

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 - 18 gennaio 2022

1.- La Commissione è chiamata a esaminare due disegni di legge di conversione di decreti-legge, relativi - rispettivamente - al d.l. 24 dicembre 2021, n. 221, e al d.l. 30 dicembre 2021, n. 229.

I due provvedimenti normativi d'urgenza di cui sopra, pur sollecitando più d'una riflessione su vari profili giuridicamente rilevanti, toccano indubbiamente questioni che sono state oggetto di una discussione pubblica meno vivace di quella riservata alle questioni affrontate dal d.l. 26 novembre 2021, n. 172, e dal d.l. 7 gennaio 2022, n. 1. Vediamo, comunque, i profili principali, limitandoci davvero all'essenziale (e pur nella consapevolezza che i temi di discussione sarebbero molti di più).

2.- Il primo profilo di attenzione riguarda, ovviamente, la proroga dello stato di emergenza.

Va anzitutto chiarito che la proroga riguarda - testualmente - lo stato di emergenza "*dichiarato con deliberazione del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020*". Pertanto, si tratta dello "*stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*" che quella deliberazione dispose "*ai sensi e per gli effetti dell'articolo 7, comma 1, lettera c), e dell'articolo 24, comma 1, del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1*". Ora, stando così le cose, qualcuno si è chiesto se fosse possibile una proroga dello stato di emergenza tale da determinarne una durata complessiva superiore ai due anni. Questo, è stato detto, perché proprio l'art. 24 del d. lgs. n. 1 del 2018 (che, come si sa, reca il "Codice della protezione civile"), al comma 3, stabilisce che "*La durata dello stato di emergenza di rilievo nazionale non può superare i 12 mesi, ed è prorogabile per non più di ulteriori 12 mesi*". Il dubbio non ha ragione d'essere.

È facile osservare, infatti, che la durata al massimo biennale dello stato di emergenza di rilievo nazionale è prevista da una fonte legislativa, che ovviamente non è gerarchicamente sovraordinata alle fonti legislative che la seguono nel tempo e prevalgono in forza del principio

cronologico. Di conseguenza, disporre con legge (o con atto avente forza di legge) che lo stato di emergenza dura più dei due anni indicati dal Codice della protezione civile non è in sé illegittimo.

Più delicato, però, è stabilire se, comunque, al di là di quanto stabilito nelle fonti primarie, non vi sia un limite temporale dello stato di emergenza che sia implicitamente desumibile dalla Costituzione. La risposta, in questo caso, è affermativa.

Si deve notare che - come recita la sua rubrica - l'art. 14, comma 1, del d.l. n. 221 del 2021 prevede (opportunamente, invero) il "Potenziamento delle infrastrutture strategiche per le emergenze sanitarie", introducendo misure idonee non solo a "*fronteggiare le esigenze connesse all'epidemia da COVID-19*", ma anche a "*garantire una capacità per eventuali emergenze sanitarie future*". Emerge così con piana evidenza che proprio uno dei decreti-legge di cui stiamo discutendo dà per scontata la possibilità della verifica di emergenze future, magari in connessione con quella presente. E, del resto, sappiamo bene di vivere - come ha scritto Ulrich Beck, in una *Risikogesellschaft*, in una società del rischio.

Ebbene: se i rischi sono parte costitutiva di realtà globali fortemente interdipendenti e se il ripetersi di condizioni emergenziali è ben possibile e anzi probabile, l'ordinamento deve trovare soluzioni ordinarie da contrapporre a condizioni che - purtroppo - finiscono per essere ordinarie anch'esse. Se non lo facesse, infatti, si determinerebbero due conseguenze di dubbia compatibilità costituzionale: a) verrebbe alterato il rapporto fra i poteri determinato dalla Costituzione; b) sarebbero *sempre* sottoposti a limitazioni determinate da provvedimenti emergenziali i diritti che la Costituzione vuole, invece, tutelati con pienezza. Mi spiego.

Per un verso, costante giurisprudenza costituzionale giustifica le limitazioni anche penetranti ai diritti che non siano solo giustificate da un interesse costituzionalmente pregevole, ma siano anche ragionevolmente temporanee; per l'altro, fa parte dello statuto logico dell'emergenza il suo essere - appunto - temporanea. Se una condizione è ordinaria costituisce una *contradictio in terminis* il qualificarla come emergenziale. In definitiva: le sfide di un mondo complesso e interconnesso, ad alto rischio, impongono al legislatore uno sforzo di uscita dalla logica dell'emergenza, logica che è stata pienamente giustificata di fronte all'esplosione della pandemia da Covid-19, ma cessa di esserlo una volta che la temporaneità, di fatto, è fatalmente perduta.

3.- La questione della temporaneità diventa delicata in particolare a fronte del comma 2 dell'art. 1 del d.l. n. 221 del 2021, a tenor del quale "*Nell'esercizio dei poteri derivanti dalla*

dichiarazione dello stato di emergenza di cui al comma 1, il Capo del Dipartimento della protezione civile e il Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il contenimento e il contrasto dell'emergenza epidemiologica COVID-19, di cui all'articolo 122 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, adottano anche ordinanze finalizzate alla programmazione della prosecuzione in via ordinaria delle attività necessarie al contrasto e al contenimento del fenomeno epidemiologico da COVID-19".

Non sfugge a uno sguardo minimamente attento l'intima contraddizione di questa previsione normativa. Essa, infatti, consente al Commissario straordinario di adottare alcune ordinanze "nell'esercizio dei poteri derivanti dalla dichiarazione dello stato di emergenza". Tuttavia, tali ordinanze possono anche essere "finalizzate alla programmazione della prosecuzione in via ordinaria delle attività necessarie al contrasto e al contenimento del fenomeno epidemiologico da COVID-19". Contraddizione evidente, insisto: se un potere è esercitato in quanto legittimato dalla dichiarazione (e quindi dalla condizione) di *emergenza*, esso non può logicamente essere finalizzato alla regolazione o anche solo programmazione di attività da svolgere in via *ordinaria*. Affiora, qui, la necessità, che ho appena segnalato, di distinguere con maggiore attenzione fra ordinarietà ed emergenzialità (*naturaliter* caratterizzata dalla provvisorietà/temporaneità).

4.- Già in occasione della precedente audizione del 6 dicembre 2021, cui ho avuto l'onore d'essere chiamato da codesta Commissione, avevo rilevato l'inopportunità di una tecnica legislativa rapsodica e oscura, che impedisce ai cittadini di avere chiaro, direttamente nella fonte legislativa e non nelle risposte alle FAQ da parte del Governo, il quadro di ciò che gli è permesso e di ciò che gli è vietato fare. Qui il vizio si ripete.

Anzitutto, invece di parlare delle certificazioni verdi "di cui" a una serie di previsioni normative che il cittadino ha difficoltà d'intendere, basterebbe premettere all'intero testo normativo una nomenclatura (lo si fa ordinariamente, come è noto), con la definizione precisa di cosa poi s'intende per quello che *vulgo* si chiama "green pass" o "super green pass", o simili.

In secondo luogo, l'elencazione dei comportamenti consentiti o vietati dovrebbe essere ordinata ed esplicita. Invece, ancora una volta si usa la (pessima, si consenta di osservare) tecnica dei rinvii e delle novellazioni di testi precedenti, con un evidente difetto di chiarezza.

Particolarmente criticabile è poi l'art. 7 del d.l. n. 221 del 2021, nel quale, al primo comma, si afferma che una certa azione è consentita "*esclusivamente*" a certi soggetti e poi, al secondo

comma, si dice ch'essa è consentita “*altresì*” ad altri soggetti. Inutile dire che si tratta di tecnica redazionale che non esito a definire disdicevole.

5.- Sempre in termini di tecnica legislativa e di rapporto tra fonti, poi, non si può non segnalare il perdurante problema, già messo in luce dal capo dello Stato nella *Lettera* indirizzata ai Presidenti delle Camere il 23 luglio 2021, dell'abrogazione (magari parziale) di un decreto-legge in corso di conversione da parte di un altro decreto-legge. La cosa si ripete anche qui: ricordo soltanto l'art. 1, comma 3, lett. *b*), del d.l. n. 229 del 2021, a tenor del quale “*all'articolo 6, comma 1, del decreto-legge 26 novembre 2021, n. 172, al secondo periodo, le parole «di quelli prestati all'interno di alberghi e di altre strutture ricettive riservati esclusivamente ai clienti ivi alloggiati e» sono soppresse*”.

Inutile segnalare alla Commissione che una simile prassi genera consistenti problemi di certezza del diritto e rende particolarmente malagevole la determinazione degli effetti nel tempo delle varie disposizioni.

6.- Quanto al merito delle singole previsioni normative, non è qui opportuno pronunciarsi, perché la loro adozione dipende largamente da dati e valutazioni scientifiche che non sono necessariamente in mio possesso e che il legislatore deve vagliare. “Vagliare”, ovviamente, non significa recepire acriticamente, perché, come più volte ho avuto modo di osservare, il legislatore si serve della scienza e non ne è eterodeterminato.

Va tuttavia messo in evidenza che tutte le limitazioni ai diritti costituzionali devono essere necessariamente ragionevoli e proporzionate. Ciò significa che le scelte legislative, per quanto - ripeto - discrezionali, devono comunque assidersi su evidenze scientifiche precise. Tanto, sia quando ampliano gli spazi a disposizione dei singoli (pensiamo, ad es., all'art. 2, comma 1, del d.l. n. 229 del 2021, che non sottopone più alcune categorie di cittadini alla misura della quarantena precauzionale), sia quando li riducono (pensiamo a tutte le misure incidenti nelle attività d'impresa). Un eccesso di lassismo potrebbe costituire un rischio per la salute individuale e collettiva e un eccesso di rigidità potrebbe costituire una inutile aggressione ai diritti costituzionali dei cittadini.

Orbene: è noto che gli atti legislativi non devono essere motivati. Nondimeno, il chiarimento delle ragioni delle varie misure appare necessario per evitare che sull'una o sull'altra misura si addensi il dubbio della sua ragionevolezza o proporzionalità. La sede propria di questo chiarimento, ovviamente, sarebbe la relazione di accompagnamento del disegno di legge di

conversione, ma in difetto di questa esso potrebbe comunque emergere da eventuali dichiarazioni del Governo o dal dibattito parlamentare. L'assenza di un *obbligo*, insomma, non esclude che, in concreto, gravi sul legislatore un *onere* motivazionale, essendo suo interesse sottrarre le scelte normative al dubbio dell'irragionevolezza o del difetto di proporzionalità.