative (e, cioè, la condizione che ne giustifica, in base all'art. 118, primo comma, la chiamata in sussidiarietà).

¹⁶ MANGIAMELI, *Lo stato di emergenza e le competenze regionali*, in *Giur.cost.*, 4/2006, 2932, ravvisa, nel potere sostitutivo di cui all'art. 120, comma 2, Cost., la *Notstandsgesetzgebung* dell'ordinamento regionale italiano. Sull'utilizzabilità dello strumento in occasione della presente emergenza sanitaria: SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost - Unità per la Costituzione*, 10 aprile 2020; CUOCOLO, L., GALLARATI, *La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profilassi internazionale*, cit., 9 s. Per una lettura supererogatoria dell'articolo 120, comma 2, v., problematicamente, COSULICH, *Lo Stato regionale italiano alla prova dell'emergenza virale*, in *Corti supreme e salute*, 1/2020, 81.

della salute dal terzo al secondo comma dell'articolo 117, né di riesumare la clausola di supremazia mutuata dalla riforma Renzi-Boschi¹⁷.

Per completare il quadro rapidamente tratteggiato, è da aggiungere che la centralizzazione delle funzioni derivante dall'uso degli strumenti da ultimo ricordati è bilanciata dall'applicazione del principio di leale collaborazione¹⁸, il rispetto del quale viene espressamente imposto dall'articolo 120, secondo comma, ed è richiesto dalla giurisprudenza costituzionale sull'attrazione in sussidiarietà, a partire dalla sentenza 303 del 2003 precedentemente ricordata. Grazie a tale principio, nello spostamento di competenze dalle Regioni allo Stato, le prime sono messe in condizione di far sentire le proprie ragioni, consentendo così allo Stato di decidere, tenendo conto dei problemi derivanti dall'intreccio di competenze e dalla partecipazione alla fase discendente di una molteplicità di attori diversi. Il che è particolarmente necessario, in presenza di un servizio di prossimità, come quello sanitario, che non può essere totalmente gestito a livello unitario¹⁹. Come, tra l'altro, conferma il fatto che anche anteriormente alla riforma del titolo V Cost. il legislatore ordinario tendeva ad ampliare le attribuzioni delle Regioni in ambito sanitario, andando al di là dei confini della sub-materia loro attribuita dall'originario art. 117, comma 1, Cost.: *l'assistenza sanitaria ed ospedaliera*²⁰.

4. Gli interventi straordinari e il ruolo del decreto-legge

È stata recentemente avanzata la tesi secondo cui, qualora s'impongano esigenze non fronteggiabili con gli ordinari mezzi a disposizione, principi costituzionali dotati di un fondamento "espresso, ancorché implicito" consentano alla legge ordinaria di autorizzare fonti *extra ordinem* a derogare temporaneamente a discipline di grado legislativo²¹. Si sostiene, in particolare, che, grazie all'intermediazione della fonte primaria, attraverso tali atti sia possibile reagire a situazioni che mettano in pericolo i valori fondanti della convivenza civile (sintetizzabili nelle formule: *primum vivere, salus reipublicae*).

È fuori discussione che l'ordinamento non può restare disarmato e inerte di fronte a situazioni di emergenza come quelle che sono state appena ricordate. Ciò che occorre chiedersi è se in tali evenienze sia preferibile ricorrere a strumenti dall'incerto fondamento costituzionale, come quello di cui s'è appena detto²², arrendersi all'irresistibile forza del "fatto"

¹⁷ In questa linea, MANGIAMELI, *La gestione dell'emergenza: Stato o regioni oppure Stato e Regioni?*, 22.11.2020, in https://www.treccani.it/magazine/atlante/societa/La_gestione_dell_emergenza.html; D'ORLANDO, *Emergenza sanitaria e Stato regionale: spunti per una riflessione*, cit., 583 s., che considera giustamente "incomprensibile" la ragione per cui si ripropone l'idea di inserire in Costituzione la clausola di supremazia.

¹⁸ In generale sulle virtualità del principio, v., ora: MANGIAMELI, *Il riparto di competenze tra vicende storiche e prospettive di collaborazione*, in *Italian Papers on Federalism*, 1/2021, 65 ss.

¹⁹ MANGIAMELI, *La gestione dell'emergenza: Stato o regioni oppure Stato e Regioni?*, 22.11.2020, cit.

²⁰ Per riferimenti, si veda specialmente MORANA, *Tutela della salute*, cit., 583 ss.

²¹ LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, 11 aprile 2020, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 3 ss.

²² I fondamenti invocati da LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 4, come l'indivisibilità e l'unità della Repubblica (artt. 5 e 87 Cost.), nonché l'intangibilità dei principi supremi dell'ordine costituzionale, che fungono da argini alla negoziazione pattizia, alla revisione costituzionale, al diritto

che si autolegittima (e, quindi, alla rottura della Costituzione²³), oppure cercare, il più possibile, di privilegiare i canali precostituiti dalla Costituzione²⁴.

Personalmente sono decisamente orientato in quest'ultimo senso. Sono, infatti, convinto che la nostra Costituzione, a differenza dello statuto Albertino (nel vigore del quale era stata formulata la tesi della necessità come fonte del diritto²⁵), abbia creato uno strumento di chiusura del sistema, dando alla straordinaria necessità ed urgenza un canale positivo di esplicazione.

Si tratta – come ben s'intende – del decreto-legge, il quale, alla luce di un'interpretazione avanzata, in anni ormai lontani, da Carlo Esposito²⁶, consentirebbe allo Stato di far fronte ad esigenze rispetto alle quali gli ordinari strumenti si rivelino inadeguati. Esso, pertanto, canalizzerebbe, in un percorso costituzionalmente regolato, la necessità. Che, quindi, a questa stregua, non avrebbe bisogno di esprimersi per altre vie²⁷.

L'utilizzabilità di tale strumento per far fronte a situazioni di emergenza come quelle che la pandemia attuale ha messo sotto i nostri occhi²⁸ ha trovato recentemente una significativa (anche se, ovviamente, cauta) apertura nella relazione sulla giurisprudenza della Corte costituzionale pronunciata il 28 aprile 2020 dall'allora Presidente della Corte. In quell'occasione, infatti, Marta Cartabia, dopo aver premesso che la Costituzione italiana, a differenza di altri testi costituzionali, non contempla un diritto speciale per lo stato di emergenza, concludeva che essa “non è insensibile al variare delle contingenze, all'eventualità che dirompano situazioni di emergenza, di crisi, o di straordinaria necessità e urgenza, come recita l'articolo 77 della Costituzione”²⁹.

sovrana nazionale e al diritto internazionale (artt. 7, 10, 11 e 139 Cost.), non sembrano offrire adeguate sponde a poteri *extra ordinem* legittimati in via legislativa, allorché siano minacciate le basi della convivenza civile.

²³ Sul punto, esattamente, LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 4.

²⁴ Interessanti, in proposito, le riflessioni di GUZZETTA, *Le fonti dell'emergenza alla prova della pandemia*, in MARINI, F.S., SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, cit., 80.

²⁵ Sui termini teorici del problema e sul dibattito sviluppatosi, in proposito, in epoca statutaria, v. le trattazioni di PALADIN, *In tema di decreti-legge*, in *Riv.trim.dir pubbl.*, 1958, 574 ss., e di RESCIGNO, G.U., *Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza*, in *Nss. Dig. It.*, XII, Torino 1965, 98 ss., alle quali si rinvia anche per i necessari riferimenti bibliografici.

²⁶ ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Encicl. Dir.*, XI, Milano 1962, spec. 841 s. In argomento, v. anche LAVAGNA, *Inammissibilità di decreti-legge regionali*, in *Studi in onore di E. Crosa*, II, Milano 1960, 1112; ID., *Istituzioni di diritto pubblico*, IV ed., Torino 1979, 329 s.; DI CIOLLO, *Questioni in tema di decreti-legge*, Milano 1970, 138 ss.

²⁷ Così, ad esempio, BALDINI, *Emergenza sanitaria e personalismo “asimmetrico” nelle politiche regionali. Aspetti problematici e rischiosi*, in *Diritti fondamentali.it*, 1/2020, 1240. In senso diverso: PALADIN, *Le fonti del diritto*, Bologna 1966, 240 s., il quale, sottolineando che la necessità può travolgere tutti gli argini eretti dal diritto positivo per contenerla, ammette che essa possa utilizzare lo “schema” di cui all'articolo 77 Cost. (che, comunque, potrebbe esserne abbattuto, senza conseguenze). In merito alla possibilità di sospendere l'efficacia di norme costituzionali per via diversa dalla decretazione d'urgenza, manifesta motivate perplessità RUGGERI, *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, I. *L'ordinazione in sistema*, Torino 1993, 347.

²⁸ Ad es. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, in *Riv. AIC*, 1/2021, 392 ss. Il fatto che il decreto-legge sia uno strumento utilizzabile in queste circostanze, non significa che il concreto impiego che se ne è fatto durante la presente pandemia sia sempre esente dubbi di costituzionalità. In proposito, v., ad es. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 545 ss.; SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit.; DE SIERVO, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *Osservatorio sulle fonti, Fascicolo speciale 2020, Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19*, 309 s., con richiamo di precedenti; MOBILIO, *La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze. L'epidemia da Covid-19 e i rapporti tra decreto-legge e altre fonti*, *ibidem*, 352 ss.

²⁹ CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019. Sintesi*, Palazzo della Consulta, 28 aprile 2020, p. 17.

Con buona pace della banalizzazione che di tale atto è fatta nella prassi³⁰, è da ritenere che il decreto-legge non possa essere considerato una fonte come le altre, ma uno strumento utilizzabile soltanto in casi “straordinari” di necessità ed urgenza (come si preoccupa di chiarire l’articolo 77 della Costituzione): i soli che consentono al Governo, indipendentemente da una previa delega parlamentare, di incidere in un ambito funzionale costituzionalmente riservato al Parlamento³¹.

È, inoltre, ragionevole ritenere che il decreto-legge, ove lo richiedano gli straordinari presupposti che ne legittimano l’adozione, possa spingersi al di là di quanto è disponibile dall’ordinario strumento legislativo³². Lo scrivente, ad esempio, resta convinto che esso sia in condizione di derogare al riparto di competenze tra lo Stato e le Regioni³³ (eventualmente,

³⁰ Sul punto, spec. CELOTTO, *L'abuso del decreto-legge*, I, Padova 1997, 271 ss. Che tali degenerazioni abbiano favorito una rappresentazione falsata del decreto-legge è sottolineato talora in dottrina. Ad es.: MARINI, F.S., *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in MARINI, F.S., SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, cit., 65; BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, cit., 393 s.

³¹ Secondo parte della dottrina, il decreto-legge che si è venuto affermando nella prassi non andrebbe confuso con il decreto-legge cui si ricorre, in caso di gravissime emergenze, per salvaguardare il valore della continuità-integrità dell'intero ordinamento (così, RUGGERI, *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, cit., Torino 1993, 348 ss., dal quale è mutuata l'espressione che si è appena riportata in corsivo). Di qui, la conclusione (MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, ristampa aggiornata 2002, Torino, 2002, 60) secondo cui sarebbe "possibile sostenere che il tipo 'decreto-legge' non possa più essere considerato un tipo unico e unitario di atto normativo (legislativo), ma che di decreti-legge si devono annoverare due diversi e distinti tipi o sottotipi che, seppur presentino indubbiamente tratti caratteristici comuni, sono dotati altresì, altrettanto indubitabilmente, di caratteristiche nettamente differenziali: un decreto-legge, dunque, 'ordinario' e un decreto-legge 'straordinario', il secondo dei quali non tenuto al rispetto di tutti i limiti fissati dall'articolo 15 della legge 400/1988. In senso nettamente contrario all'esistenza di due distinte specie di decreti-legge, invece: PALADIN, in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, art. 76-82, *La formazione delle leggi*, tomo II, Bologna 1979, sub. Art. 77, 67 s.

³² Fondamentale, ovviamente: ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., 853 ss. Adde: MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., tomo II, Padova 1976, 715; LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 329 s.; MODUGNO, *Riflessioni interlocutorie sulle conseguenze della trasformazione del decreto-legge*, in *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Milano 1996 (del quale, ora: *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, cit., 60); FALCON, *Il decreto 112 e il percorso istituzionale italiano*, in *Le Regioni*, 1998. Ad analoghe conclusioni sembra pervenire MEZZANOTTE, M., *Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali*, cit., 335. Tra le opinioni in senso diverso si segnala quella di SORRENTINO, *Spunti sul controllo della Corte costituzionale sui decreti-legge sulle leggi di conversione*, in *Dir. e Soc.*, 3/1974 523, secondo il quale, ove si tratti di derogare alla Costituzione, potrebbe ipotizzarsi un decreto-legge da convertire in legge costituzionale (contra, però, PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 240). Sui termini generali della questione, è d'obbligo il riferimento alle considerazioni equilibrate e realistiche di CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II *L'ordinamento costituzionale italiano*, V ed., Padova 1984, 88: "Sebbene gli argomenti di ordine testuale su cui si vorrebbero fondare queste tesi [le tesi che riconoscono al decreto-legge la possibilità di incidere su oggetti od assumere contenuti sottratti alle leggi ordinarie] sembrano, in verità, poco consistenti, è innegabile che essi esprimono realisticamente un nucleo di verità e si adeguano alla funzione anche storicamente originaria ed essenziale della decretazione d'urgenza, che è di assicurare la sopravvivenza dello Stato e dell'ordinamento, facendo fronte a situazioni imprevedibili che la mettano in pericolo".

³³ Con riferimento alla sostituzione in caso di inattività regionale: D'ATENA, *L'autonomia legislativa delle Regioni*, Roma 1974, 173 s.; ID., *Le Regioni italiane e la Comunità economica europea*, Milano 1981, 63 ss., 83 ss.; ID., *Regolamenti ministeriali e surrogazione delle Regioni*, in *Giur. cost.*, 1987; nonché, con riferimento all'attuale situazione normativa, ID., *Diritto regionale*, cit., 353 ss. In questa linea, con varie sfumature: RESCIGNO, G. U., *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, in *Dir. Pubbl.*, 3/2002, 816 s.; ID.; *Un decreto-legge secundum Constitutionem per "salvare" la lista del Pdl*, in *ASTRID, Materiali/Forum: La costituzionalità del Decreto salva liste* (http://194.185.200.102/FORUM-Dec/Note-e-con/11_bis_Rescigno_decreto-legge-salva-liste.pdf); GIANFRANCESCO, *Il potere sostitutivo*, in GROPPOLI, OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie*, II ed., Torino 2003, 239 ss.; SALERNO, *I poteri sostitutivi del Governo nella legge n. 131 del 2003*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, IV, Napoli 2004, 2008 ss.; CAMERLENGO, *Potere sostitutivo (dir. cost.)*, in *Digesto discipl. pubbl.* Aggiornamento III, tomo 2,

ora, in combinato disposto con l'articolo 120, secondo comma, per quanto riguarda il rispetto del principio di leale collaborazione³⁴). Tra l'altro, aperture in questo senso sono offerte dalla prassi³⁵, nonché dalla giurisprudenza costituzionale. Si pensi, ad esempio, alla sentenza n. 361/2010, la quale, sia pure in forma dubitativa, ipotizza che all'articolo 120 possa ricondursi "il potere del Governo di adottare atti con forza di legge in sostituzione di leggi regionali, [...] eccezionalmente derogando al riparto costituzionale delle competenze legislative fra Stato e Regioni, tramite l'esercizio in via temporanea dei propri poteri di cui all'art. 77 Cost."³⁶.

La preferibilità del decreto-legge all'irruzione del fatto non regolato per affrontare situazioni di emergenza che non possano trovare l'ordinamento inerte è confermata dalla sequenza procedimentale dettata a questo riguardo dalla Costituzione. La quale circonda tale strumento di una serie di cautele di tutto rilievo.

Essa, anzitutto, non solo dispone che il decreto-legge, sia deliberato dal Governo nella sua collegialità³⁷, ma chiarisce anche che il Governo lo adotta *sotto la sua responsabilità*³⁸: una

Torino, 2008, 659 s.; MARINI, F.S., *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, cit., 72. In generale, sui limiti che s'impongono alla decretazione d'urgenza, per tutti: PALADIN, *Le fonti del diritto*, cit., 239 ss.; SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova 2009, 209 ss. Sul carattere temporaneo della disciplina posta dal decreto-legge, per tutti: ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., 852; LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 320; MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, cit., 70.

³⁴ Sulle complesse questioni che sorgono a riguardo, v., le riflessioni molto argomentate di SALERNO, *I poteri sostitutivi del Governo nella legge n. 131 del 2003*, cit., 2009 ss., ad avviso del quale, l'uso del decreto-legge in funzione sostitutiva, non solo andrebbe coordinato con l'articolo 120, secondo comma, ma dovrebbe anche essere esercitato nel rispetto della disciplina dettata dall'art. 8, quarto comma, l. n. 131/2003, stando al quale, come noto, i provvedimenti adottati dal Governo in casi di assoluta urgenza vanno immediatamente comunicati alla Conferenza competente, che può chiederne il riesame. Secondo Salerno, infatti, in sede di conversione del decreto-legge, il Governo può proporre eventuali emendamenti ispirati dalla richiesta di riesame (emendamenti, che, ovviamente, spetterà al Parlamento valutare). Per la diversa tesi secondo cui l'art. 8, quarto comma, cit., essendo calibrato sugli atti amministrativi, non potrebbe trovare impiego con riferimento alla decretazione d'urgenza: D'ATENA, *Diritto regionale*, cit., 353 s. Muovendo da questo presupposto, si è sostenuto (TAMBURRINI, *I poteri sostitutivi statali. Tra rispetto dell'autonomia regionale e tutela del principio unitario*, Milano 2012, 124 ss., 128 s.) che il principio di leale collaborazione, espressamente richiamato dall'articolo 120, secondo comma, Cost., possa essere soddisfatto, mediante la convocazione del Presidente della Giunta regionale alle sedute del Consiglio dei Ministri in cui si delibere l'adozione di un decreto-legge in funzione sostitutiva, applicando analogicamente il primo comma dell'art. 8, più volte citato (così anche DI FOLCO, *Profili problematici dell'intervento sostitutivo del Governo nei confronti della regione Puglia per imporre la doppia preferenza di genere*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2020, 1199). La modalità è stata applicata in sede di adozione del d.l. n. 86/2020, che ha avviato, in via sostitutiva, all'omesso adeguamento del legislatore regionale pugliese al principio legislativo statale che impone la doppia preferenza di genere nell'accesso alle cariche elettive (sull'intera vicenda, v., tra gli altri, DI FOLCO, *Profili problematici dell'intervento sostitutivo del Governo nei confronti della regione Puglia per imporre la doppia preferenza di genere*, cit.; COLASANTE, *Il Governo "riscrive" la legge elettorale della Regione Puglia con la doppia preferenza di genere: profili problematici dell'esercizio del potere sostitutivo sulla potestà legislativa regionale*, in *federalismi.it*, 25/2020). In tale occasione, alla seduta del Consiglio dei Ministri è stato invitato il Presidente della Giunta regionale pugliese. Seguendo questa linea interpretativa, dovrebbe ritenersi che, nel caso di interventi sostitutivi che riguardino la totalità delle Regioni, alla seduta del Consiglio dei Ministri vada invitato il Presidente della Conferenza delle Regioni.

³⁵ Per esempi, v. la casistica ricordata da TAMBURRINI, *Sull'esercizio in forma indiretta dei poteri sostitutivi statali. Lo strano caso della legge commissariale*, in *Rass.parl.*, 2/2011, 377 ss., 382 s., nt. 14. A tale casistica può aggiungersi il d.l. n. 86/2020, citato nella nota precedente.

³⁶ Sulla decisione, per tutti: TAMBURRINI, *Sull'esercizio in forma indiretta dei poteri sostitutivi statali. Lo strano caso della legge commissariale*, cit., 377 ss., 381 ss.

³⁷ Al riguardo: ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., 855, nt. 77.

³⁸ Il riferimento alla responsabilità del Governo è fondamentale. Se, infatti, si considera che i membri del Parlamento sono irresponsabili per i voti dati nell'esercizio delle loro funzioni (art. 68, primo comma, Cost.), in esso può ravvisarsi una garanzia che non può essere offerta dall'ordinaria forma legislativa e un elemento

responsabilità, non solo politica ma anche e soprattutto giuridica per i danni che possano derivare dalla sua mancata conversione. È, infatti, diffusa l'opinione che in tal caso i membri del Consiglio dei Ministri possano essere chiamati a rispondere anche a titolo di responsabilità civile³⁹.

Prima che venga pubblicato ed entri in vigore, esso è, inoltre, sottoposto, per l'emanazione, al Presidente della Repubblica, il quale, qualora ritenga che dal suo ingresso nell'ordinamento possano derivare danni irreparabili, può non emanarlo, senza bisogno di trasmetterlo al Governo per un eventuale riesame⁴⁰.

È, peraltro, da ricordare che, essendo i decreti-legge normalmente sottoposti all'attenzione del Presidente della Repubblica prima della loro adozione formale, può accadere (e accade) che il Capo dello Stato effettui una sorta di rinvio, comunicando con lettera al Presidente del Consiglio dei Ministri la sua intenzione di non procedere all'emanazione⁴¹. Illuminante, in proposito, è la lettera inviata il 6 febbraio 2009 dal Presidente Napolitano al Presidente Berlusconi anteriormente all'approvazione, da parte del Consiglio dei Ministri, del decreto-legge sul caso Englaro⁴². In essa, tra l'altro, si legge: "ricordo infine che il potere del Presidente della Repubblica di rifiutare la sottoscrizione di provvedimenti di urgenza manifestamente privi dei requisiti di straordinaria necessità ed urgenza previsti dall'art. 77 della Costituzione o per altro verso manifestamente lesivi di norme e principi costituzionali discende dalla natura

rafforzativo della tesi secondo cui il decreto-legge può andare al di là di quanto disponibile dalla legge (con l'ovvia eccezione della legge di conversione, in quanto conforme al provvedimento d'urgenza cui si riferisce). Per l'impostazione in questi termini: ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., 851 s.

³⁹ In argomento, tra i primi PALADIN, *In tema di decreti-legge*, cit., 545 s. (del quale, v. ora: ID., *Le fonti del diritto italiano*, cit., 264 s.). Nella dottrina più recente: SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 230 s.; GUZZETTA, *Le fonti dell'emergenza alla prova della pandemia*, cit., 82. V., tuttavia, per l'osservazione che le responsabilità di cui all'art. 77 Cost. siano molto astratte e difficilmente suscettibili di essere fatte valere: ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino 1984, 186 s.

⁴⁰ Gode di largo seguito in dottrina la tesi secondo cui l'emanazione del decreto-legge non costituirebbe un atto dovuto per il Presidente della Repubblica. Per tutti: ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., 856; MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 705; CICONETTI, *Decreti-legge e poteri del Presidente della Repubblica*, in *Dir. e soc.*, 3/1980, 561 ss.; SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 202 ss. In senso diverso, tuttavia, MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, cit., 56.

⁴¹ In argomento, v. in particolare: LUCIANI, *L'emanazione presidenziale dei decreti-legge (spunti a partire dal caso E.)*, Relazione al Seminario di Astrid dal titolo *Il potere, le regole, i controlli: la Costituzione e la vicenda Englaro*, Roma, 5 marzo 2009, in www.astrid.eu, cui si rinvia, anche per i diffusi riferimenti al dibattito dottrinale; ROMBOLI, *Il controllo presidenziale e quello della Corte costituzionale: qualche osservazione in merito al rifiuto di emanazione del decreto-legge per il caso Englaro, ibidem* (che sottolinea l'infungibilità del controllo presidenziale in sede di emanazione, quando si tratti di "impedire l'entrata in vigore del decreto ed il determinarsi di effetti irreversibili anche nei riguardi dei diritti fondamentali della persona"); CARNEVALE, *Emanare, promulgare e rifiutare. In margine alla vicenda Englaro, ibidem*, con serrato confronto tra i poteri spettanti al Capo dello Stato in sede di promulgazione delle leggi e in sede di emanazione dei decreti-legge.

⁴² Su tale episodio: LUCIANI, *L'emanazione presidenziale dei decreti-legge (spunti a partire dal caso E.)*, cit. *passim*; ROMBOLI, *Il controllo presidenziale e quello della Corte costituzionale: qualche osservazione in merito al rifiuto di emanazione del decreto-legge per il caso Englaro*, cit.; CARNEVALE, *Emanare, promulgare e rifiutare. In margine alla vicenda Englaro*, cit., il quale, tra l'altro, sottolinea che "il comunicato del Presidente della Repubblica con cui si dà notizia del diniego di emanazione del decreto-legge adottato dal Governo pare effettivamente alludere ad un vero e proprio veto assoluto", e conclude che, nella specie, la mancata emanazione fosse giustificata dalla mancanza, sia dei presupposti di necessità ed urgenza, sia dell'oggetto. V. anche SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 204, che riconduce il comportamento tenuto allora dal Presidente Napolitano alla configurazione del Capo dello Stato come magistratura d'influenza, prevalentemente esplicantesi in attività, per lo più informali, dirette a far conoscere anche preventivamente le proprie valutazioni al Governo.

della funzione di garanzia istituzionale che la Costituzione assegna al Capo dello Stato ed è confermata da più precedenti consistenti sia in formali dinieghi di emanazione di decreti-legge sia in espresse dichiarazioni di principio di miei predecessori”⁴³. Onde, la conclusione: “confido che una pacata considerazione delle ragioni da me indicate in questa lettera valga ad evitare un contrasto formale in materia di decretazione di urgenza che finora ci siamo congiuntamente adoperati per evitare”⁴⁴.

Va infine rammentato che, per sanare il *vulnus* determinato dall’adozione, in difetto di previa abilitazione da parte del Parlamento, di un atto normativo di rango primario (ma anche, come si è visto, eccezionalmente legittimato a derogare a nome costituzionali⁴⁵), la Costituzione prevede che il decreto-legge sia convertito in legge nel termine di 60 giorni e che, in difetto di tale conversione, esso perda efficacia sin dall’inizio⁴⁶. Come ha chiarito Carlo Esposito, dalla necessità della conversione in legge non può argomentarsi che al decreto-legge si estendano i limiti che normalmente valgono nei confronti degli atti legislativi⁴⁷. Le leggi di conversione di un decreto-legge, infatti, non sono comuni leggi, ma, appunto, “leggi di conversione”, chiamate, a pieno titolo, ad integrare la fattispecie dello straordinario strumento di chiusura previsto dalla Costituzione.

5. E se il Parlamento non può riunirsi?

A completamento delle riflessioni svolte nel paragrafo precedente, occorre porsi un’ultima domanda. Il fatto che il decreto-legge possa consolidare i propri effetti solo a seguito della legge di conversione, impone, infatti, di chiedersi che cosa accada se il Parlamento – a causa dei caratteri dell’emergenza – non sia in condizione di riunirsi. D’altra parte, che la regola dell’esame immediato da parte dell’organo legislativo non possa subire eccezioni è confermato dal secondo comma dell’articolo 77, stando al quale, com’è noto, le Camere, “anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni”.

Alla medesima *ratio* obbedisce, inoltre, l’articolo 78, che, prendendo in considerazione un’ipotesi in cui l’ordinario funzionamento delle istituzioni non può essere garantito, stabilisce che, in caso di guerra, le Camere conferiscano al Governo i poteri necessari.

⁴³ Tali precedenti sono puntualmente elencati nel *Poscritto* alle lettera del Presidente Napolitano.

⁴⁴ Sul possibile seguito della vicenda, per effetto di un disegno di legge riproduttivo del decreto-legge non emanato (il cui ulteriore corso è stato interrotto dal decesso di Eluana Englaro) e sul ruolo del Capo dello Stato nei confronti della legge eventualmente adottata dal Parlamento: AZZARITI, *Era ipotizzabile un rinvio alle Camere della legge che il Parlamento si apprestava ad approvare per bloccare l’esecuzione della decisione “Englaro”*, in *Astrid Rassegna*, 2009.

⁴⁵ ... ovvero a sospendere l’efficacia, come mette in luce RUGGERI, *Fonti e norme nell’ordinamento e nell’esperienza costituzionale*, cit., 345.

⁴⁶ Per agevolare la tempestività della conversione, si è proposto, modificando i regolamenti parlamentari, di ammettere l’utilizzazione del procedimento decentrato (cui non si oppone l’ultimo comma dell’art. 72 Cost.). Così SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost – Unità per la Costituzione*, 10 aprile 2020, cit.

⁴⁷ ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., 852: “non varrebbe sostenere che, poiché i provvedimenti del Governo [...] si convertiranno in legge ordinaria, essi non possano eccederne la competenza. La legge di conversione è una legge tutto affatto speciale, collegantesi al provvedimento del Governo che essa converte e da cui deriva. Perciò non è lecito dedurre dai limiti della legge ordinaria in generale che cosa possa farsi con provvedimenti del Governo in ipotesi di necessità ed urgenza. Proprio all’opposto, invece, da ciò che secondo Costituzione può disporsi con provvedimento provvisorio del Governo, deve dedursi quel che può disporsi con legge ordinaria di conversione”.

Non è privo di significato, infine, che in Ungheria, il 30 marzo 2020, sia stata adottata una legge per il contenimento del coronavirus⁴⁸, la quale, facendo leva sulla (pretesa) impossibilità del Parlamento di riunirsi e invocando (e forzando) le norme costituzionali che regolano gli stati di necessità (come lo stato di emergenza, lo stato di crisi nazionale e – ciò che rileva nel nostro caso – lo “stato di estremo pericolo”⁴⁹), ha sospeso l’attività del Parlamento. Essa, inoltre, ha abilitato il Governo a derogare, mediante decreto, ad ogni previsione legislativa e ad adottare “altre misure straordinarie”, per l’intera durata dello stato di pericolo⁵⁰ (e non per 15 giorni, salvo estensione parlamentare, secondo quanto prevede l’articolo 53, terzo comma, della legge fondamentale ungherese⁵¹). Il che – non a caso – ha immediatamente allarmato l’Unione europea⁵².

In Italia, il problema è affrontato da una proposta di legge costituzionale avanzata dagli onorevoli Ceccanti ed altri, secondo la quale, ove il regolare funzionamento del Parlamento sia minacciato da eventi di eccezionale gravità, le Camere dichiarino, a maggioranza qualificata, lo stato di emergenza per un periodo limitato, istituendo contestualmente una Commissione bicamerale, chiamata ad assumere le funzioni dell’assemblea legislativa e ad operare anche in deroga al riparto di competenze tra Stato e Regioni. La proposta prevede, inoltre, che, entro un anno dalla cessazione dello stato di emergenza, il Parlamento individui, tra le disposizioni adottate dalla Commissione bicamerale, quelle destinate a perdere efficacia⁵³.

Ma pure sulla necessità di questa proposta è lecito avanzare più di un dubbio.

In primo luogo, non va dimenticato che, anche nelle fasi di maggiore severità del *lock-down*, il Parlamento, sia pure con incertezze nella prima fase, è stato, tutto sommato, in condizione di funzionare, rispettando le comuni precauzioni previste per evitare il contagio⁵⁴.

Inoltre, si potrebbe seguire l’autorevole indicazione⁵⁵ di modificare i regolamenti parlamentari, per consentire che l’approvazione della legge di conversione avvenga in

⁴⁸ Act XII of 2020 on the containment of coronavirus (secondo la traduzione in inglese riportata nel sito del Governo ungherese)

⁴⁹ Art. 53 Legge fondamentale ungherese.

⁵⁰ Sez. 2 Act XII of 2020, il quale prevede che i poteri da esso conferiti valgano “during the period of the state of danger”.

⁵¹ L’articolo 53, infatti, da un lato, prevede che, terminato lo stato di pericolo, i decreti adottati dal Governo perdano efficacia (quarto comma), d’altro lato, che tali decreti siano efficaci per 15 giorni, a meno che il loro effetto non sia esteso sulla base di autorizzazione dell’Assemblea nazionale (terzo comma).

⁵² In proposito, v. quanto riferiscono Reuters il 2.4.2020 (<https://news.trust.org/item/20200402100718-9f3pd/>), nonché GUTSCHKER, LÖWENSTEIN, *Wird bei der Corona-Bekämpfung die Rechtsstaatlichkeit ausgehebelt?*, nel sito web della *Frankfurter Allgemeine*, 25.3.2020. V. anche la *Risoluzione del Parlamento europeo del 17 aprile 2020 sull’azione coordinata dell’UE per lottare contro la pandemia COVID-19 e le sue conseguenze* (2020/2616(RDP)), n. 46, ove si legge che il P.E. “ritiene totalmente incompatibil[e] con i valori europei [...] la decisione del governo ungherese di prolungare lo stato di emergenza a tempo indeterminato, autorizzare l’esecutivo a governare per decreto senza limiti di tempo e di indebolire la sorveglianza di emergenza del Parlamento”.

⁵³ AC, n. 2452, proposta di legge costituzionale di iniziativa dei deputati Ceccanti, Bazoli, Rubisutti ed altri (*Introduzione degli articoli 55-bis e 55-ter della Costituzione, concernenti la dichiarazione dello stato di emergenza e l’istituzione di una Commissione parlamentare speciale per l’esercizio delle funzioni delle Camere*), presentata il 30 marzo 2020.

⁵⁴ In argomento, spec. LIPPOLIS, *Il rapporto Parlamento-Governo nel tempo della pandemia*, in *Riv.AIC*, 1/2021, 274 ss. (con attento esame dei problemi verificatisi e delle proposte formulate), constatando, peraltro, una crisi delle nostre Assemblee parlamentari, che non è nata con la pandemia.

Commissione, anziché in Aula (ciò che non è imposto dalla riserva di assemblea di cui all'ultimo comma dell'art. 72 Cost.).

Non può, infine, escludersi la possibilità di riunioni parlamentari a distanza, come quelle che si tengono nel Parlamento europeo⁵⁶.

In conseguenza di ciò, non sembrano sussistere ostacoli alla conversione in legge, da parte delle assemblee parlamentari, dei provvedimenti d'urgenza eventualmente adottati dal Governo, in caso di grave emergenza sanitaria. Senza contare che, se l'emergenza fosse effettivamente ostativa della tempestiva conversione in legge, potrebbe prendersi in considerazione la reiterazione del decreto-legge⁵⁷. La quale, secondo la notissima sent. n. 360/1996 della Corte costituzionale, è eccezionalmente ammissibile se il nuovo decreto-legge "risulti fondato su autonomi (e, pur sempre, straordinari) motivi di necessità ed urgenza". Non sembra, infatti, contestabile che tra tali motivi rientri (e non possa non rientrare) l'impossibilità del Parlamento di riunirsi.

6. Conclusioni

È incontestabile che, nel contrasto all'attuale pandemia, non tutto abbia funzionato nel migliore dei modi, e che a ciò non siano state estranee le Regioni (o, almeno, alcune tra esse)⁵⁸. Si pensi, ad esempio, alle diverse strategie adottate nella selezione delle categorie da

⁵⁵ ... dovuta – come abbiamo già visto – a SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost – Unità per la Costituzione*, 10 aprile 2020, cit.

⁵⁶ Quindi, se si ritiene che esse siano impedito dall'articolo 64, terzo comma, della Costituzione (ma il punto è controverso), è su questo versante che dovrebbe esercitarsi il potere di revisione della Costituzione. In argomento, v., in vario senso: MALASCHINI, *Procedure parlamentari e legislazione d'emergenza*, in *SOG Working Paper 57*, March 2020; LUPO, *L'attività parlamentare in tempi del coronavirus*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2/2020, 127 ss.; CURRERI, *L'attività parlamentare ai tempi del Covid-19: fiat iustitia et pereat mundus?* 11 marzo 2020, in *la costituzione.info*; AZZARITI, *Il Diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020, IV; PASQUINO, *Il Corona virus contro il Parlamento*, 11 marzo 2020, in *la costituzione.info*; CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, Editoriale – 18 marzo 2020, in *federalismi.it*, 6/2020, VII ss.; SCACCIA, CARBONI, *Funzionalità del Parlamento e modalità del voto in emergenza*, in MARINI, F.S., SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, cit., 93 ss.; NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, in *Rivista AIC*, 1/2021, 148 ss. Per il netto ripudio del "televoto", v. infine, SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit., facendo leva sull'impossibilità di garantire, attraverso questa modalità, la segretezza dell'espressione di voto, quando sia richiesto il voto segreto; sul punto, v. anche CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, cit., VIII. Per un quadro comparatistico: BAR-SIMAN-TOV, *Parliamentary Activity and Legislative Oversight during the Coronavirus Pandemic – A Comparative Overview*, in <https://www.researchgate.net/publication/340091555> *Parliamentary Activity and Legislative Oversight during the Coronavirus Pandemic – A Comparative Overview*; ROSINI, *Il voto elettronico tra standard europei e principi costituzionali. Prime riflessioni sulle difficoltà di implementazione dell'e-voting nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Rivista AIC*, 1/2021, 1 ss.

⁵⁷ Così: MALASCHINI, *Procedure parlamentari e legislazione d'emergenza*, cit., 12. Analogamente CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, cit., VII.

⁵⁸ Sul punto, in senso decisamente critico: BALDINI, *Emergenza sanitaria e personalismo "asimmetrico" nelle politiche regionali. Aspetti problematici ... e rischiosi*, cit., 1333 ss. Per una valutazione complessiva del ruolo concretamente giocato dalle Regioni, BUZZACCHI, *Le Regioni e le politiche per i diritti economici e sociali al tempo della pandemia*, in *Riv. AIC*, 1/2021, 278 ss., 286 ss., mentre, per la sottolineatura, sia pure in una vicenda in cui non sono mancate ombre, del valore aggiunto rappresentato dalle istituzioni regionali (che, se non esistessero, bisognerebbe inventarle): ALLEGRETTI, BALBONI, *Autonomismo e centralismo nella lotta contro la pandemia coronavirus*, in *Forum di Quaderni cost.*, 1/2020, 538 ss. Una panoramica dei provvedimenti adottati dalle Regioni durante l'attuale emergenza sanitaria è offerta da CARULLO, PROVENZANO, *Le Regioni alla prova della pandemia da Covid-19*, vol. I e

vaccinare prioritariamente, che evidenziano disparità di trattamento difficilmente giustificabili. Si pensi, ancora, alle inefficienze, registratesi in parti del territorio, nella gestione degli appuntamenti vaccinali. Si pensi, infine, e più in generale, alle lentezze e alle farraginosità che hanno contrassegnato in più casi il funzionamento della macchina amministrativa (non solo regionale), con conseguente ritardo nell'attuazione delle misure previste (anche quando queste avrebbero richiesto di essere rese operanti con immediatezza)⁵⁹.

Ebbene, è difficile sostenere che tutto ciò sia dipeso dal riparto di competenze tra lo Stato e le Regioni e che, conseguentemente, le divise modifiche della disciplina costituzionale possano, in qualche misura, scongiurare che in futuro fenomeni del genere abbiano a verificarsi. Lo Stato, infatti, avrebbe avuto (ed ha) tutti gli strumenti necessari ad assumere direttamente il governo dell'emergenza⁶⁰. E questo – si badi – anche senza bisogno di invocare la sua competenza esclusiva in materia di profilassi internazionale.

Le ipotesi di revisione della Costituzione sulle quali ci siamo soffermati sembrano, pertanto – sia detto con tutto il rispetto –, un esempio di *aberratio ictus*, se non un alibi per non affrontare problemi di gestione amministrativa e di riforma legislativa (si ripete: *legislativa*) che richiedono ben altro impegno di quello necessario a formulare emendamenti costituzionali, magari non adeguatamente meditati.

Del resto, non si tratta di una novità, se è vero – come scriveva sconsolatamente nel 1996 Indro Montanelli – che “in Italia si può cambiare soltanto la Costituzione. Il resto rimane com'è”⁶¹.

vol. II, Napoli 2020. Una documentazione, comprensiva anche degli interventi dello Stato è fornita da DRIGO, MORELLI (a cura di), *L'emergenza da Covid-19. Normativa, atti normativi, giurisprudenza e bibliografia*, in *Diritti regionali*, 22 aprile 2020; nonché dall'Osservatorio Issirfa-Cnr, *Misure contenimento Covid-19*, nel sito dell'issirfa-cnr. Per una rassegna: IACOVIELLO, *Misure di emergenza Coronavirus: nota di sintesi sulle disposizioni vigenti*. Testo aggiornato al giorno 16 aprile 2020, nel medesimo sito.

⁵⁹ Sul ruolo che, nel corso della presente pandemia, ha giocato l'inefficienza del sistema amministrativo: STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, cit., 549 s. Per un'analisi sconsolata degli inveterati e sempre irrisolti problemi che affliggono l'apparato amministrativo dello Stato: CELOTTO, *Emergenza e pubblica Amministrazione*, in *Riv. AIC*, 1/2021, 426 ss.

⁶⁰ In dottrina, ad esempio, si denuncia da più parti il mancato (o cattivo) uso, da parte delle autorità centrali, di poteri loro spettanti. V. ad es.: SALERNO, *Coronavirus, decreto del Governo/ Caos e scontro tra poteri: 4 domande a Conte*, in “*Il Sussidiario.net*”, 26 febbraio 2020; BALDUZZI, *Cinque cose da fare (e da non fare) in sanità nella (lunga e faticosa) transizione verso il post-pandemia*, in *Corti supreme e salute*, 2/2020, 346; BIN, *Caro Orlando, il vero problema della sanità è al centro, non in periferia*, 3 aprile 2020. in *la costituzione.info*; LONGO, *Episodi e momenti del conflitto Stato-regioni nella gestione della epidemia da Covid-19*, cit., 405 ss.; D'ORLANDO, *Emergenza sanitaria e Stato regionale: spunti per una riflessione*, cit., 587 ss.; BELLETTI, *La “confusione” nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, cit., 192 ss.; CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme o mai ineludibili*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 3/2020, 8 ss. Un profilo sul quale si sono addensate le analisi (prevalentemente) critiche della dottrina è quello dei dd.P.C.M.; a titolo esemplificativo, v.: LUCIANI, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza*, cit., 10 ss.; MABELLINI, *La problematica tenuta delle riserve di legge nella gestione policentrica dell'emergenza sanitaria*, in MARINI, F.S., SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, cit., 59 ss.; CALAMO SPECCHIA, LUCARELLI, SALMONI, *Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della pandemia. Illegittimità diffuse e strumenti di tutela*, in *Riv. AIC*, 1/2021, 404 ss.; GRISOLIA, *Brevi spunti introduttivi e qualche domanda su “emergenza e Governo-Pubblica Amministrazione”*, *ibidem*, 436 ss.

⁶¹ Si tratta di una citazione di seconda mano, che traggio da HÄBERLE, *Introduzione a La legge fondamentale tedesca*, tradotta da Adele Anzon e Jörg Luther, Milano 1997, I, che, a propria volta, la mutua da un articolo apparso nella *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 15 agosto 1996. Lo stile è sicuramente “montanelliano”, anche se la traduzione dal tedesco non consente di affermare con sicurezza che il testo citato coincida, parola per parola, con l'originale italiano. Debbo confessare che le ricerche da me fatte nell'archivio del *Corriere della sera* non hanno dato esito. Ho,



Ma siamo proprio certi che la coazione a ripetere sia una patologia senza uscita?

tuttavia, trovato un pensiero parzialmente corrispondente nella edizione della "Stanza di Montanelli" del 17 luglio 1996, 33: "Sono convinto che una nuova Costituzione non servirebbe a nulla [...] Le Costituzioni noi sappiamo scriverle [...] È nell'applicazione che siamo debolucci".