

MASSIMO LUCIANI

(PROFESSORE ORDINARIO DI ISTITUZIONI DI DIRITTO PUBBLICO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA - UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA - LA SAPIENZA)

Appunti

Per l'audizione innanzi la 1^a Commissione - Affari costituzionali - del Senato della
Repubblica - 21 ottobre 2020

1.- Il disegno di legge del quale oggi si discute (XVIII Legislatura - AS 1970) ha per oggetto la conversione in legge del decreto-legge 7 ottobre 2020, n. 125, pubblicato in G. U. 7 ottobre 2020, n. 248, recante “Misure urgenti connesse con la proroga della dichiarazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19 e per la continuità operativa del sistema di allerta COVID, nonché per l’attuazione della direttiva (UE) 2020/739 del 3 giugno 2020”.

Come avevo osservato in occasione dell’audizione cui avevo avuto l’onore di essere invitato il 5 giugno 2020, avente a oggetto il disegno di legge di conversione del decreto-legge n. 33 del 2020, anche stavolta siamo di fronte a un decreto-legge che fa parte di una nutrita serie di provvedimenti legislativi d’urgenza, inaugurata dal d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, che ha fatto seguito alla “Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all’insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili”, di cui alla deliberazione del Consiglio dei Ministri in data 31 gennaio 2020. Ora, a tale deliberazione si aggiunge quella, di proroga dello stato di emergenza di rilevanza nazionale, del 7 ottobre 2020.

Il disegno di legge (meglio: il decreto-legge ch’esso intende proporre di convertire in legge) sollecita alcuni interrogativi, di stretto diritto costituzionale. Mi limito a segnalare i principali (tralasciandone altri pur importanti, come quelli concernenti l’organizzazione della giustizia da remoto).

2.- Il primo riguarda il sistema delle fonti per come articolatosi nel periodo emergenziale.

Da parte di alcuni studiosi sono stati prospettati dubbi sulla conformità a Costituzione di un sistema articolato soprattutto attorno all’alternarsi di decreti-legge e di d.P.C.M. La mia posizione è diversa, ma, per non tediare la Commissione, come già in occasione della precedente audizione, devo ricorrere al pur inelegante espediente di rinviare, sul punto, a quanto osservavo nel mio *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2 del 2020, 109 sgg., ove constatavo che sul piano dell’assetto formale delle fonti i principi costituzionali dovevano

ritenersi rispettati.

3.- Il secondo interrogativo riguarda l'osservanza dei precetti costituzionali (*ex art. 77 Cost.*) che reggono la decretazione legislativa d'urgenza.

Qui, a me sembra, non vi sono problemi per quanto concerne i due presupposti della necessità e dell'urgenza, il cui ricorrere, come è ben noto, sin dalla sent. n. 29 del 1995, è oggetto di sindacato da parte della Corte costituzionale. Il decreto-legge in commento, infatti, ragionevolmente motiva in base alla considerazione che *“la curva dei contagi in Italia dimostra che persiste una diffusione del virus che provoca focolai anche di dimensioni rilevanti, e che sussistono pertanto le condizioni oggettive per il mantenimento delle disposizioni emergenziali e urgenti dirette a contenere la diffusione del virus”*.

Rispettato sembra anche il requisito (non qualificabile come presupposto), che la giurisprudenza costituzionale ha desunto dall'art. 77 Cost., della necessaria omogeneità. Infatti (riprendo, qui, alcune considerazioni già svolte nella precedente audizione):

a) la Corte costituzionale ha affermato che l'art. 77 Cost. esige la *“intrinseca coerenza delle norme contenute in un decreto-legge, o dal punto di vista oggettivo e materiale, o dal punto di vista funzionale e finalistico”* (sent. n. 22 del 2012);

b) l'omogeneità, qui, è - appunto - di tipo “funzionale” e “finalistico” (l'obiettivo delle varie previsioni normative, pur contenutisticamente diverse fra loro, è il contrasto alla pandemia).

È opportuno segnalare, peraltro, che l'omogeneità dovrà perdurare anche a fronte di eventuali emendamenti introdotti dalla legge di conversione. Sempre la Corte costituzionale, infatti:

a) ha rilevato la violazione dell'art. 77 Cost. *“quando le disposizioni aggiunte siano totalmente «estrane» o addirittura «intruse», cioè tali da interrompere ogni correlazione tra il decreto-legge e la legge di conversione”* (sent. n. 247 del 2019);

b) ha affermato che l'adozione di un provvedimento legislativo d'urgenza in carenza dei presupposti *“determina tanto un vizio del decreto-legge, quanto un vizio in procedendo della legge che ne disponga la conversione”* (così, ad es., sent. n. 5 del 2018).

Più complesso il discorso sulla straordinarietà, essa pure prevista dall'art. 77 Cost. La straordinarietà, invero, non è un “presupposto” del (legittimo) decreto-legge. I presupposti, infatti, ineriscono al singolo decreto legge e condizionano la possibilità concreta di adottarlo. La straordinarietà, invece, attiene all'*istituto* del decreto legge e si sostanzia nella prescrizione che la decretazione d'urgenza non può essere uno strumento ordinario di normazione primaria.

Applicando questa sistematica al caso che qui interessa, la questione fondamentale è quella della trasformazione della straordinarietà in ordinarietà: è quanto sta avvenendo con la proroga dello stato di emergenza di rilevanza nazionale e con l'utilizzazione diffusa della decretazione d'urgenza? A tal proposito si deve, a mio avviso, distinguere.

Decretazione legislativa d'urgenza e decreti del Presidente del Consiglio sono perfettamente ragionevoli e legittimi a fronte delle mutevoli esigenze che sono poste da una pandemia che ha una natura cangiante. L'andamento imprevedibile del virus, le sue potenziali trasformazioni, la variabilità delle condizioni in cui esso agisce, tutto questo suggerisce che l'ordinamento continui a usare, nel contrasto quegli strumenti flessibili.

Ragionamento diverso, tuttavia, va fatto quanto a tutto ciò che non è direttamente connesso con questa natura cangiante e imprevedibile della pandemia. L'ordinamento, ormai, non può più dirsi colto di sorpresa dall'emergenza e deve recuperare tutti gli strumenti ordinari di normazione e di governo che gli consentono di far fronte alle esigenze del momento. Qui, il Parlamento deve recuperare tutta la sua centralità e non limitarsi a intervenire in sede di conversione dei decreti-legge o di discussione sui provvedimenti del Presidente del Consiglio, pena la violazione del precetto costituzionale della straordinarietà.

4.- Venendo ora al contenuto del decreto-legge, poiché in massima parte si tratta di proroghe di misure già assunte, è bene concentrarsi su quella che appare la novità più rilevante. Si tratta dell'art. 1, comma 2, ove, novellando l'art. 16 del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33 (conv., con modif., in l. 14 luglio 2020), si dispone che *“le parole «, ampliative o restrittive, rispetto a quelle disposte ai sensi del medesimo articolo 2»”* sono *“sostituite dalle seguenti: «restrittive rispetto a quelle disposte ai sensi del medesimo articolo 2, ovvero, nei soli casi e nel rispetto dei criteri previsti dai citati decreti e d'intesa con il Ministro della salute, anche ampliative»”*. Si tratta, a mio avviso, di un'innovazione solo parzialmente condivisibile.

La vecchia versione dell'art. 16 del d.l. n. 33 del 2020, invero, lasciava assai perplessi, perché si consentiva alle Regioni di intervenire con misure sia ampliative che restrittive rispetto a quelle adottate in sede di normazione statale. Ora, quelle ampliative sono assoggettate alla previa intesa con il Ministro della salute. Si tratta di una previsione opportuna, ma insufficiente.

Occorre osservare che le Regioni siano titolari di importanti competenze connesse alla fase emergenziale (prime fra tutte, quelle in materia di salute). Proprio sul piano dei rapporti fra Stato e Regioni, però, i primi due mesi dell'emergenza hanno mostrato le criticità più rilevanti,

alternandosi eccessi centralistici e localistiche fughe in avanti. Il sistema, poi, si è assestato, con organiche interlocuzioni delle Regioni (pel tramite dei loro Presidenti) tra di loro e tra le Regioni e lo Stato. Ebbene: la formalizzazione più garantista, tanto per lo Stato quanto per le singole Regioni, del dialogo fra centro e periferia è offerta dall'intesa. Bene fa, allora, il d.l. v. 125 del 2020 a prevederla, ma nell'interesse generale - appunto sia del centro che della periferia - sarebbe necessario prevederla per *tutte* le misure derogatorie regionali, tanto ampliative quanto restrittive.

Del resto, non è inutile ricordare che la Corte costituzionale, con la sent. n. 307 del 2003, ha chiarito che quando si tratta di adottare misure d'ordine sanitario occorre trovare un "*punto di equilibrio*" fra l'esigenza di tutelare la salute e quella di non arrecare eccessivo pregiudizio agli interessi produttivi, essi pure di rango costituzionale. Che le misure siano ampliative o restrittive, dunque, non importa: in entrambi i casi sono coinvolti interessi la cui cura è confidata sia allo Stato che alle Regioni e la previsione dell'intesa, insisto, sarebbe una garanzia per tutti.

5.- Solo un accenno alla "*Ultrattività del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 7 settembre 2020*" (così la rubrica), disposta dall'art. 5 del decreto-legge. Qui, a mio avviso, vi sarebbe stato bisogno di una più analitica analisi e motivazione del costante perdurare delle esigenze fatte valere da quel d.P.C.M., senza una "ultrattività" - diciamo così - *omnibus*.

6.- L'ultimo problema riguarda il delicato rapporto fra il decreto-legge e la proroga dello stato di emergenza di rilevanza nazionale, cui esso, per espressa dichiarazione del suo titolo, è "connesso".

Occorre considerare, invero, che - sebbene non tutti siano concordi, in dottrina - la dichiarazione dello stato di emergenza di rilevanza nazionale e la sua proroga sono provvedimenti soggetti al sindacato del giudice amministrativo. Certo, si tratta del sindacato su un atto caratterizzato da amplissima discrezionalità, ma, nella misura in cui tale discrezionalità è tecnica, poiché la discrezionalità tecnica è oggetto di controllo da parte del giudice, almeno in astratto un annullamento giurisdizionale non potrebbe essere escluso (del resto, sottrarre alla garanzia giurisdizionale atti di questa portata non sarebbe conforme ai principi dello stato di diritto e all'esigenza della massima tutela dei diritti).

Ora, nell'ipotesi (per vero a dir poco remota nel caso concreto, considerato che la deliberazione del 7 ottobre 2020 appare fondata su salde evidenze) in cui un annullamento vi fosse, quale sarebbe la sorte delle fonti primarie "connesse" a una proroga dichiarata illegittima? A mio avviso, nessun

effetto diretto o automatico potrebbe prodursi, in forza del principio dell'esecutorietà dell'atto normativo. Semmai, l'annullamento giurisdizionale potrebbe rilevare successivamente, in un eventuale contenzioso nel quale si mettesse in discussione la legittimità dell'atto con forza di legge, la cui ragion d'essere, in difetto di (proroga della) dichiarazione dello stato di emergenza di rilevanza nazionale sarebbe assai indebolita.

7.- In conclusione, del decreto-legge n. 125 del 2020 si deve dare, dal punto di vista della legittimità costituzionale, un giudizio complessivamente positivo. I problemi segnalati, nondimeno, potrebbero trovare opportuna soluzione in sede di conversione, con l'introduzione di pochi, mirati, emendamenti.