

Lo «stato d'emergenza» ai tempi del Covid-19: una possibile fonte di risarcimento del danno?

di

Antonio Gusmai*

SOMMARIO: 1. Una breve premessa. 2. Uno sguardo comparativo. 3. Covid-19 “infetta” l'ordinamento giuridico italiano mettendo a rischio le sorti della «decisione politica».

1. Una breve premessa

Il momento storico nel quale si scrive non è certamente tra i più felici. Non solo perché ormai la Terra versa in stato di conclamata pandemia Covid-19, ma anche perché il suo *nomos* è forse alle prese con lo schmittiano «stato d'eccezione», le cui sorti sono lasciate alla gestione di governi sempre più in fibrillazione.

Per quanto la dottrina tenda in astratto a distinguere lo «stato di emergenza» (configurabile in caso di eventi calamitosi), dallo «stato d'eccezione» (rottura del *pactum* politico all'interno di uno Stato), non sembrano esservi dubbi che la portata di tale distinzione “ombreggia” non poco nella realtà socio-politica, specie quando a realizzarsi è la sospensione di alcune delle libertà costituzionalmente garantite.

Quando tale ipotesi «di fatto» si realizza, le tesi schmittiane sullo «stato d'eccezione» si fanno ancora più complesse. Lo si desume leggendo lo stesso studioso di Plettemberg, il quale, dopo aver precisato che «per stato d'eccezione va inteso un concetto generale della dottrina dello Stato, e non qualsiasi ordinanza di emergenza o stato d'assedio», subito precisa: «non si può affermare con chiarezza incontrovertibile quando sussista uno stato d'emergenza, né si può descrivere dal punto di vista del contenuto che cosa possa accadere quando realmente si tratti del caso estremo di emergenza e del suo superamento. Tanto il presupposto quanto il

* Ricercatore a tempo determinato, di tipo b, di Diritto pubblico nell'Università degli Studi di Bari.

contenuto della competenza sono qui necessariamente illimitati» (C. SCHMITT, *Definizione di sovranità*, in Id., *Le categorie del 'politico'*, Bologna, 2013, 34).

Ed è dunque proprio il «fatto», ancora una volta, a mettere in crisi regole e principi, finanche costituzionali. Il diritto, come è stato detto, «non può interamente ricomprendersi entro schemi precostituiti: vi sono infatti dei momenti della vita della comunità che esigono interventi *extra ordinem*» (P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 2018, 355). Del resto, «che uno Stato non possenga il diritto che regoli tutti i momenti della sua vita costituzionale, che di per sé ne sarebbero suscettibili, potrà sembrare, a prima vista, un'affermazione poco giuridica, ma che è però esattissima». Difatti, «la trasformazione del fatto in uno stato giuridico si fonda sulla sua necessità, sulla sua corrispondenza ai bisogni ed alle esigenze sociali». Pertanto, «esistente e, per conseguenza, legittimo è solo quell'ordinamento cui non fa difetto non solo la vita attuale ma altresì la vitalità» (S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in Id., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969, 70 e 77).

Tutto ciò lo si avverte in misura maggiore proprio nel diritto costituzionale, ossia in una materia nella quale i confini tra diritto e politica sono forse destinati a rimanere mai del tutto visibili agli occhi degli studiosi, persino quando si sforzano di guardare al fenomeno normativo utilizzando le potenti lenti della dogmatica giuridica. Leggere il concreto funzionamento dei sistemi costituzionali è sempre impresa ardua. Se poi si prova a farlo nei c.d. «casi limite», ciò che si vede non può che apparire sfocato, all'interno di un meccanismo dai caratteri intanto fattisi caleidoscopici. Meccanismo in cui forse l'immagine più nitida resta quella - inquietante - di una «dittatura commissaria *ad servandam Rem Publicam*» (per rievocare, ancora una volta, incisive espressioni schmittiane).

Le considerazioni appena esposte possono sembrare iperboli suggestive. E, in effetti, forse in parte anche lo sono se ci si lascia coinvolgere da questioni di carattere morale, inevitabilmente connaturate all'emergenza sanitaria in corso: su tutte, il valore della vita umana, minacciato dal diffondersi del virus. Ma il *punctum crucis* non può restare soltanto questo. In una solida democrazia costituzionale

come quella italiana, il problema è anche quello di evitare eccessivi stress ai già delicati equilibri che caratterizzano la forma di governo, attraverso forzature delle procedure normative che pure si riflettono sulla forma di Stato (in prospettiva comparata, L. CUOCOLO, *Presentazione*, in Id. (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19*, 18 marzo 2020, 4 ss.).

Beninteso, l'obiettivo resta quello di far fronte all'emergenza. Ma il Governo e gli esecutivi di Regioni e Comuni, attraverso ripetuti dd.p.c.m. e ordinanze gravemente restrittive delle libertà fondamentali, non possono soverchiare il funzionamento di tutti gli altri organi costituzionali, *in primis* delle Assemblee legislative, da questa vicenda ridotte pressoché a simulacri.

Democrazia, come autorevolmente è stato scritto, significa anche e soprattutto rispetto delle «formali regole procedimentali»: «democrazia» non può che significare avversione per gli «*arcana imperii*» e predilezione di una concezione del «potere pubblico in pubblico». E, a garanzia di tale condizione, la sede più «trasparente» non può che rimanere quella parlamentare (cfr. N. BOBBIO, *La democrazia e il potere invisibile*, in *Rivista italiana di scienza politica*, X, 1980, 181-203).

Secundum constitutionem gli stati emergenziali possono certamente ritardare l'intervento delle Camere rappresentative e degli altri organi costituzionali (non da ultimo quello della Consulta), non già eliderlo del tutto.

2. Uno sguardo comparativo

Non è certo questa la sede più opportuna per dar conto della sterminata letteratura che ha tratto origine dalla celebre affermazione - risalente agli anni '20 del secolo scorso - secondo cui, nel «caso limite» (non già nel «caso normale»), «sovrano è chi decide sullo stato di eccezione». Cosicché, in definitiva, «l'ordinamento giuridico, come ogni altro ordine, riposa su una decisione e non su una norma» (C. SCHMITT, *Definizione di sovranità*, op. cit., 33 e 37). Né, tantomeno, è possibile intrattenersi sulle tesi italiane che, a partire da Santi Romano, rinvergono nell'*estremus necessitatis casus* la fonte del diritto in grado di derogare alle stesse

regole costituzionali (S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione dei terremoti di Messina e Reggio Calabria*, in *Scritti minori*, I, Milano, 1951, 287 ss.).

Basti qui ricordare che la «necessità», se almeno in parte non viene disciplinata da regole normativo-procedurali tese a coinvolgere gli organi rappresentativi, può essere in grado di giustificare ogni cosa. Come più volte ha mostrato la storia, essa può persino condurre alla sovversione degli ordinamenti democratici: lo «stato d'eccezione», sia esso naturale (come nel caso del Coronavirus) o indotto artificialmente (l'incendio del *Reichstag* del 27 febbraio 1933 costituisce un insuperato modello), ha infatti il precipuo effetto di destabilizzare l'ordine costituito. Ad essere attaccato è il pluralismo politico assicurato dalla legalità costituzionale. Proprio quest'ultima, quanto più è strutturata da regole democratiche che fisiologicamente rallentano la decisione politica, tanto più si trova soggetta ai rischi derivanti dalla sospensione delle «regole del gioco». In tali frangenti, a sfumare è la stessa distinzione tra potere «costituente» e potere «costituito», entrambi sostituiti dal concetto di «decisione» sovrana chiamata a far fronte allo stato emergenziale (Cfr. G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003, 44 ss.).

Visto il potenziale di pericolosità intrinseco a tale «punto di squilibrio fra diritto pubblico e fatto politico» (F. SAINT-BONNET, *L'État d'exception*, Paris, 2001, 28), non sorprende, allora, che in tempi moderni, gli Stati democratici e pluralistici si siano preoccupati in qualche modo di limitare giuridicamente i possibili effetti derivanti dalla vigenza degli stati di eccezione.

Per evitare che sia soltanto l'«effettività» a governare l'«emergenza» (in merito, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Padova, 1984, 165 ss.), le costituzioni hanno provato a disciplinarla, ossia a costruire argini ad un potere astrattamente smisurato. Alcune in modo notoriamente infelice (il famigerato art. 48 della Costituzione di *Weimar*); altre in guisa forse più garantista, ma non priva di perplessità. Il riferimento, in particolare, è all'art. 16 della Costituzione della V Repubblica francese, il quale dispone che «quando le istituzioni della Repubblica, l'indipendenza della Nazione, l'integrità del suo territorio, o il perseguimento dei

suoi impegni internazionali sono minacciati in modo grave e immediato, e quando il regolare funzionamento dei pubblici poteri costituzionali è interrotto, il Presidente della Repubblica adotta le misure richieste dalle circostanze, udito il parere del Primo Ministro, dei Presidenti delle assemblee e del Consiglio costituzionale».

Più rassicurante appare invece la disciplina dell'emergenza desumibile dalla diciassettesima legge di revisione del *Grundgesetz* del 24 giugno 1968 (che ha modificato gli artt. 12a, 80a, 115a della Legge di Bonn). Per il diritto costituzionale tedesco, invero, per «stato di difesa» («*Verteidigungsfall*») deve intendersi una situazione di pericolo interno o esterno che non possa essere gestita mediante i normali poteri di governo; ove una tale situazione venga dichiarata dal *Bundestag*, con l'approvazione del *Bundesrat*, e dichiarata dal Presidente federale, è possibile derogare a una serie di norme costituzionali e l'esecutivo può assumere poteri speciali.

Di certo, però, la più avanzata disciplina dello stato di eccezione sembra essere quella spagnola: gli artt. 55, 116 e 117, comma 5, della Costituzione spagnola del 1978 - che prevedono la dichiarazione dello stato di allarme, di emergenza e di assedio - hanno trovato attuazione nella legge organica del 1° giugno 1981, n. 4 (*Ley orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio - LODES*). Ciò che appare apprezzabile di tale normativa è il fatto che essa riservi al Parlamento il potere non solo di dichiarare lo stato di emergenza o lo stato di assedio, ma anche di precisare le condizioni di esercizio delle facoltà eccezionali che essi comportano (per una più ampia e attenta disamina delle costituzioni citate, si rinvia ad A. PIZZORUSSO, *Emergenza (stato di)*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, 1993, 551 ss.).

3. Covid-19 “infetta” l’ordinamento giuridico italiano mettendo a rischio le sorti della «decisione politica»

Entrando invece nel merito di ciò che prevede l’ordinamento italiano a proposito dell’esercizio dei poteri *extra ordinem*, è noto che la Carta repubblicana non contiene una previsione sufficientemente circostanziata in relazione al «diritto della

necessità», inteso come fonte diretta a sospendere l'efficacia di disposizioni costituzionali. L'unica previsione che se ne occupa è l'art. 78, il quale, in «caso di guerra», prescrive solo che le Camere debbono attribuire «al Governo i poteri necessari». Nulla di più.

Certo, sono tutt'oggi formalmente in vigore una serie di disposizioni risalenti al periodo fascista che affidano al Prefetto e al Ministro dell'Interno, la sospensione delle libertà in caso di «stato di pericolo pubblico» o «stato di guerra» civile (artt. 214 ss. r.d. n. 773 del 1931, c.d. T.u.l.p.s.). Ma, con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, «tali norme sono da ritenere illegittime costituzionalmente, perché non può certamente essere attribuito alla funzione amministrativa il potere di sospendere libertà fondamentali» (P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI, *op.cit.*, 356).

Ed è proprio su quest'ultimo punto che sorgono non poche perplessità in merito alle scelte del Governo di contrastare l'emergenza *Covid-19* attraverso una serie di fonti sub-primarie incidenti sulle libertà costituzionali. Invero, l'unica ipotesi prevista dal nostro ordinamento costituzionale in grado di legittimare l'esercizio di poteri normativi straordinari da parte del Governo, è quella contenuta nell'art. 77 della Carta repubblicana. È soltanto attraverso il decreto legge che la Costituzione consente di intervenire in materia di libertà fondamentali - garantite da riserve di legge - esclusivamente per una parentesi temporale (60 giorni) soggetta al controllo parlamentare (ne danno conto, da ultimo, F. CLEMENTI, *Decreti troppo a maglie larghe mandano in crisi il Titolo V*, in *Il Sole 24 ore*, 24 marzo 2020; e G.M. SALERNO, *Coronavirus e decreti. Il vero errore nascosto negli ultimi provvedimenti del Governo*, in *ilsussidiario.net*, 24 marzo 2020).

Non sembra possibile glissare il controllo democratico previsto dalla Costituzione come limite invalicabile all'esercizio di poteri posti in essere dal Governo in stati emergenziali: ne deriverebbe, da una parte la perversione del sistema delle fonti; dall'altra, un'intollerabile interferenza funzionale fra potere esecutivo e legislativo tesa ad esautorare totalmente le prerogative democratico-costituzionali di quest'ultimo. Situazione, questa, venutasi a creare con la sequela

di ordinanze e decreti governativi attualmente in vigore, che di fatto stanno comprimendo diritti e libertà fondamentali attraverso fonti del diritto di rango secondario (tali sono i dd.p.c.m.). Il tutto, quindi, in totale assenza dei necessari controlli del Capo dello Stato e, soprattutto, dell'organo rappresentativo. Controlli che, invece, si sarebbero attivati nel caso di ricorso allo strumento del decreto legge (cfr. B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, Editoriale, fasc. n. 6/2020, vi ss.).

Di qui i grandi dubbi circa la legittimità dei provvedimenti adottati dal Governo al cospetto tanto della legge quanto della Costituzione (tra i primi a denunciarne le incongruenze, V. BALDINI, *Lo Stato costituzionale di diritto al tempo del Coronavirus*, in *dirittifondamentali.it*, fasc. n. 1, 10 marzo 2020).

Sotto il primo profilo è l'art. 17, comma 3 della l. n. 400 del 1988 a stabilire che, «con decreto ministeriale», possono essere adottati regolamenti «nelle materie di competenza del ministro» (la gestione dello stato di necessità *ex art. 77 Cost.* non può - evidentemente - ritenersi di competenza esclusiva di un ministro o del solo presidente del Consiglio) soltanto «quando la legge conferisca espressamente tale potere» (quale legge «espressamente» conferisce al presidente del Consiglio la gestione dello stato di emergenza?). A bene vedere, i dd.p.c.m. dell'8, 11 e 22 marzo scorso appaiono essere dei regolamenti «indipendenti» atipici, altrettanto illegittimi in quanto, l'art. 17, comma 1, lett. c) della suddetta legge, per questi ultimi non solo prevede un procedimento diverso di adozione (devono essere adottati dall'organo collegiale nel suo complesso, con decreto del P.d.R., previa deliberazione del Consiglio dei Ministri e sentito il parere del Consiglio di Stato), ma anche - e soprattutto - espressamente vieta che possano essere adottati «in materie comunque riservate alla legge» (come nel caso che ci occupa, in cui ad essere state limitate sono alcune delle libertà costituzionali).

Quanto al secondo aspetto - la dubbia legittimità costituzionale delle scelte di governo - la compressione di non pochi diritti e libertà fondamentali, oltre che la mancata attuazione degli artt. 77 (che legittima solo il decreto legge ad operare nei «casi straordinari di necessità ed urgenza») e 120 Cost. (che autorizza il Governo a

«sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni nel caso [...] di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica»), evidentemente espone il Governo a gravi responsabilità politiche, meritevoli di essere vagliate con gli opportuni strumenti parlamentari. Nonostante, al momento, certamente a causa della delicatezza delle circostanze, tutte le forze politiche non sembrano rinvenire particolari criticità nell'operato del Governo.

Potrebbe sostenersi - e non pochi lo ritengono - che i dd.p.c.m. del presidente Conte trovino fondamento nel decreto legge n. 6/2020. Si legge, infatti, all'art. 3 di tale decreto, che «le misure di cui agli artt. 1 e 2 (gran parte riguardano le restrizioni delle libertà fondamentali) sono adottate [...] con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri».

Tale tesi non sembra convincere. Se si leggono in "combinato" i tre articoli citati, ciò che si desume è una delega "in bianco" al vertice dell'Esecutivo in grado di abilitarlo ad adottare qualsiasi provvedimento (sia l'art. 1 che l'art. 2 consentono al Presidente di disporre «ogni misura di contenimento» necessaria al fine di prevenire il diffondersi dell'epidemia). Ritenere, pertanto, che i dd.p.c.m. trovino copertura costituzionale nel d.l. n. 6/2020, prova troppo. L'unica copertura concepibile nei casi in cui il Governo intervenga in materie riservate alla legge è, semmai, quella successiva del Parlamento. Soltanto le Assemblee rappresentative possono legittimamente ratificare l'operato dell'Esecutivo. Diversamente, come sta accadendo, il paradosso è inevitabile: il Governo, con decreto legge, dà copertura a se medesimo, disinnescando il controllo parlamentare (di fatto, i decreti presidenziali sono autorizzati dallo stesso Presidente del Consiglio), peraltro anche limitato dall'assenza di idonee procedure di votazione elettronica a distanza (cfr. F. CLEMENTI, *Proteggere la democrazia rappresentativa tramite il voto elettronico: problemi, esperienze e prospettive (anche nel tempo del coronavirus). Una prima introduzione*, in *federalismi.it*, fasc. n. 6/2020, 216 ss.).

Le conseguenze di tali scelte governative appaiono del tutto inedite sul piano giuridico-costituzionale. Invero, sembrano aver fatto dello «stato di necessità» una

fonte normativa legittimante persone fisiche e giuridiche a ricorrere all'autorità giudiziaria.

È vero, collocandosi i dd.p.c.m. in una sorta di zona grigia tra atto politico e atto amministrativo, si potrebbe sostenere che essi siano inoppugnabili in sede di giustizia amministrativa. Ma tale assunto non sembra convincere del tutto, visto che essi, nella parte in cui formalmente risultano essere provvedimenti emanati dall'Amministrazione pubblica, non possono completamente sottrarsi ai controlli giurisdizionali. La scelta del governo di ricorrere a fonti secondarie ha di per sé già sottratto i decreti al controllo parlamentare, presidenziale e del giudice delle leggi. Consentire che essi non possano neppure essere sindacati - in qualità di provvedimenti amministrativi - dalla magistratura, creerebbe un'insanabile frattura degli equilibri sistemici in grado di scuotere dalle fondamenta lo Stato costituzionale di diritto.

Tali assunti sembrano ampiamente trovare conforto nella giurisprudenza amministrativa. Appare ormai pacifico, infatti, che la natura amministrativa dell'atto regolamentare - nella parte cioè non riconducibile alla categoria degli atti politici, per i quali, *ex art. 7 c.p.a.*, non è ammesso sindacato giurisdizionale - consente l'impugnazione dello stesso e, quindi, la sua sindacabilità da parte del giudice amministrativo, in ciò adempiendo a quanto prescritto dagli artt. 24 e 113, comma 2, della Carta Repubblicana. Purché i regolamenti producano una effettiva ed attuale lesione dell'interesse di uno o più soggetti, essi possono essere autonomamente e immediatamente impugnati, in quanto non può che sussistere un interesse ad agire *ex art. 100 c.p.c.* (sul punto, a partire da *Cons. St., sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 812*, la giurisprudenza è ormai granitica).

Ragion per cui, anche in relazione ai dd.p.c.m. di cui si discute, dovrebbe poter valere quanto disposto dall'art. 113 Cost., il quale assicura che «contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi». Pertanto, nei giorni a venire, non dovrebbero sorprendere - e apparire peregrine - eventuali azioni giudiziarie promosse, ad esempio, da

soggetti che da tali provvedimenti *praeter legem* e *contra constitutionem* abbiano e stiano subendo ingenti perdite economiche.

Piccoli e grandi imprenditori, a causa dell'incauto esercizio della funzione normativa del Governo, potrebbero pertanto avere fondati motivi per rivalersi sul bilancio dello Stato, intentando azioni aventi finalità risarcitorie. Aggravando, in tal guisa, il già precario stato dei conti pubblici.

Se questo è - e le problematiche, come intuibile, non si limitano soltanto a quelle qui esposte¹ - farebbe bene il governo a tornare presto ad esercitare i suoi poteri all'interno del solco tracciato dalle disposizioni legislative e costituzionali. L'unica strada percorribile sembra infatti rimanere una sola: quella del decreto legge, peraltro più volte battuta - non sempre opportunamente - dai governi del nostro Paese.

In caso contrario, alle forze politiche italiane, un altro "eccezionale" primato: quello di aver per la prima volta detronizzato il «sovrano» dell'emergenza, rendendo giustiziabile la «decisione politica». Forse a svantaggio, però, dell'interesse della collettività.

¹ Ad esempio, altra questione che meriterebbe di essere meglio indagata è la seguente: quella relativa al rapporto tra «ordinanze contingibili e urgenti» e dd.p.c.m. Invero, forse, stando alla legalità formale, sarebbero i Sindaci ad essere abilitati, in qualità di «ufficiali di Governo», a restringere, nei limiti di quanto stabilito dal giudice delle leggi (sent. n. 115 del 2011), le libertà fondamentali «al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana» (art. 54, comma 4, TUEL), non già il Presidente del Consiglio. Ciò che si vuol dire è che se il discorso della gestione dell'emergenza si sposta sulle fonti secondarie è, per assurdo, il vertice dell'esecutivo locale, non già nazionale, a trovare copertura legislativa alla sua azione di governo. Ma qui, chiaramente, il discorso meriterebbe ben altri approfondimenti che, per ragioni di spazio, non è possibile sviluppare in questa sede (si vedano, però, in merito al potere di ordinanza sindacale utilizzato in occasione dell'emergenza Covid-19, la lucida analisi di V. BALDINI, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, in *dirittifondamentali.it*, fasc. 1, 23 marzo 2020, spec. 893 ss.).