

La filosofia del diritto dei DPCM. Tre interpretazioni

Mauro Barberis

Università di Trieste

*C'est ainsi que nous sommes devenus
un peuple d'administrés*
(P. P. Royer-Collard)

Abstract: The Legal Philosophy of DPCM. Three Interpretations

There are, among others, three interpretations of Italian pandemic emergency's governance – three legal philosophies of the main tools used for this purpose by at least the second Giuseppe Conte's executive, namely the Prime Minister's Decrees (DPCM). The first interpretation, “decisionist”, biopolitical and vaguely negationist, has as its magic formula “state of exception”. The second one, typical of a constitutionalist legal philosophy, focuses on the indeterminacy of the Prime Minister's Decrees. The third, legal-realistic interpretation, instead, emphasizes the determinacy of DPCM, as a result of a century-old process of administrativization of law and politics.

Keywords: Exception, Emergency, Administrativization.

Sommario: 1. Premessa – 2. Decisionismo – 3. Costituzionalismo – 4. Realismo – 5. Conclusione

1. Premessa

Vi sono almeno tre possibili letture della gestione giuridica della pandemia in Italia: altrettante filosofie del diritto dei DPCM, i principali strumenti impiegati sinora allo scopo. La prima, decisionista, biopolitica e vagamente negazionista, ha come formula magica “stato di eccezione”. La seconda, tipica d'una filosofia del diritto costituzionalista, insiste sull'indeterminatezza dei DPCM. La terza, realista, constata invece l'estrema determinatezza di questi ultimi, risultato di un risalente processo di amministrativizzazione del diritto e della politica.

2. Decisionismo

La *prima* lettura della gestione giuridica della pandemia, in Italia ma anche nel resto dell'Occidente, potrebbe dirsi decisionista, biopolitica e vagamente negazionista. Autori d'ispirazione schmittiana e foucaultiana, come Giorgio Agamben, considerano cioè la pandemia come l'occasione, o il pretesto, per un esperimento biopolitico globale: il controllo della nuda vita delle persone da parte dei governi o di altri "poteri forti". I nuovi sovrani del mondo avrebbero deciso lo stato d'eccezione pandemico, *à la* Schmitt¹.

Personalmente credo che questa interpretazione sia superata già dal punto di vista filosofico-politico. Autori come Byung-Chul Han, quantomeno, hanno mostrato in modo particolarmente convincente che il dispositivo biopolitico liberale di gestione del potere – il disciplinamento dei corpi – ha lasciato il posto a un altro dispositivo, neo-liberista e psico-politico: il controllo delle anime per mezzo di internet². Per un giurista, però, è forse più interessante chiedersi cosa significhi, qui, "eccezione"³.

"Eccezione", nel diritto, indica anzitutto una norma (ricostruita come) speciale, che deroga a un'altra norma (ricostruita come) generale, producendo conseguenze giuridiche diverse e incompatibili, sulla base di una terza norma, il principio o criterio di soluzione delle antinomie detto di specialità⁴. Tale deroga può essere stabilita esplicitamente dallo stesso legislatore, anche entro una stessa disposizione, o essere più o meno implicita, individuata dall'interprete o applicatore come nel caso della defettibilità (*defeasibility*).

Poi, ancora nel diritto, "eccezione" indica l'allegazione di fatti modificativi, impeditivi o estintivi generalissimi rispetto a quelli assunti a fondamento dell'azione legale. Tali eccezioni sono di solito tipizzate e stabilite da norme

¹ Cfr. G. Agamben, *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003; G. Agamben, *A che punto siamo? L'epidemia come politica*, Quodlibet, Macerata, 2020, naturalmente sempre in riferimento a C. Schmitt, "Teologia politica" (1922), trad. it. in C. Schmitt, *Le categorie del "politico"*, Il Mulino, Bologna, 1972. Tesi simili a quelle di Schmitt, perché radicate nel pensiero di Machiavelli e Hobbes, s'incontrano già in A. Hamilton, "The Necessity of a Government as Energetic as the One Proposed to the Preservation of the Union", in A. Hamilton, J. Madison, J. Jay (a cura di J. Cook), *The Federalist Papers*, The New American Library, New York, 1961, p. 147.

² Cfr. B.-C. Han, *Psicopolitica* (2014), trad. it., Nottetempo, Milano, 2015, p. 31: "La biopolitica è la tecnica di governo della società disciplinare. Essa, però, non è affatto adeguata al regime neoliberale, che sfrutta soprattutto la *psiche*".

³ Riprendo parte della critica della dottrina dello stato di eccezione, e la relativa bibliografia, da una sezione dovuta a Nicola Muffato, che qui ringrazio, del saggio M. Barberis, N. Muffato, "Eccezione, emergenza, digitalizzazione", in G.P. Dolso, M.D. Ferrara, D. Rossi (a cura di), *Virus in fabula. Diritti e istituzioni ai tempi del Covid-19*, Eut, Trieste, 2020, pp. 15-27: volume frutto del lavoro collettivo di docenti e studenti di diritto dell'Università di Trieste.

⁴ Cfr. G. Carcaterra, *Metodologia giuridica. Corso di studi superiori legislativi*, Cedam, Padova, 1990, p. 167, n. 72, e più in generale S. Zorzetto, *La norma speciale*, ETS, Pisa, 2010, specie cap. V e VI.

permissive generalissime, derogatorie ma non speciali: si pensi alla scriminante dello stato di necessità, causa di giustificazione subito invocata nell'emergenza pandemica⁵. Per estensione, "eccezion(al)e" indica infine il caso "anormale", "straordinario" o "fuori dal comune", opposto al caso normale.

Essendo la distinzione fra normale ed eccezionale, specie nel linguaggio ordinario, alquanto aleatoria, su di essa Carl Schmitt ha potuto costruire la sua mitologia dello stato di eccezione (*Ausnahmezustand*): iperonimo per varie situazioni di emergenza, di cui alla prossima sezione, accomunate da due aspetti. Intanto, l'eccezione sarebbe frutto della decisione arbitraria del sovrano, che si rivelerebbe tale proprio esercitandola; poi, non si tratterebbe di eccezioni *nel* diritto, a singole norme giuridiche, bensì *al* diritto in generale⁶.

Attraverso la dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria, compiuta formalmente nel gennaio 2020 e poi più volte prorogata, dunque, il diritto ordinario sarebbe stato sospeso e sostituito con provvedimenti arbitrari come i DPCM. In particolare – ma i sostenitori dell'interpretazione politica raramente entrano in dettagli giuridici – tali provvedimenti avrebbero sospeso anche diritti costituzionali fondamentali: circolazione, riunione, culto, diritti elettorali, fruizione di diritti sociali come trasporti e scuola⁷.

Questa prima interpretazione, naturalmente, presta il fianco a infinite obiezioni, ma mi limito a quattro, ulteriori a quella filosofico-politica già menzionata. La prima: la deroga temporanea al diritto e ai diritti verificatasi nei modelli emergenziali occidentali e liberali resta minima rispetto alle violazioni registrate in altri modelli, populistici o non occidentali. Mentre i modelli populistici hanno sacrificato la salute a libertà civili o meramente economiche, il modello cinese ha potuto apparire più efficace perché non aveva libertà da tutelare.

La seconda obiezione è che la drammatizzazione schmittiana di situazioni emergenziali, al fine di accreditare una dottrina decisionista della sovranità, si scontra con il fatto che il diritto spesso regola l'attribuzione di poteri eccezionali per un tempo limitato a determinati organi, ad esempio mediante costituzioni d'emergenza⁸. Almeno in questo caso, dunque, non si tratta di una situazione

⁵ Cfr. già A. Celotto, *Necessitas non habet legem?*, Mucchi, Modena, 2020.

⁶ O forse, più precisamente, a un diritto informato ai principi del costituzionalismo liberale, per il quale le condotte private sono libere ove non espressamente vietate, mentre gli atti dei poteri pubblici sono vietati ove non espressamente autorizzati.

⁷ Sulla vicenda emblematica della libertà di circolazione – la libertà locomotiva dei liberali – cfr. G.P. Dolso, "Emergenza sanitaria e libertà di circolazione", in G.P. Dolso, M.D. Ferrara, D. Rossi (a cura di), *op. cit.*, 263-281.

⁸ Per uno schema dei tre principali modelli di emergenza, rispetto ai quali lo stato di eccezione schmittiano rientra parzialmente nel primo, mi permetto di rinviare a M. Barberis, *Non c'è sicurezza senza libertà. Il fallimento delle politiche antiterrorismo*, Il Mulino, Bologna, 2017, pp. 120-124.

qualitativamente diversa da quella delle eccezioni giuridiche generalissime ricordate sopra, come lo stato di necessità⁹.

Che la decisione sovrana non possa essere vincolata da una norma, giuridica o d'altro tipo¹⁰, ancora, presta il fianco a una terza obiezione: già durante l'emergenza, o una volta ripristinata la normalità, i giudici possono ben intervenire per tutelare diritti fondamentali o sanzionarne le violazioni non scriminate dallo stato di necessità. Il preteso "sovrano" onnipotente non è necessariamente sottratto a responsabilità giuridica¹¹: a volte è solo protetto dal *judicial restraint* e/o dalla deferenza giudiziale¹².

L'ultima obiezione, infine, è più circostanziata ma non meno netta. Lungi dal configurarsi come stato di eccezione, cioè come sospensione del diritto e dei diritti, sostituiti da mere decisioni politiche contro le quali sarebbe legittimo persino esercitare un diritto di resistenza¹³, la gestione italiana della pandemia ha fatto un ricorso sistematico al diritto. Ogni provvedimento, anche il più minuto, ha assunto forme giuridiche, saturando di prescrizioni l'intera vita sociale. Proprio di qui, forse, occorre ripartire.

⁹ Obiezione concettuale, non normativa, illustrata dalla sentenza della Corte Suprema statunitense *Ex parte Milligan*, 71 U.S. (4 Wall.) 2, 1866, pp. 120-121: "No doctrine, involving more pernicious consequences, was ever invented by the writ of man than that any of its [della Costituzione] provisions can be suspended during any of the great exigencies of government".

¹⁰ Cfr. R. Posner, *Not a Suicide Pact: The Constitution in a Time of National Emergency*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 12; W. Rehnquist, *All Laws but One: Civil Liberties in Wartime*, Knopf, New York, 1998, *passim* e cap. XVIII. La tesi secondo cui l'esercizio di poteri eccezionali debba rispondere almeno a ragioni prudenziali o morali, già sostenuta da Machiavelli, Locke e Rousseau, si incontra più recentemente in O. Gross, "Extra-legality and the Ethics of Political Responsibility" e M. Tushnet, "The Political Constitution of Emergency", entrambi in V. Ramraj (a cura di), *Emergencies and the Limits of Legality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

¹¹ Gli strumenti positivi elaborati per limitare i poteri emergenziali sono numerosi: dal *super-majoritarian escalator* (cfr. B. Ackerman, *Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, Yale University Press, New Haven, 2006, cap. 4) alla previsione di limiti di durata temporale dei poteri e dei provvedimenti emanati; dalla indicazione dei diritti fondamentali inviolabili anche in condizioni di emergenza all'attribuzione di poteri di dichiarazione di inizio o fine dell'emergenza e di controllo sulle misure adottate dall'esecutivo affidate a organi indipendenti.

¹² La funzione di controllo da parte del potere giudiziario, peraltro, è spesso limitata da deferenza nei confronti dell'esecutivo: cfr. K.L. Scheppele, "The New Judicial Deference", in *Boston University Law Review*, 92 (2012), n. 1; C. Chan, "Business as Usual: Deference in Counter-Terrorism Judicial Review", in F.F. Davis, F. de Londras (a cura di), *Critical Debates on Counter-Terrorism Judicial Review*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

¹³ Cfr. G. Cerrina Ferroni (2020), "Relazione" al convegno "Covid 19 in Italia, fra informazione, scienza e diritti", ora in *Radio radicale. Conoscere per deliberare*. Reuperato da <https://www.radioradicale.it/scheda/612093/covid-19-in-italia-tra-informazione-scienza-e-diritti>, [Data di consultazione: 06/03/2021].

3. Costituzionalismo

La *seconda* interpretazione della gestione della pandemia, stavolta specificamente italiana, è improntata a una filosofia del diritto che potrebbe dirsi costituzionalista. “Costituzionalismo”, qui, indica una filosofia (non necessariamente intermedia a giusnaturalismo e positivismo giuridico, ma piuttosto) esemplata sulle istituzioni dello Stato costituzionale: a sua volta distinto dallo Stato legislativo per costituzione rigida, controllo di costituzionalità e interpretazione costituzionalmente orientata dell’intero diritto¹⁴.

Molti degli infiniti contributi sulla gestione della pandemia, inoltre, vengono da costituzionalisti nel senso di studiosi del diritto costituzionale, dei quali il costituzionalismo nel primo senso è una sorta di filosofia professionale. Costoro hanno spesso lamentato non solo il congelamento di, o la deroga ad alcuni diritti costituzionali, ma lo stesso ricorso sistematico ai DPCM, anche in concorrenza, sovrapposizione o conflitto con ordinanze regionali, ex art. 117 Cost., ma anche comunali e della Protezione civile.

Sulla stampa si è anche letto che tramite i DPCM si aggiravano i controlli costituzionali sui decreti legge, assicurati dal Presidente della Repubblica in sede di controfirma, dal Parlamento in sede di conversione, e dalla Corte costituzionale in sede di controllo di legittimità. In realtà i DPCM, come provvisorie e mutevoli attuazioni dei decreti legge, oltre che ai controlli cui sono soggetti questi ultimi sono soggetti anche al controllo da parte dei giudici amministrativi e della stessa Corte costituzionale in sede di conflitto di attribuzione¹⁵.

La stessa (allora) Presidente della Corte, oggi Ministro della Giustizia, Marta Cartabia, in un’intervista ha indicato nel controllo di proporzionalità, forse la tecnica più tipica del costituzionalismo contemporaneo, il principale criterio per procedere al controllo sulla eventuale violazione dei diritti.

[...] più la compressione di un diritto o di un principio costituzionale è severa, più è necessario che sia circoscritta nel tempo. Le limitazioni si giudicano secondo il test di proporzionalità, che risponde a queste domande: si sta perseguendo uno scopo legittimo? La misura è necessaria per quello scopo? Si è usato il mezzo meno restrittivo fra i vari possibili? Nel suo insieme la norma limitativa è proporzionata alla situazione?¹⁶

¹⁴ Qui la bibliografia, almeno limitatamente ai paesi “latini” dell’Occidente, sarebbe sterminata. Mi permetto di rinviare a M. Barberis, *Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2017.

¹⁵ Cfr. U. De Siervo, *Il contenimento di Covid-19: interpretazione e Costituzione*, Mucchi, Modena, 2021, specie p. 61, e P. Giangaspero, “La normativa ‘speciale’ sulla gestione della pandemia da Covid-19 sotto il profilo dei rapporti fra competenze statali e regionali”, in G.P. Dolso, M.D. Ferrara, D. Rossi (a cura di), *op. cit.*, pp. 113-130.

¹⁶ G. Bianconi, “Intervista a Marta Cartabia”, in *Corriere della sera*, 29/04/2020, p. 9.

Come ha sottolineato Ugo de Siervo, ricostruendo l'accumularsi dei provvedimenti, i DPCM non hanno fatto altro che riprendere, sistematizzare e cercare di sostituire alle ordinanze regionali il sistema di deroghe temporanee alle leggi vigenti e alla stessa disciplina costituzionale codificato nel Testo Unico, o Codice, della protezione civile (D. lgs. 1/2018). Deroghe o eccezioni, nel primo e nel secondo senso di cui alla sezione precedente, perfettamente ammissibili, dunque, purché rispettose dei loro limiti di tempo e di spazio¹⁷.

Ancora una volta, non di stato di eccezione si tratta ma di stato di emergenza: con due peculiarità, semmai, l'una italiana, l'altra derivante dall'inedita natura della pandemia. La peculiarità italiana è l'assenza di una disciplina costituzionale dell'emergenza. Per diffidenza dei costituenti verso l'esecutivo, infatti, la Costituzione italiana non prevede istituti quali l'*état de siège*, i *pleins pouvoirs* e l'*état d'urgence* francesi, la *martial law* inglese, l'attribuzione di *emergency powers* e *prerogatives* all'esecutivo degli USA.

Lo strumento comune per provvedere a situazioni del genere, in Italia, è la decretazione di necessità e urgenza, di cui si è sempre criticato l'abuso da parte dei governi ma che qui è stata opposta ai DPCM e rivalutata come fosse un omaggio alla centralità del Parlamento. In realtà, i poteri esercitati dal Presidente del Consiglio in forma di DPCM, che hanno tanto colpito i profani, sono delegati da decreti legge¹⁸, in base a un sistema che s'innesta su quello previsto in generale dal decreto legislativo 1/2018, il già menzionato Codice della protezione civile.

Qui però subentra la seconda peculiarità, derivante dalla natura della pandemia. Mentre i rimedi previsti dal Codice della Protezione civile sono normalmente puntuali e successivi a emergenze quali i disastri naturali, infatti, nel caso della pandemia si è trattato per oltre un anno di dettare prescrizioni preventive al fine di contrastare il dilagare di un contagio ancora largamente sconosciuto. Succedendosi nel tempo, e venendo illustrati in televisione, i DPCM hanno così finito per occupare l'immaginario collettivo.

È stato in particolare nella primissima fase dell'emergenza, dichiarata dall'Organizzazione Mondiale della Sanità il 30 gennaio, e dal governo italiano il 31 gennaio 2020, e poi più volte reiterata, che si sono verificate le principali forzature del dettato costituzionale. Specie nel primo decreto legge, il 6 del 2020, ratificato plebiscitariamente dal Parlamento, a differenza di successivi meno problematici dal punto di vista costituzionale, e poi abrogato parzialmente correggendolo anche su intervento del Presidente della Repubblica.

Come sottolinea sempre De Siervo, infatti, fu proprio in questo primo provvedimento, preso nell'urgenza di una pandemia che colpì l'Italia per prima fra i paesi occidentali, che si delegò "alle autorità competenti" di vietare o limitare un'impressionante lista di attività pubbliche e private, anche in materie coperte da

¹⁷ U. De Siervo, *op. cit.*, specie pp. 54 ss.

¹⁸ "Il vero 'cuore' degli interventi contro la pandemia", li chiama P. Giangaspero, *op. cit.*, p. 124, già sotto il governo Conte bis, a maggior ragione per il governo Draghi, che però, dopo oscillazioni iniziali, è tornato a privilegiare il decreto-legge.

diritti costituzionali. Deleghe indeterminate che violavano il principio di legalità e anche la riserva di legge assoluta in materia penale, sanzionando le violazioni *ex art. 650 c.p.* (inosservanza degli ordini dell'autorità)¹⁹.

Sono forse proprio queste le indeterminatezze, in seguito parzialmente corrette, a essere state denunciate più opportunamente dai costituzionalisti, specie dai docenti di diritto costituzionale. A colpire di più la cittadinanza, l'opinione pubblica e anche i filosofi del diritto costituzionalisti, invece, sono state le vaghezze delle prescrizioni dei DPCM e di altri provvedimenti emergenziali. Esempi neppure troppo pittoreschi si trovano in un saggio di Aldo Schiavello²⁰, che accosta due diverse indeterminatezze.

Da un lato ci sono le genericità del diritto "per principi" tipico del costituzionalismo: a partire dalla stessa mancanza di una disciplina dell'emergenza, integrabile da parte dei giuristi eventualmente anche, se non principalmente, ricorrendo all'elaborazione di principi e regole impliciti²¹. Dall'altro, ci sono le vaghezze, ma anche la mutevolezza e la conflittualità dei DPCM con i provvedimenti emergenziali delle regioni e dei comuni. È su questi fenomeni che occorre ora soffermarsi, stavolta da un punto di vista realista.

4. Realismo

La *terza* interpretazione della gestione giuridica della pandemia, è *realista*: nel senso del realismo giuridico, ma forse anche del realismo politico e persino dal punto di vista dell'uomo della strada, il quale non guarda ai fenomeni giuridici attraverso le lenti, spesso sin troppo tecniche, del giurista e dei costituzionalisti in entrambi i sensi. Come abbiamo visto, tutti costoro tendono, per così dire, a far tornare i conti: pur con tutte le sue peculiarità, la gestione italiana della pandemia si collocherebbe nel solco delle emergenze precedenti.

Anche il testo di Schiavello appena citato, per nove decimi rappresentativo dell'interpretazione costituzionalista, si avvicina al punto di vista realista quando si concentra sulle indeterminatezze dei DPCM e dei provvedimenti analoghi. Mentre la genericità delle formulazioni dei principi costituzionali è spesso intenzionale, in quanto corrisponde all'esigenza di ottenere il consenso più largo possibile almeno sulla formulazione, non così la vaghezza delle regole dettate dai gestori della pandemia.

Ad esempio, cosa mai significa che "è consentito svolgere individualmente attività motoria *in prossimità* della propria abitazione"? Che si può passeggiare o correre nella stessa strada dove si abita, nello stesso quartiere o, magari, in

¹⁹ Così sempre U. De Siervo, *op cit.*, pp. 19-31.

²⁰ A. Schiavello, "Il costituzionalismo contemporaneo ai tempi del Covid-19", in *Persona e amministrazione*, 2 (2020), pp. 19-37.

²¹ Sui quali si deve oggi richiamare la parte monografica di *Analisi e diritto*, 1 (2020), con saggi di Damiano Canale, Enrico Diciotti, Giorgio Pino, Riccardo Guastini e del sottoscritto.

qualsiasi altro luogo raggiungibile a piedi da lì? Come si fa a scrivere che si deve indossare la mascherina o altra “protezione delle vie respiratorie” nei luoghi pubblici “ove per le caratteristiche fisiche sia più agevole il formarsi di assembramenti anche di natura spontanea e/o occasionale”?²².

Schiavello deplora questi evidenti difetti di *drafting*, ed essendo consapevole che vaghezze non intenzionali sono sì riducibili ma mai eliminabili del tutto, ne conclude, citando il Jerome Frank di *Law and the Modern Mind* (1930), che pretendere una certezza del diritto assoluta costituirebbe una regressione all’età infantile²³. Concorro, ma la vaghezza delle disposizioni è solo il *primo* dei tanti problemi regolativi con i quali il comune cittadino s’è scontrato dall’inizio della pandemia: ce ne sono almeno altri due.

Il *secondo* problema regolativo è l’inesauribile mutevolezza dei DPCM che, quando riguarda solo il tempo e non anche lo spazio, più che un difetto è una loro caratteristica strutturale. Che siano meri atti amministrativi o assumano portata regolamentare, infatti, provvedimenti del genere possono derogare a fonti superiori, come la legge o la stessa costituzione, solo a patto di non vigere per più di un mese: mentre la persistenza del contagio ha portato a reiterarli con modifiche difficili da seguire.

Il *terzo* problema regolativo è la conflittualità dei DPCM con altri provvedimenti, per ragioni di competenza territoriale. L’unica vera novità dei DPCM è stato il tentativo iniziale di accentrare nel governo nazionale la gestione della pandemia: tentativo spesso fallito non solo per la pretesa di autorità locali di gestire loro i rispettivi territori, ma per la ragione diametralmente opposta. C’è stato un rimpallo di responsabilità nell’assunzione di provvedimenti impopolari, specie da parte di autorità più permeabili all’influenza locale.

Da questa sorta di gioco del cerino, che ha concorso a causare l’inchiesta giudiziaria sulle mancate zone rosse di Alzano e Nembro²⁴, si è usciti solo con il meccanismo automatico della colorazione delle Regioni in giallo, arancione e rosso. Fra la pretesa dittatura sanitaria di un governo di centrosinistra e il feudalesimo sanitario delle ragioni di centrodestra, si è così passati a un meccanismo neutrale, che seguiva gli imperscrutabili criteri dettati dal Comitato Tecnico-Scientifico, contribuendo almeno a limitare il contenzioso²⁵.

L’interpretazione giusrealista, in effetti, prende più sul serio di quella costituzionalista l’insofferenza crescente verso l’entropia normativa così prodotta: incluse le nostalgie per il primo *lockdown*, esteso sì a tutto il territorio nazionale e

²² A. Schiavello, *op. cit.*, pp. 31 e 35. Le due formulazioni s’incontrano rispettivamente nel DPCM del 10 aprile 2020 e nell’ordinanza del Presidente della Regione Liguria del 23 settembre 2020.

²³ Così, quasi letteralmente A. Schiavello, *op. cit.*, p. 37, in riferimento a J. Frank, *Law and the Modern Mind* (1930), Stevens, London, 1949, cap. 1.

²⁴ Cfr. P. Giangaspero, *op. cit.*, p. 121.

²⁵ Come sottolineano tutti gli osservatori, infatti, “rarissimi sono i casi di contenzioso tra Stato e Regioni” (così ancora P. Giangaspero, *op. cit.*, p. 122), anche per la disponibilità dell’uno e delle altre a transigere sulle competenze. Casi di contenzioso destinati a diventare ancora più rari, forse, con il governo Draghi, rappresentativo anche delle forze di centrodestra che governano le regioni.

punitivo verso le zone meno colpite, ma almeno caratterizzato da regole uniformi e da prospettive temporali (meno incerte). I DPCM, oltre a stressare i comuni cittadini, e a essere devastanti per intere categorie economiche, impediscono a tutti di gestire autonomamente la propria vita.

Soprattutto l'interpretazione realista sembra potersi spingere a fornire un abbozzo di spiegazione di fenomeni e processi di lunga durata, preesistenti ai DPCM ma che questi ultimi, drammatizzandoli, hanno finito per evidenziare. Quel che colpisce di più, dal punto di vista giusrealista, non è l'indeterminatezza ma, tutt'al contrario, la pretesa di determinatezza dei provvedimenti emergenziali, sedimentatisi a formare un corpus normativo imponente, benché provvisorio, e comunque tale da prendere in carico l'intera vita sociale.

Sfatando vari luoghi comuni – la deregolamentazione neoliberista, il diritto “per principi” costituzionalista, ma anche la stessa riduzione giusrealista del diritto a rimedio giudiziale delle patologie sociali – la *governance* della pandemia ha fatto emergere processi forse compatibili con i precedenti, ma più profondi. Si potrebbe chiamarli – giusto per dar loro un nome, per quanto cacofonico – amministrativizzazione del diritto: l'amministrazione tecnocratica delle cose che sostituisce il governo politico delle persone²⁶.

In modo sintetico e vagamente suggestivo, forse si potrebbe descriverli così. Forse il Parlamento – il legislativo di Montesquieu – non è mai stato il vero centro dei poteri statali. Neppure nel sistema costituzionale inglese, retto tuttora dal principio della sovranità del Parlamento, quest'ultimo fa molto di più che dare la propria fiducia all'esecutivo. Il centro motore del sistema è sempre stato il governo: non a caso le istituzioni statali in genere, in inglese, si dicono *government*, per antonomasia.

Ma è stato soprattutto sul vecchio continente che l'immagine e la realtà stessa del Parlamento, come rappresentante del popolo e come formulatore della legge generale e astratta, sono andati usurandosi sempre più. L'unica legge davvero generale e astratta, qui, è stato il codice. Dopo i codici, però, è presto cominciata l'età della decodificazione, l'impero della legislazione detta ancora speciale, l'affollarsi delle leggi-provvedimento divenute il modo normale per risolvere qualsiasi problema sociale.

Le due guerre mondiali, da un secolo, hanno attribuito ai governi la gestione dell'emergenza bellica per decreto, detto ancora di necessità e urgenza benché anch'esso sia divenuto il modo normale di governare²⁷: altrove si parla, meno ipocritamente, di *règlements* e di *executive orders*. Crisi dei partiti,

²⁶ “Remplacer le gouvernement des hommes par l'administration des choses” è il motto tecnocratico attribuito, erroneamente, a Claude-Henry de Saint-Simon, fondatore dell'industrialismo e filosofo proto-positivista.

²⁷ Sulla crisi della legge e del Parlamento un contributo fondamentale, anche perché proveniente dall'interno stesso delle istituzioni parlamentari, presso le quali l'autore lavora, è C.F. Ferrajoli, *Rappresentanza politica e responsabilità. La crisi della forma di governo parlamentare in Italia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

personalizzazione della politica ed emergenza permanente del XXI secolo (terroristica, economica, ecologica, sanitaria) sembrano conferire agli esecutivi poteri enormi: ma dietro di loro c'è l'amministrazione.

La filosofia del diritto odierna, nelle varianti positivista, realista o costituzionalista, continua a occuparsi di legislazione e giurisdizione, anche costituzionale, e a rimuovere l'amministrazione²⁸. I DPCM, atti o regolamenti amministrativi, spettacolarizzati in televisione o adottati di soppiatto, ci ricordano invece questo: dalla società viene una richiesta di regolazione sempre più pervasiva, soddisfatta da organi amministrativi in modo meno visibile ma più sistematico di quanto possano fare legislazione e giurisdizione²⁹.

5. Conclusione

All'opposto delle interpretazioni eccezionalista e costituzionalista, la lettura giusrealista insiste sul fatto che s'è cercato sì di gestire l'emergenza pandemica tramite il diritto: ma un diritto "per regole", ampiamente esemplificato dai DPCM. Dettagliati, pervasivi, infinitamente mutevoli, eppure quasi pedagogici, questi ultimi corrispondono ancora all'idea del diritto tipica dello Stato legislativo: tanto da far sospettare che lo Stato costituzionale sia stato un'illusione, e il costituzionalismo una filosofia priva di oggetto.

Non è così, naturalmente, ma almeno su una cosa Schmitt ha ragione: l'eccezione ci ha costretto ad accorgerci della regola. I DPCM ci mostrano non solo che gran parte dei nostri concittadini non giuristi ritiene ancora di vivere nello Stato legislativo, ma che la dimensione regolativa del diritto è l'unica davvero irrinunciabile. Potrebbe forse esistere un diritto senza principi, ma non un diritto senza regole. Se esistesse, non lo chiameremmo neppure diritto, ma morale, e più precisamente morale critica, non positiva³⁰.

²⁸ Cfr. M. Brigaglia, *Potere. Una rilettura di Michel Foucault*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, p. 329: "Il vero rimosso – un immenso rimosso, una vera e propria voragine, posto che si tratta di un aspetto assolutamente macroscopico del diritto contemporaneo – è l'amministrazione".

²⁹ Che all'aumento della complessità sociale corrisponda un aumento del bisogno di regolazione, non soddisfacibile dalla sola legislazione, è un'idea di Niklas Luhmann. Questa prospettiva non è contraddetta dall'avvento del digitale che, benché risponda a motivazioni neo-liberiste, può condurre anch'esso a una digitalizzazione che è poi una (ri)amministrativizzazione della giustizia: cfr. A. Garapon, G. Lassègue, *La giustizia digitale* (2018), trad. it., Il Mulino, Bologna, 2021.

³⁰ Cfr. il lavoro migliore su questa distinzione: N. Muffato, "Morale positiva vs morale critica", in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 44 (2014), n. 1, pp. 115-147.