

Caratteri della decisione pubblica di emergenza contemporanea

Pierpaolo Forte

Università degli Studi del Sannio

Abstract: Characteristics of the Contemporary Emergency Public Decision

The risk is always topical, and the emergency is always upon us; the management of risk and necessity, natural or social, is therefore among the genetic factors, at the origin of every human aggregate, but historical experience tells us that it can also be used to try to legitimize and make effective inappropriate alterations of the institutional balance. Therefore, if no Sovereign, neither enlightened, nor divine, nor popular, can guarantee immunity from natural and social risks, it is possible to intervene to allow adequate, and not tragic, reactions.

The study therefore tries to illustrate some general characteristics that can be found in the evolution of the treatment of acts in reaction to emergencies, that is, looking more at the forest than at the trees, on the path led by constitutionalism and the rule of law, and trying to demonstrate that, today, no one seems to have the “right of doing any action” that Hobbes found in every phenomenon of sovereign authority, and in particular observing that the legitimacy to intervene exceptionally is no longer based on necessity itself, but on protection of fundamental rights, even when it is a question of having to temporarily limit some of them.

There is still a lot of work to be done, since the contemporary emergency decision is not without risky problems, if only for the tendency to authoritarianism, physiological in lasting forms of government, even those inspired by democracy.

Keywords: Sovereignty, Fundamental rights, Acts of necessity, Emergency.

Sommario: 1. Premessa – 2. Il sovrano salvatutto e la necessità sovrana – 3. Un diritto della sovranità senza sovrano – 4. Caratteri degli atti pubblici di reazione alle emergenze – 5. C'è ancora tanto da lavorare – 6. Considerazioni di sintesi

1. Premessa

Un discorso che provi a descrivere il modo con cui le istituzioni reagiscono, oggi, alle circostanze più o meno eccezionali che possono costituire vere e proprie emergenze non può prescindere dalla constatazione che, per molti studiosi del fenomeno statale moderno, la gestione del rischio e della necessità, naturali o sociali, è tra i fattori genetici, all'origine di ogni aggregato umano, e perciò anche

di quelle particolari forme di raggruppamento che oggi chiamiamo con l'espressione "Stato", dunque anche di quello moderno¹.

Nessuno ha mai dubitato, si può dire, che le emergenze sorgano, e che richiedano risposte adeguate, e probabilmente ciò è tra i moventi che hanno indotto gli umani ad aggregarsi e convivere stabilmente; l'esperienza storica, tuttavia, ha anche mostrato che esse possano per un verso essere manipolate artatamente, esagerando certi accadimenti per riportarli entro quel novero, e per altro, e in conseguenza, per dar vita a condizioni eccezionali che possano consentire, legittimare e rendere effettiva l'alterazione impropria dell'equilibrio istituzionale.

Sono queste, in sostanza, le ragioni per le quali le emergenze sono considerate pericolose, giacché, per il resto, appartengono all'area del rischio, una condizione umana inevitabile, spesso difficile e dolorosa, ma appunto – almeno al momento – non dovuta, in sé, agli assetti istituzionali, alle meccaniche della sovranità: nessun sovrano, né illuminato, né divino, può garantire l'immunità del proprio popolo rispetto ai rischi naturali e sociali, mentre è possibile, come subito vedremo, intervenire per consentire reazioni adeguate e, al contempo, attenuare i pericoli connessi, appunto, alla manipolazione ed all'uso estremo dell'emergenza per il sovvertimento di un ordine, di un equilibrio.

In questo studio si proverà ad illustrare alcuni caratteri generali che si possono rinvenire nella evoluzione del trattamento degli atti di reazione alle emergenze, senza cioè compiere alcuna analisi dettagliata non solo delle diverse tipologie in cui essi possono essere rinvenuti, ma soprattutto delle specifiche e molteplici azioni nella pandemia da Covid-19, recando cioè uno sguardo più alla foresta che agli alberi, confortato in ciò dal fatto che sono innumerevoli le osservazioni e le critiche puntuali e specifiche che si sono andate accumulando in

¹ Si veda, solo per esempio, nelle opere che convenzionalmente si fanno coincidere con il percorso di nascita dello Stato moderno, N. Machiavelli, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, I, 2, Roma, 2001, p. 8 ("Ma fia bene vero questo, che mai si ordineranno senza pericolo, perché gli assai uomini non si accordano mai ad una legge nuova che riguardi uno nuovo ordine nella città, se non è mostro loro da una necessità che bisogni farlo; e non potendo venire questa necessità senza pericolo, è facil cosa che quella repubblica rovini avanti che la si sia condotta a una perfezione d'ordine"); J. Bodin, *I sei libri dello Stato* (1576), trad. it Utet, Torino, I, 1964, pp. 317 ss., sulla reciprocità del rapporto politico col principe, che pretende obbedienza in cambio di protezione; argomento che viene sviluppato notoriamente da T. Hobbes che, rinvenendo in natura la condizione di "*homo homini lupus*" (*Leviatano* (1651), trad. it. La Nuova editrice, Firenze, 1987, p. 165, sostiene che il bisogno sia perciò "la madre di tutte le invenzioni" (*ivi*, p. 30), ed in particolare anche quella del "gran Leviatano chiamato comunità politica o Stato" (*ivi*, p. 7); e persino per J. Locke, "la forza esercitata senza il diritto supra la persona di un uomo instaura uno stato di guerra [...] Evitare questo stato di guerra (in cui non vi è altro appello che al cielo, e in cui si risolve ogni più piccola divergenza in quanto non vi è alcuna autorità che decida tra in contendenti) è l'unico grande motivo per cui gli uomini si costituiscono in società e abbandonano lo stato di natura" (*Il secondo Trattato sul governo* (1688), trad. it. Rizzoli, Milano, 1998, pp. 87 ss.).

letteratura (ed in ogni disciplina scientifica) in questi terribili mesi, cui perciò sembrerebbe un po' superfluo aggiungerne un'altra del medesimo tipo.

2. Il sovrano salvatutto e la necessità sovrana

Se la sovranità è osservata come fenomeno empirico, a maggior ragione se la si crede proveniente dal mistero divino², il sovrano può apparire come portatore di un potere “nudo”³, a-giuridico, e perciò si comprende sia la percezione della dimensione assoluta della sovranità, nello sguardo del sovrano rivolto verso terra⁴, sia l'argomento posto già da Ulpiano, che lo percepisce – comprensibilmente – anche come *legibus solutus*⁵, superiore alla legge perché – semmai – fonte della legge, dunque anteriore ad essa, ed in grado di sospenderla, revocarla, sostituirla, derogarvi⁶.

Con il diffondersi di una visione “orizzontale” della sovranità, del convincimento cioè che è condizione umana, dovuta agli esseri umani e per essi e per la loro vita associata, sono sorti clamorosi stravolgimenti, che hanno imboccato, nella modernità occidentale, anche il sentiero recato dal costituzionalismo e dallo Stato di diritto⁷, in forza dei quali anche la sovranità è

² Sulle influenze reciproche tra *sacerdotium* e *regnum* cfr. E.H. Kantorowicz, “La sovranità dell'artista”, in E.H. Kantorowicz, *La sovranità dell'artista. Mito e immagine tra Medioevo e Rinascimento*, Marsilio, Venezia, 2005, p. 188.

³ P.P. Portinaro, “Dissonanze sul potere. Ricostruzione o dissoluzione di un concetto?”, in *Teoria politica*, VIII (2018), p. 351 s., riporta la formulazione di Martin Kriele, per la quale il sovrano “possiede il potere indiviso, incondizionato, illimitato di porre, modificare e stravolgere il diritto”. È una visione ricorrente, ma, a dir così, percepita in astratto, senza cioè tener conto delle forme con cui (non il sovrano ma) la sovranità si esercita in concreto, e dunque agisce tra gli umani storicamente.

⁴ Si pensi al passo di Baldo (*Consilia*, III, 159, n. 4): “... Rex, qui in regno suo tenet principalissimum principatum: quia non cognoscit superiorem, est totum continentens, et potest contrahere nomine suo, et totius terrae, et populorum suorum. Habet enim plenissimam potestatem (...) Unde is quis contraxit sub nomine dignitatis, obligat successores”.

⁵ L'assunto, pare preso dal commento ulpiano alla *Lex Iulia et Papia*, divenne universale allorché venne riportato nel *Digestum*, D. 1.3.31: “*Princeps legibus solutus est: augusta autem licet legibus soluta non est, principes tamen eadem illi privilegia tribuunt, quae ipsi habent*”. Il passo è enormemente commentato, e va usato con cautela: si veda la contestualizzazione operata da P. De Francisci, “Intorno alla massima «princeps legibus solutus est»”, in *Bull. ist. dir. rom.*, XXXIV (1925), pp. 321 ss., e più di recente da M. Caravale, “La legge e la tradizione. Glossatori civilisti e decretisti sul rapporto tra legge antica e legge nuova: qualche nota”, in *Riv. It. Sc. Giur.*, 2018, spec. pp. 74 ss.

⁶ Cfr. la lettura “moderna” di J. Bodin, *I sei libri dello Stato* (1576), trad. it Utet, Torino, I, 1964, pp. 358 ss.: “chi è sovrano, insomma, non deve essere in alcun modo soggetto al comando altrui, e deve poter dare la legge ai sudditi. [...] Per questo la legge dice che il principe non è soggetto all'autorità delle leggi”.

⁷ Mentre l'autorità divina è essenzialmente *inattaccabile*, contro quella umana, essenzialmente effimera, invece, la reazione sarebbe necessariamente possibile: cfr. A. Kojève, *La nozione di autorità*, trad. it. Adelphi, Milano, 2011, p. 24.

stata sempre più collocata entro un quadro giuridico in ordine sia alla sua insorgenza – percepita come fenomeno *costituente*⁸ – sia alle sue capacità di intervento in un assetto *costituito*, perciò meno libere, sempre meno corrispondenti a “*the right of doing any action*” che Hobbes rinveniva in ogni fenomeno di autorità sovrana⁹.

Va tuttavia considerato che quello del costituzionalismo deve essere percepito come un cammino, dato che ha a che fare con evoluzioni epocali e durevoli, tuttora in corso per molti aspetti, nelle quali, inoltre, si accumulano esperienze e conoscenze. Le visioni moderne dei fenomeni costituzionali tendono infatti a considerare sussistente un assetto costituzionale anche implicito, ovvero attestato, documentato ed utilizzato in forme peculiari, ancorché non basate su un testo scritto¹⁰; ed infatti con riguardo alle emergenze – che sorgono o vengono fatte sorgere in ogni epoca – si registra una tendenza a dare comunque una forma riconoscibile agli atti sovrani che ne conseguano, o addirittura delle vere e proprie

⁸ I modi di questa percezione sono molteplici, e complessi: si vedano ad esempio le rilevazioni di W. Benjamin, *Per la critica della violenza* (1921), tr. it. Edizioni Alegre, Roma, 2010, p. 57, che parla di “violenza (Gewalt) fondatrice”, o di C. Schmitt, *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, trad. it. (sull'ed. tedesca del 1964) Laterza, Roma-Bari, 1975, p. 154: “Il popolo, la nazione, forza originaria di ogni entità statale, costituisce organi sempre nuovi. Dall'abisso infinito e insondabile del suo potere sorgono forme sempre nuove, che essa può infrangere quando vuole e nelle quali essa non cristallizza mai definitivamente il proprio potere. (...) Non è mai autocostituente, ma sempre costituente altro da sé; perciò il suo rapporto giuridico con l'organo costituito non si pone mai in termini di reciprocità”. Gli studi della seconda metà del '900 hanno però preso strade diverse, alla ricerca dei meccanismi più che dei soggetti costituenti: cfr. tra molti altri, C. Mortati, *La teoria del potere costituente* (1945), ora in C. Mortati, *Raccolta di scritti, I, Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 12 s.; P. Barile, “Potere costituente”, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Utet, Torino, 1976, p. 444; M. Fioravanti, “Potere costituente e diritto pubblico”, in M. Fioravanti, *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 233; V. Angiolini, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Cedam, Padova, 1995. Non mancano tuttavia argomenti per negare valore giuridico al fenomeno costituente: ad es., cfr. P.G. Grasso, “Potere costituente”, in *Enc. dir.*, XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 657 ss.

⁹ T. Hobbes, *Leviatano* cit., cap. XVI. Anche nella letteratura moderna non manca chi individua nel potere sovrano capacità assolute: può disporre della vita e della morte per M. Foucault, *Bisogna difendere la società*, trad. it. Feltrinelli, Milano, 2010, p. 206, ed il “sultano di Delhi” è, al contempo, “donatore” e “uccisore” per E. Canetti, *Massa e potere*, Rizzoli, Milano, 1972, p. 465.

¹⁰ G. Morbidelli, “La Costituzione”, in G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Reposo, M. Volpi, *Diritto pubblico comparato*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 30 ss; M. Palmer, “Using Constitutional Realism to Identify the Complete Constitution: Lessons from an Unwritten Constitution”, in *The American Journal of Comparative Law*, 54 (2006) n. 3, pp. 587 ss.; sulla esperienza britannica, resta imprescindibile A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), trad. it., *Introduzione allo studio del diritto costituzionale: le basi del costituzionalismo inglese*, il Mulino, Bologna, 2003; su quella neozelandese, si veda, di recente, M. Palmer, “New Zealand Constitutional Culture”, in *New Zealand Universities Law Review*, 22 (2007), pp. 565 ss.; su quella israeliana cfr. S. Navot, *The Constitution of Israel. A contextual analysis*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2014; Per gli argomenti che consentono di sostenere che quella dell'UE possa dirsi una costituzione non scritta cfr. A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, il Mulino, Bologna, 2002, spec. pp. 180 ss.

procedure, indipendentemente dal fatto che siano o meno rescritte (si pensi al *Tumultus* e allo *iustitium*, cui si ricorreva nel momento in cui a Roma antica vi era una situazione di straordinaria emergenza, cui poteva seguire la individuazione del *dictator*, o agli atti senatori connessi alla pratica conosciuta dai moderni come *senatus consultum ultimum*, o *de re publica defendenda*).

Ma naturalmente le questioni dell'emergenza hanno assunto tratti tutti propri quando ha preso a diffondersi, a partire dal XIX secolo, il costituzionalismo moderno e la sua tendenza a riportare i poteri politici e di governo entro un quadro giuridico. Sono state stagioni di grandiosi studi ed esperienze pratiche (con non poche delusioni, e tragedie) che hanno accompagnato l'insorgere di un modo peculiare di legittimazione, cioè della trasposizione di un potere di fatto in un potere legittimo¹¹, operazione che consente di parlare di "forza qualificata dal diritto"¹², quella che nel linguaggio di Max Weber è legale-razionale, impersonale e procedurale¹³, aggiungendosi alle meccaniche dovute alla tradizione ed al carisma¹⁴.

È qui, nel quadro di un "ordinamento" sempre più esteso e strutturato, che sempre più pretende di comprendere al contempo le energie sovvertitrici, quelle politiche e istituzionali come quelle delle relazioni pacifiche e quotidiane¹⁵, che il tema della reazione all'emergenza acquista un sapore complesso; perché solo al cospetto di un sistema che include l'esercizio della sovranità entro la livrea giuridica, *nel* Diritto ben oltre la Legge, che "lo stato di eccezione ha per la

¹¹ N. Bobbio, *Teoria generale della politica*, ed. a cura di M. Bovero, Torino 1999, p. 183.

¹² A. Passerin d'Entrèves, *La dottrina dello Stato. Elementi di analisi e di interpretazione* (1967), tr. it. Giappichelli, Torino, 2009, p. 9, anche se poi, saggiamente, osserva che "la legalizzazione della forza è senza dubbio un grande progresso, ma non può costituire l'ultima parola circa la giustificazione della forza stessa" (*ivi*, p. 23).

¹³ M. Weber *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1922, tr. it. *Economia e società*, Milano 1980, IV, pp. 55 ss.

¹⁴ *Ibidem*; più di recente, e con un approccio ampio, J. Derrida, *Forza di legge. Il fondamento mistico dell'autorità*, tr. it. Bollati Boringhieri, Torino, 2003, e M. Demontaigne, *Les Essais*, III, PUF, Paris, 1992, p. 1072 "Le leggi mantengono il loro credito non perché sono giuste, ma perché sono leggi. È il fondamento mistico della loro autorità. Non ne hanno altri". Osserva G. Agamben, *Stato di eccezione. Homo sacer*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, pp. 95 ss. come, per comprendere fenomeni moderni quali il Duce fascista e il *Führer* nazista (ma anche il titolo di *Augusto* conferito a Gaio Giulio Cesare Ottaviano), sia importante non dimenticare la loro continuità col principio dell'*auctoritas principis*, poiché quelle qualifiche si aggiungono alla *potestas* delle rispettive cariche istituzionali, Presidente del Consiglio dei ministri e Cancelliere del Reich.

¹⁵ Già C. J. Friedrich, *Governo costituzionale e democrazia* (1950), trad. it., Neri Pozza, Vicenza s.d., aveva rilevato la differenza fra dittatura costituzionale, che ha come scopo la salvaguardia dell'assetto costituzionale, e dittatura incostituzionale, che mira al suo rovesciamento, ma avvisando che "tutti questi istituti corrono il rischio di essere trasformati in sistemi totalitari, se si presentano condizioni favorevoli" (*ivi*, p. 828).

giurisprudenza un significato analogo al miracolo per la teologia”¹⁶, si pone cioè con caratteri che appaiono non solo irregolari, ma capaci di sgombrare ogni vincolo, laccio, limite posto in termini giuridici¹⁷.

Le spiegazioni di questa pericolosissima capacità sono state molteplici nei primi anni del XX secolo, a partire dalla più famosa, recata dall’incipit di Carl Schmitt alla sua *Teologia politica*, “sovrano è colui che decide sullo stato di eccezione”¹⁸; ma va rammentata anche l’ipotesi della necessità come fonte della legge, la cui origine può essere rinvenuta nella notissima affermazione ciceroniana “*ollis salus populi suprema lex esto*”¹⁹, ed è stata sviluppata e descritta, tra altri, da Santi Romano²⁰, in anni nei quali, in Italia, alcune “emergenze” erano state affrontate, in mancanza di meglio²¹, usando le teorie della necessità per applicare l’art. 243 del codice penale militare dell’epoca, proclamare cioè lo stato d’assedio bellico in numerosissime occasioni tutt’altro che guerresche²², tra le quali l’insurrezione a Milano del 1898, e per ultimo lo spaventoso terremoto di Reggio e Messina del 1909²³ (stato di assedio cd.

¹⁶ C. Schmitt, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità* (1922), trad. it. in C. Schmitt, *Le categorie del ‘politico’*, a cura di G. Miglio, P. Schiera, il Mulino, Bologna 1972, p. 61.

¹⁷ È noto che per C. Schmitt, *Teologia politica*, cit., p. 61, il sovrano “decide tanto sul fatto se sussista il caso estremo di emergenza, quanto sul fatto di che cosa si debba fare per superarlo”.

¹⁸ *Ivi*, p. 33.

¹⁹ Cicerone, *De legibus*, 3.3.8, ripreso alla lettera da T. Hobbes, *De cive. Elementi filosofici del cittadino*, trad. it. Editori Riuniti, Roma, 2014, p. 194 “tutti i doveri di chi ha il potere sono compresi in questo solo detto: la salute del popolo è la legge suprema”.

²⁰ S. Romano, “Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione dei terremoti di Messina e Reggio Calabria”, in *Rivista di diritto pubblico*, 1909 (ora in S. Romano, *Scritti minori*, I, Giuffrè, Milano, 1990, p. 362): “la necessità di cui ci occupiamo deve concepirsi come una condizione di cose che, almeno di regola e in modo compiuto e praticamente efficace, non può essere disciplinata da norme precedentemente stabilite. Ma se essa non ha legge, fa legge [...] il che vuol dire che è essa medesima una vera e propria fonte del diritto [...]. E nella necessità deve rintracciarsi l’origine e la legittimazione dell’istituto giuridico per eccellenza, cioè dello Stato, e in genere del suo ordinamento costituzionale, quando esso viene instaurato come un procedimento di fatto, ad esempio in via di rivoluzione. E ciò che si verifica nel momento iniziale di un determinato regime può anche ripetersi, sebbene in linea eccezionale e con caratteri più attenuati, anche quando questo avrà formato e regolato le sue istituzioni fondamentali”. Più di recente, si v. C. Nasi, “Necessitas non habet legem”, in *Dir. e soc.*, 1995, pp. 275 ss.

²¹ Non sono mancati studi (e dibattiti) in ordine alla possibilità della proclamazione dello stadio d’assedio anche alla luce della Carta repubblicana: per tutti, si v. G. Morelli, *La sospensione dei diritti fondamentali nello Stato moderno*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 312; M. Scudiero, *Aspetti dei poteri necessari per lo stato di guerra*, Jovene, Napoli, 1969, p. 138; B. Cherchi, “Stato d’assedio e sospensione delle libertà nei lavori preparatori dell’Assemblea costituente”, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 31 (1981), p. 1151.

²² Una puntuale ed utilissima rassegna (che parte dal 1849) è recata in M. Benvenuti, “Alle origini dei decreti-legge. Saggio sulla decretazione governativa di urgenza e sulla sua genealogia nell’ordinamento giuridico dell’Italia prefascista”, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Claudio Rossano*, I, Jovene, Napoli, 2013, p. 21 s., spec. p. 25 s.

²³ La motivazione del R.d. 3.1.1909, n. 1 riferiva che “il cataclisma tellurico avvenuto il 28 dicembre 1908 nei territori di Messina e di Reggio Calabria, ha creato una situazione per certi

politico, o fittizio²⁴); e, sia detto per inciso, per un verso il dibattito che ne seguì²⁵ concorse alla nascita di una formale disciplina del decreto-legge²⁶, e per altro verso che lo strumento fu predisposto ma non usato in occasione della cd. marcia su Roma, quando – forse – sarebbe servito²⁷.

Si potrebbe perciò affermare che, ancora all'alba del XX secolo, tutti questi materiali sembravano confermare anche nella modernità una sorta di *logica immunitaria*²⁸, una tendenza dei sistemi politici, qualunque sia la forma che assumano, tesa ad accettare che di fronte ad un pericolo grave ed incombente sia possibile, con tecniche variegate, produrre un effetto per dir così anankastico²⁹,

effetti identica e per altri più grave di quella che si verifica nei territori in stato di guerra”, a dimostrazione che l'analogia tra emergenze gravi e guerra non è propria dei giorni nostri.

²⁴ “strumento d'intervento straordinario, deciso dal governo a tutela dell'ordine pubblico in situazioni di emergenza estrema”: così R. Martucci, *Storia costituzionale italiana*, Carrocci, Roma, 2002, p. 150.

²⁵ “vero e proprio laboratorio politico-giuridico” per G. Agamben, *op. cit.*, p. 26.

²⁶ A. Celotto, *L'«abuso» del decreto-legge. I. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Cedam, Padova, 1997; G. Bascherini, “Lo stato d'assedio nell'esperienza statutaria italiana”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, p. 4305.

²⁷ La vicenda è ormai notissima, a partire dalla deliberazione riportata nel verbale del Consiglio dei ministri del 28 ottobre 1922 (ore 6.00): “Il Consiglio dei ministri delibera all'unanimità di proporre al Re la proclamazione dello stato di assedio e autorizza tutti i provvedimenti occorrenti per fronteggiare la situazione politica e finanziaria”, al successivo Telegramma della presidenza del Consiglio a prefetti e comandanti militari del Regno, 28 ottobre 1922, ore 7.10 n. 23859: “governo su unanime deliberazione del Consiglio dei ministri ordina Signorie Loro di provvedere a mantenere ordine pubblico... usando di tutti i mezzi, a qualunque costo, e con arresto immediato senza eccezione capi e promotori del moto insurrezionale contro poteri dello Stato, al successivo Telegramma della presidenza del Consiglio a prefetti e comandanti militari del Regno, 28 ottobre 1922, ore 7.50: “Consiglio ministri ha deciso proclamazione stato assedio in tutte province Regno da mezzogiorno oggi. Relativo decreto sarà pubblicato subito. Frattanto SS.LL. usino immediatamente di tutti i mezzi eccezionali per mantenimento ordine pubblico e sicurezza proprietà e persone”, alla successiva stesura di un “Manifesto” per lo stato d'assedio, sino al telegramma del Presidente del Consiglio dei ministri Facta ai Ministri degli interni e della guerra n. 23871, alle ore 12.05: “Avvertesi che disposizioni odierno telegramma n. 23859 circa stato assedio non debbono avere corso”. I documenti sono pubblicati di recente, tra moltissimi altri, in A. Scurati, *M. Il figlio del secolo*, Giunti/Bompiani, Firenze/Milano, 2018; R. Monteleone, *Il Novecento, un secolo insostenibile: civiltà e barbarie sulla via della globalizzazione*, Edizioni Dedalo, Roma-Bari, 2005, p. 156.

²⁸ R. Esposito, *Immunitas. Protezione e negazione della vita*, Einaudi, Torino 2002.

²⁹ Traendolo dal mito di Ananke (la dea olimpica antesignana della *Necessitas* del Pantheon latino) già usato da Platone nella *Repubblica* (616b- 617d) e nel *Timeo* (33b-37a), il termine fu coniato da G.H. Von Wright, *Norm and action: A Logical Enquiry*, Routledge, London, 1963: “A statement to the effect that something is (or is not) a necessary condition of something else I shall call an anankastic statement. A (type of) sentence the normal use of which is for making an anankastic statement, I shall call an anankastic sentence. A sentence which is used for making an anankastic statement can also be said to express an anankastic proposition” (*ibidem*, 10); cfr. A.G. Conte, “Un saggio filosofico sopra la logica deontica”, in *Riv. Internaz. di filosofia del diritto*, 42 (1965), pp. 564 ss. Vale riportare qui l'opinione di M. Ferraris, *Spettri di Nietzsche*, Guanda, Parma, 2014, p. 196, in ordine ai miti “che (esattamente come le barzellette) non hanno inventori, e sono residui di senso in cui ci imbattiamo proprio come alla Mecca ci si imbatte in un meteorite”; risuona qui

dotato cioè per sua struttura inevitabile di una dinamica che fa presto ad apparire come uno “svuotamento” giuridico, una sorta di pagina bianca del Diritto e dei diritti, e dunque anche delle libertà individuali, di gruppo e d’impresa, grandi o piccoli che fossero prima questi diritti e queste libertà. L’assunto è talmente attestato da aver prodotto anche l’uso di una denominazione presa a nolo da altri domini scientifici, l’espressione *anomia*³⁰, una condizione di vuoto giuridico³¹ che – perciò – consente un intervento sovrano illimitato, ed immune da responsabilità legali per le decisioni, spesso drastiche e non di rado drammatiche.

Sul piano teorico, si potrebbe pensare che la condizione di anomia riporti in forze, e sul proscenio, uno schema di potere che possiamo definire “nudo”, “puro”, cioè del tutto svincolato da limiti costituzionali e legali in generale, e persino da esigenze morali “normali”. Gli atti sovrani in anomia, insomma, non sarebbero giuridici (come prima della modernità), e possono essere violenti e persino letali, tragici, per il semplice fatto che in tale condizione la violenza non è né permessa né vietata, non essendoci alcuna “legge” efficace ad autorizzarla o impedirla, ovvero troverebbero proprio nella necessità la propria fonte, per assumere solo in conseguenza una veste giuridica, tuttavia evidentemente poco limitata.

La prima visione – che in fin dei conti assorbe tutti i caratteri connessi alla effettività³² – punta molto sulla natura della decisione in questione, e sull’organo abilitato ad adottarla, e perciò trattata come “decisionista”³³, e non sorprende,

l’osservazione di G. Vico, *Principj di una scienza nuova dintorno alla natura delle nazioni*, in G. Vico, *Opere*, A. Battistini (a cura di), Giuffrè, Milano, 1990, p. 512: “idee uniformi nate appo intieri popoli tra esso loro non conosciuti debbon avere un motivo comune di vero”, e “e prime favole dovettero contenere verità civili, e perciò essere state le storie de’ primi popoli”.

³⁰ G. Agamben, *op. cit.*, p. 76 s., parla di una “una zona di anomia in cui agisce una violenza senza alcuna veste giuridica”.

³¹ Descritto bene, di recente, da G. Silvestri (2020), “Covid-19 e Costituzione”, in *Unicost*. Recuperato da www.unicost.eu, [Data di consultazione: 16/06/2021]: “uno spazio vuoto, deregolato e riempito dalla volontà del sovrano, inteso come potere pubblico liberato da ogni vincolo giuridico e capace di trasformare istantaneamente la propria forza in diritto”.

³² Cfr. A. Catania, *Effettività e modelli normativi: Studi di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 45 s.: “Il diritto è effettivo se e quando risponde alla accettabilità culturale e morale, sempre meno omogenea e quindi sempre più attestata su regole, punti di convergenza leggeri, non troppo densi di specificità culturali, ma anche e soprattutto su procedure, modalità dell’agire, (norme di struttura, di riproduzione, di cambiamento, di conferimento del potere) che ciascuno usa con fini diversi. Il diritto è effettivo se e quando possiede una giustificabilità che lo rende riconoscibile o in ultima istanza la sua effettività può poggiare sulla mera accettazione fattuale di rapporti di forza o di valori condivisi”.

³³ “Ogni ordine riposa su una decisione [...]. Anche l’ordinamento giuridico, come ogni altro ordine, riposa su una decisione e non su una norma”: così C. Schmitt, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, cit., p. 36 s.; cfr. al riguardo M. Nigro, “Carl Schmitt fra diritto e politica”, in *Quaderni fiorentini*, 15 (1986), p. 708 s. ove rileva il “ruolo significante sempre attribuito da Schmitt allo stato di eccezione, come situazione che rende palese in assoluta purezza la decisione liberandola da ogni vincolo normativo”, il “rilievo tale all’elemento formale della decisione ed all’essenza volontaristica del pensiero di Schmitt da far passare in seconda linea

quindi, che anche in ambienti costituzionali espliciti la condizione di eccezione possa generare atti capaci di sospendere l'intera Costituzione, pur se avrebbe il limite – intrinseco, e non si sa da chi e come possa essere rilevato, e con quali conseguenze – del criterio di adeguatezza dell'azione alle circostanze ed espressione della manifestazione assoluta di sovranità.

Anche le ipotesi della necessità come fonte hanno avuto sul piano teorico diverse spiegazioni, usando la ragion di Stato come legittimazione, come vera e propria posizione giuridica soggettiva che lo abilita ad agire in ogni modo per garantire la propria stessa esistenza³⁴, o anche, più modernamente, per la conservazione dell'assetto politico, economico e sociale, e per provvedere, insomma, ai bisogni della collettività³⁵; argomenti tutti che, pare evidente, preludono alla possibilità di ricondurre nel giuridico anche le necessità, le urgenze, le emergenze e che, come subito si vedrà, oggi si giocano su di un terreno diverso.

Ma più in generale quegli anni a cavallo fra due secoli, in quadro costituzionale ancora medio ottocentesco, dimostrarono che proprio una carente disciplina giuridica degli atti di governo dell'emergenza³⁶ lasciava pieno spazio anche all'idea della necessità come fonte: si trattava pur sempre, insomma, di un vuoto che autorizzava il senso del vuoto, e la comparsa in scena, sporadica ma irresistibile, senza ostacoli significativi, del concetto di potere nudo che intanto, avendo però già acquisito altri tratti costituzionali, riuscirebbe così a trovare, *ex post*, i connotati di un potere legale, capace di produrre diritto; i decreti d'urgenza

e far ritenere soltanto eventuale ogni altro elemento”, e dunque il fatto che in questa visione “nello stato di eccezione si ricrea quella situazione primigenia che faceva scrivere ad Hobbes che ‘auctoritas, non veritas facit legem’”.

³⁴ O. Ranelletti, “La polizia di sicurezza”, in *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, diretto da V.E. Orlando, IV, I, Società Italiana Libreria, Milano, 1904, pp. 1154 ss.; F. Meinecke, *L'idea della ragion di Stato nella storia moderna*, Sansoni, Firenze, 1970, p. 5.

³⁵ G. Miele, “Le situazioni di necessità dello Stato”, in *Arch. Dir. pubbl.*, 1936, pp. 425 ss., che tuttavia supponeva anche la “prevalenza degli interessi dello Stato su quelli individuali”, ed infatti gli “organi di governo, hanno l'obbligo di agire con tutti i mezzi conformi alle finalità dell'ente per assolvere i compiti cui sono destinati, onde ben possono far uso di poteri che loro non competono, se, per il carattere necessario ed improrogabile di alcuno dei compiti da attuare, le vie normali si dimostrino inidonee” (G. Miele, *Principi di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1953, 2a ed., p. 195); per una visione odierna, cfr. M. Ramajoli, “Potere di ordinanza e Stato di diritto”, in Aa.Vv., *Studi in onore di Alberto Romano*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, pp. 735 ss.

³⁶ Era diffusa l'idea che il diritto dello “stato di necessità non si scrive, come non si scrive il diritto di rivoluzione”: così G. Arangio Ruiz, “Lo stato di assedio in Sicilia e nella Lunigiana”, in *Rassegna di scienze sociali e politiche*, CCLXXIII (1894), p. 647, parole che risuonano nel più celebre scritto di S. Romano, “Sui decreti-legge”, cit., p. 364: “Ci sono norme che non possono scriversi o non è opportuno che si scrivano; ce ne sono altre, che non possono determinarsi se non quando si verifica l'evenienza cui debbono servire”. Allo stesso Santi Romano, tuttavia, si deve la lucida intuizione, nel 1901, della distinzione tra intervento d'eccezione e costituzione fondativa: cfr. S. Romano, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, ora in S. Romano, *Scritti minori*, cit., I, spec. pp. 150 ss.

con pretesa di valore e forza di legge, numerosissimi – si capirà – durante gli anni del primo conflitto mondiale³⁷, quasi mai ratificati dal Parlamento, capaci di intervenire su qualunque argomento³⁸, dimostrano l’assunto, e venivano per lo più accettati dalla giurisprudenza dell’epoca, sulla base della rilevazione di una “costante pratica costituzionale” (che impediva anche ogni vaglio sulla sussistenza dei requisiti di necessità), e sulla divisione di poteri³⁹.

3. Un diritto della sovranità senza sovrano

La progressiva formazione di un sistema normativo complesso di reazione alle necessità urgenti, alle condizioni eccezionali, con una esplicita disciplina che riguarda i livelli costituzionali, legislativi, di governo, e la funzione amministrativa, il conseguente consolidamento del suo trattamento giurisdizionale, l’enorme mole di studi, hanno significativamente lavorato, soprattutto a partire dalla seconda metà del ‘900, allorché una tale disciplina ha preso ad esserci, e svilupparsi, il modo con cui si fronteggiano necessità, urgenze, emergenze, non dipende più da una forza pura attiva in un vuoto, ma pur sempre da una legittimazione à la Weber, e dunque entro un quadro giuridico, che vuoto non è.

Sabino Cassese ha sintetizzato molto bene questo cammino:

lo Stato di diritto ha conquistato lentamente diverse posizioni rispetto a questo concetto largo della necessità [...]. Esso 1. stabilisce chi ha il potere di dichiarare l'emergenza; 2. definisce i presupposti dell'esercizio del potere; 3. stabilisce le forme dell'esercizio del potere; 4. determina la durata dell'esercizio del potere e degli effetti che conseguono all'esercizio del potere; 5. stabilisce chi controlla l'esercizio del potere di emergenza; 6. individua quali effetti produce il potere dettato dall'emergenza⁴⁰.

³⁷ Nel solo 1919 furono adottati 1.043 decreti d’urgenza: cfr. A. Celotto, *L’«abuso» del decreto-legge*, cit., pp. 205, 216; F. Campodonico, “Necessità”, “stato di necessità” e “crisi economica”: *l’indefinitezza come pratica di governo*, in F. Cortese, M. Tomasi (a cura di), *Le definizioni nel diritto*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2016, p. 106, nt. 54, rileva che “sulla numerazione non vi è accordo”, illustrandone ragioni e fonti.

³⁸ C. Pinelli, “Il decreto-legge e la teoria costituzionale: profili introduttivi”, in A. Simoncini (a cura di), *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, EUM Edizioni, Macerata, 2006, pp. 57 ss.

³⁹ *Amplius* in M. Benvenuti, *op. cit.*, p. 72 s.

⁴⁰ S. Cassese, “I paradossi dell'emergenza”, in *Annuario Aipda, 2005, Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 221 ss. Sulla progressiva tipizzazione del potere di ordinanza, si cfr. anche M. Gnes, “I limiti del potere d’urgenza”, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, pp. 641 ss.

Non si fa più ricorso, insomma, ad anomia per fronteggiare le emergenze, ma ad un complesso sistema giuridico⁴¹ che rimane immanente anche in emergenza e contempla forme e molteplici competenze⁴², tenendo presente uno dei caratteri della sovranità contemporanea, che – come espressamente descritto dall’art. 1 della Carta costituzionale della Repubblica italiana – si sviluppa in una pluralità di forme e si distribuisce, con meccaniche plurime, in diversi luoghi decisionali⁴³; tratta gli atti di emergenza anche essi come atti giuridici, come tali sempre sottoponibili alla revisione giurisdizionale, costituzionale od ordinaria; al contempo, dato che – comunque – questi atti han da essere particolarmente *efficaci* – continuano ad essere riconosciuti come anche dotati di una temporanea capacità di *deroga*, più o meno ampia, e tuttavia anche connessa alla ragionevole relazione tra gravità degli eventi e disposizione eccezionale, e dunque ad una *proporzione*: più è impreveduta, ignota, devastante ed improvvisa l’emergenza, più è comprensibile, ed accettabile, la sospensione dei regimi ordinari, e dunque meno lo è la prima, più è probabile la percezione dell’invalidità giuridica della seconda se eccedente⁴⁴.

La tendenza recente a *normalizzare* in termini giuridici l’emergenza⁴⁵, collocandola entro il quadro *costituito*, è attestata dalla nascita e dalla implementazione di un vero e proprio sistema per le necessità meno imprevedibili (quelle in cui l’incertezza è sul *quando*, non sull’*an*), ampiamente normato, con un apparato stabile⁴⁶ che in Italia viene definito di “protezione civile”⁴⁷, ma anche

⁴¹ F. Giglioni, “Amministrazione dell’emergenza”, in *Enc. dir.*, VI., Giuffrè, Milano, 2013, pp. 44 ss.

⁴² A. Fioritto, *L’amministrazione dell’emergenza tra autorità e garanzie*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 33: l’atto di emergenza ha “come obiettivo la conservazione dell’ordine esistente e costituisce un fatto interno all’ordinamento costituzionale”; più di recente, con specifico riferimento alla pandemia da Covid-19, M. Luciani, “Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza”, in *Rivista AIC*, n. 2 (2020), p. 113, qualifica i “tradizionali principi del *primum vivere* e della *salus rei publicae* [...] veri e propri principi costituzionali”.

⁴³ Per la dimostrazione che con certi tipi di Costituzione “per definizione, non esiste un sovrano”, ma diversi centri in cui si configura una sovranità *giuridica*, “la cui sommatoria costituisce e riproduce ‘la’ sovranità nella sua pienezza”, cfr. A. Pace, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Cedam, Padova, 2002, pp. 59 ss.; va anche notato che ciò costituisce una notevole differenza con la sovranità frazionata e divisa premoderna, “piuttosto una concezione nuova e originale circa il modo in cui il potere può esser organizzato e distribuito per entro lo Stato. [...] Più che di «divisione dei poteri» sarebbe il caso di parlare di «divisione del potere». Non si trattava, o non si trattava soltanto, di stabilire dove risieda la sovranità o a chi debba spettare, ma come il potere debba essere esercitato per essere degno di questo nome”: così A. Passerin d’Entrèves, *La dottrina dello Stato. Elementi di analisi e di interpretazione* (1967), trad. it. Giappichelli, Torino, 2009, p. 183.

⁴⁴ P. Pinna, *L’emergenza nel diritto costituzionale italiano*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 106.

⁴⁵ A. Cardone, *La «normalizzazione» dell’emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011.

⁴⁶ Anzi, per alcuna dottrina si tratta di una vera e propria “amministrazione parallela”: V. Cerulli Irelli, “Principio di legalità e poteri straordinari dell’amministrazione”, in *Dir. Pubbl.*, 2007, p.

con la distribuzione tra diversi livelli di governo di competenze al riguardo⁴⁸, con l'effetto, prevedibile ed ampiamente rilevato, e criticato⁴⁹, della dilatazione della percezione dell'emergenza, anche nel discorso pubblico, e dunque di una continua tentazione di ricorrere alle spicce per intervenire su fenomeni effettivamente gravi, o incombenti, o solo impellenti, anche dovuti ad inefficienza, ma che avrebbero altre forme per essere trattati⁵⁰.

Volendo qui rimanere sul mero piano dell'analisi strutturale degli atti e dei comportamenti in emergenza, e dunque senza dilungarsi troppo sulla critica del fenomeno, non si può tuttavia far a meno di notare che, se ovviamente questa tendenza è commendevole e pericolosa, è tuttavia non solo pienamente spiegabile (appartiene, in fin dei conti, alla tensione tra imparzialità e buon andamento), ma soprattutto attesta, appunto, quanto quella di reazione all'emergenza sia ormai una vera e propria funzione pubblica stabile⁵¹, della quale perciò l'emergenza come sostantivo che ammette qualificazioni ("emergenza rifiuti", "emergenza ambientale"⁵², "emergenza bancaria"⁵³...), o la necessità di compiere investimenti

377; C. Pinelli, "Un sistema parallelo. Decreti legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana", in *Riv. AIC*, 2009.

⁴⁷ V.C. Meoli, "Protezione civile", in *Dig. Disc. Pubbl.*, XII, Torino, 1997, pp. 130 ss.; M. Malo, F.S. Severi (a cura di), *Il servizio nazionale di protezione civile. L. 24 febbraio 1992, n. 225 e norme collegate*, Giappichelli, Torino, 1995.

⁴⁸ Per tutti, precocemente, si v. F. Merusi, "Le catastrofi "ripartite", in *Giur. cost.*, 1971, p. 2325 s., e più di recente, ed evolutivamente, G. Tropea, *Sicurezza e sussidiarietà. Premesse per uno studio sui rapporti fra sicurezza pubblica e democrazia amministrativa*, Edizioni Scientifiche, Napoli, 2010.

⁴⁹ Si vedano, per tutti, gli studi raccolti in L. Giani, M. D'Orsogna, A. Police (a cura di), *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

⁵⁰ Al riguardo si è parlato di "emergenza stabilizzata" (S. Staiano, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in S. Staiano (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 659 ss.), "emergenza infinita" (A. Simoncini (a cura di), *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, Eum, Macerata, 2006), "prêt-à-porter istituzionale" (M.A. Cabiddu "Stato di eccezione", in *Amministrazione in cammino*, 2010, Tra molti altri, si vedano al riguardo A. Cardone, *Le ordinanze di necessità ed urgenza del Governo*, in P. Caretti (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2006*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 232 ss.; C. Marzuoli, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in Aa.Vv., *Annuario AIPDA 2005, Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 11; A. Fioritto, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, cit., spec. p. 42 s.

⁵¹ F. De Leonardis, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Giuffrè, Milano, 2005, spec. pp. 315 ss; M. Malo, F. S. Severi (a cura di), *op. cit.*; C. Meoli, *op. cit.*, pp. 130 ss.

⁵² Oltre ai poteri di intervento contingibili e urgenti e sostitutivi recati dall'art. 191 del d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152, si pensi ai casi dell'area di Coroglio (Napoli, su cui si veda l'articolo 33, d.l. 12 settembre 2014, n. 133), o all'Ilva di Taranto.

⁵³ Si vedano, ad esempio, il d.l. 25 giugno 2017, n. 99, «Disposizioni urgenti per la liquidazione coatta amministrativa di Banca Popolare di Vicenza S.p.A. e di Veneto Banca S.p.A.», il d.l. 8 gennaio 2019, n. 1, «Misure urgenti a sostegno della Banca Carige S.p.a. - Cassa di risparmio di Genova e Imperia», il d.l. 16 dicembre 2019, n. 142, sulla Banca Popolare di Bari; ma già in precedenza, si veda il d.l. 22 novembre 2015, n. 183.

per grandi eventi altrimenti incompleti⁵⁴, o altre simili incombenze, divengano in fin dei conti sul piano tecnico una sorta di sfrizzo di lavorazione, una derivazione secondaria, cui è possibile mettere argine, senza tuttavia trascurare che, appunto, è conseguenza in fin dei conti minore di una impostazione importante, di un vero e proprio assetto complessivo diverso.

4. Caratteri degli atti pubblici di reazione alle emergenze

Tornando dunque all'analisi strutturale, il trattamento pienamente giuridico comporta, perciò, anche per gli atti emergenziali un grande rilievo riservato al pre-decisionale, una delle grandi scoperte della scienza giuspubblicistica nel XX secolo⁵⁵; come per gli altri atti di diritto pubblico, ed anzi forse al suo massimo grado, cioè, sul piano teorico la legittimazione dell'atto di emergenza deve basarsi su istruttorie complete, informazioni trasparenti, presupposti poco discutibili, e la appropriatezza o la carenza in ordine a queste incombenze, con una meccanica che, si ripete, è una delle grandi innovazioni post-moderne, è in grado di qualificare la validità o l'invalidità giuridica dell'atto emergenziale, che connessa alla sua invariabile impugnabilità (davanti ad un giudice costituzionale o ordinario), comporta anche la possibilità di venire annullata. In una parola, anche gli atti di emergenza hanno un indiscutibile regime giuridico.

Questo carattere impegna ormai ogni tipo di atto pubblico che agisce con capacità derogatoria in emergenza; lo fa innanzitutto in relazione alle “ordinanze”, tipologie di provvedimenti trattati come amministrativi che si fa fatica ormai a definire “liberi”⁵⁶, giacché, già poco dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, cominciarono ad essere circondati da una serie di garanzie, emerse e contemplate sin dalla prima sentenza della Corte costituzionale (presieduta da De Nicola) al riguardo⁵⁷; essendoci dunque un perimetro normativo ed un giudice a

⁵⁴ A. Roccella, “La gestione amministrativa di un grande evento: regole e deroghe”, in *Amministrare*, 1 (2016), pp. 22 ss.

⁵⁵ Impossibile rassegnare l'assunto tanto ampia è la letteratura; si v., giusto per menzione, P.M. Vipiana, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1990; A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, ESI, Napoli, 1997; più recentemente, G. Cianferrotti, “L'attività interna nella storia dell'amministrazione italiana”, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 61 (2011), n. 3, pp. 725 ss.

⁵⁶ A meno di non considerare “libero” ciò che non è tipico e nominato: cfr. G. Morbidelli, “Delle ordinanze libere a natura normativa”, in *Dir. amm.*, 2016, spec. p. 37.

⁵⁷ Corte cost., sent. 2 luglio 1956, n. 8, pur non pronunciandosi sulla compatibilità con la sopravvenuta costituzione dell'art. 2 del T.U. delle leggi di p.s., qualificò le ordinanze prefettizie ivi previste come atti amministrativi, dunque impugnabili davanti al giudice ordinario o amministrativo, e soprattutto definì alcuni “alcuni canoni derivanti principalmente dal carattere amministrativo dei provvedimenti prefettizi di urgenza. Tali canoni, che la Corte ritiene che si debbano tener presente, possono così riassumersi: efficacia limitata nel tempo in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza; adeguata motivazione; efficace pubblicazione nei casi in cui

Berlino⁵⁸, questo ha lavorato rilevando e consolidando una copiosa serie di limiti riconosciuti con la sua giurisprudenza, e, appunto, tipici dei caratteri della decisione amministrativa: adeguata valutazione dei presupposti, istruttoria completa, congrua motivazione, e soprattutto condizioni di ragionevolezza e proporzionalità⁵⁹, che contemplano non solo la riconoscibile necessità di provvedere nell'immediatezza in relazione alla natura del pericolo imminente, ma anche la contingibilità, intesa come impossibilità di fronteggiare l'emergenza con i rimedi ordinari, in ragione dell'accidentalità, imprescindibilità ed eccezionalità della situazione⁶⁰, e l'urgenza come condizione di non rinviabilità dell'intervento⁶¹.

Sicché si può dire che le ordinanze di emergenza intese come provvedimenti amministrativi (non più "liberi", e men che meno *extra ordinem*⁶², ma semmai) contingibili ed urgenti⁶³, non consentono più che necessità, urgenza, eccezionalità siano requisiti rimessi ad una valutazione integralmente, inoppugnabilmente dovuta al decisore⁶⁴, hanno oggi trattamenti evoluti, non solo perché, s'è visto,

il provvedimento non abbia carattere individuale; conformità del provvedimento stesso ai principi dell'ordinamento giuridico".

⁵⁸ Sul fatto che quelli di emergenza vadano percepiti come atti "soggetti, come ogni altro, ai controlli giurisdizionali esperibili nei confronti di tutti gli atti amministrativi" cfr., tra molte altre, Corte Cost., sent. 4 gennaio 1977, n. 4.

⁵⁹ Tra tantissime, si vedano, ad esempio e da ultimo, T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. I, 21 settembre 2016, n. 1056 ("il potere di ordinanza del Sindaco presuppone necessariamente situazioni non tipizzate dalla legge di pericolo effettivo, la cui sussistenza deve essere suffragata da istruttoria adeguata e da congrua motivazione"); T.A.R. Puglia Lecce Sez. I, 12 gennaio 2016, n. 69 ("un incisivo potere di ordinanza sindacale [...] soggiace all'inderogabile disciplina secondo la quale la motivazione deve operare una compiuta valutazione e ponderazione degli interessi in gioco, con riferimento puntuale alla sussistenza di tutti i suddetti elementi, da considerare presupposti indefettibili all'esercizio del potere straordinario attribuito al Sindaco"); T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 18 gennaio 2016, n. 79 ("solamente una approfondita indagine istruttoria da parte della P.A. può giustificare il ricorso allo strumento *extra ordinem* di emissione dell'ordinanza contingibile e urgente [...] deve ritenersi illegittima l'ordinanza comunale che non indica, come invece avrebbe dovuto fare, le ragioni per le quali ai pericoli temuti non si potesse fare fronte mediante ricorso agli ordinari strumenti").

⁶⁰ M. Ricci, "Il potere di ordinanza nella gestione delle emergenze ambientali", in *Riv. Giur. Amb.*, 2019, pp. 16 ss., rileva in giurisprudenza rare statuizioni "rigorose", per le quali l'atto emergenziale non può essere adottato per fronteggiare situazioni divenute urgenti, ma il cui pericolo risalgia nel tempo, mentre sono più diffuse, e consolidati gli orientamenti che fanno prevalere la necessità di provvedere, al limite gravata di un onere motivazionale più specifico.

⁶¹ Cfr., tra le pronunce più recenti, Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 2017, n. 774; 24 luglio 2016, n. 3369; 22 marzo 2016, n. 1189; una rassegna è condotta da S. Pedrabissi, "Le ordinanze sindacali *extra ordinem* e il presupposto dell'urgenza", in *Amministrare*, 3 (2014), pp. 412 ss.

⁶² Per tutti, si v. L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 53.

⁶³ Si rammenti che il tentativo (operato con l'art. 6 del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 24 luglio 2008, n. 125) di prevedere un potere di ordinanza sindacale "anche" non contingibile e urgente, è stato dichiarato incostituzionale: cfr. Corte cost., sent. 7 aprile 2011 n. 115.

⁶⁴ R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Giuffrè, Milano, 1990, spec. pp. 308 ss.

sono essi stessi sindacabili da un giudice, ma anche perché – in linea con il rilievo che, s'è detto, assume il predecisionale anche in questi ambiti – richiedono una preventiva istruttoria cui partecipano diversi plessi istituzionali ed amministrativi⁶⁵.

Anche le capacità di sospensione della vigenza di alcune norme o di apportare deroghe, è oggi trattata in termini assai più stringenti che in passato; non solo perché le ordinanze “devono contenere l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare e devono essere specificamente motivate”⁶⁶, ma anche perché, se – come accade – tale indicazione manchi o sia generica, riferita ad esempio ad interi plessi normativi, ciò può costituire un motivo di invalidità⁶⁷, salvo che gli atti che vi diano attuazione non rechino la motivata indicazione del nesso di strumentalità tra l'esercizio della deroga e l'emergenza da soddisfare, così da giustificarlo⁶⁸.

In più, va segnalato che questo schema, con gli adattamenti dovuti, agisce anche sugli atti aventi forza di legge; ancorché non vi sia al riguardo una disciplina esplicita, si può notare come il decreto-legge trovi nella necessità urgente non la fonte, ma l'abilitazione all'adozione di un atto con forza normativa precaria e temporanea⁶⁹, e va segnalato sia il progressivo consolidamento della potestà di intervento della Corte costituzionale anche sulla sussistenza dei requisiti di necessità ed urgenza per i decreti-legge, alla luce dell'art. 77 della Costituzione⁷⁰, che ha generato conseguenze molto significative sul loro regime

⁶⁵ Si veda, ad esempio, l'art. 24 del d. lgs. n.1/2018, il quale stabilisce che i presupposti vengono rilevati e qualificati “a seguito di una valutazione speditiva svolta dal Dipartimento della protezione civile sulla base dei dati e delle informazioni disponibili e in raccordo con le Regioni e Province autonome interessate”.

⁶⁶ Così, oggi, l'art. 25 del d. lgs. n. 1/2018 per le ordinanze di protezione civile, ma è disposizione che vige esplicitamente dal 1992, e secondo G.U. Rescigno, “Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità ed urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte Costituzionale”, in *Giur. Cost.*, 1995, p. 2196, la norma esprime un principio applicabile a tutte le ordinanze derogatorie.

⁶⁷ In quanto, altrimenti, “resterebbe comunque un margine inaccettabile di incertezza circa l'efficacia, nell'arco di tempo considerato, di interi atti normativi, i quali introducono principi che potrebbero essere compromessi, sia pure per un periodo limitato di tempo”: così Corte Cost., 14 aprile 1995, n. 127.

⁶⁸ Tra altre, si vedano T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 19 maggio 2008, n. 4467; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 28 dicembre 2007, n.ri 14144, 14145, e da 14147 a 14156; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 18 gennaio 2010, n.ri 316 e 319.

⁶⁹ P.F. Grossi, *Premesse per uno studio sistematico delle fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 47 ss.; F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Padova, 2019, pp. 125 ss.; F. Vari, “Sulla natura sanante del decreto-legge e sull'efficacia sanante della stessa”, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2011, *passim*; la prima (e più radicale) lettura in tal senso si deve tuttavia a C. Esposito, “Decreto-legge”, in *Enc. Dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 832 ss.

⁷⁰ Cfr. Corte cost., 27 gennaio 1995, n. 29, che ha superato la precedente dottrina dell'efficacia sanante della conversione in legge, con la conseguente della piena capacità della Corte di rilevare palesi difetti dei requisiti di necessità ed urgenza come elementi di invalidità costituzionale del decreto-legge; la Corte inoltre ha ripetutamente negato la capacità del decreto-legge di introdurre

giuridico, che proprio in base ad un più strutturato trattamento dei requisiti di abilitazione non contempla più la possibilità di mera reiterazione⁷¹, e può essere invocato anche su ricorso diretto di Regioni e Province autonome⁷²; sia il fatto che tali atti tendono comunque sia a giustificare la propria presenza, connettendola con la ragione di emergenza, sia a disporre la temporaneità dell'intervento, ed infine a fornire una sorta di motivazione che, pur non essendo dovuta per esplicito disposto normativo, finisce coll'essere, nei fatti, usata, sia pure con caratteri propri⁷³.

La rilevanza del predecisionale come *doverosa* contemplazione degli elementi cognitivi e presupposto dei requisiti della ragionevolezza e proporzione delle misure spiega anche un elemento complesso, e cioè l'enorme ruolo riservato alle conoscenze scientifiche e tecniche anche in ordine agli interventi in emergenza. Si tratta di un argomento che, ormai, investe la decisione pubblica nel suo complesso, ampiamente rilevato sia negli studi riguardanti la funzione legislativa⁷⁴ che, a maggior ragione, quella amministrativa.

Se riguardata dal lato normativo, la decisione legislativa odierna è rimessa solo in parte al mero procedimento legislativo tradizionale, ad una scelta puramente politica, ed è molto affidata ad un *formante* di comunità esperte (giudiziarie, artistiche, tecniche, mediche, scientifiche, amministrative), che concorrono anche al suo compimento a valle, con atti ulteriori, in cerca di un assetto finale dovuto a presupposti giustificati e ritenuti affidabili⁷⁵: solo

stabili riforme ordinamentali (si vedano le sentenze n.ri 376/2001, 196/2004, 22/2012, 244/2016), e ha introdotto il criterio dell'omogeneità di materia che essi devono recare (tra altre, si vedano le sentenze n.ri 22/2012 e 247/2019).

⁷¹ Corte cost., sent. 24 ottobre 1996 n. 360.

⁷² Si vedano Corte cost., sent. 10 marzo 1988, n. 302, e soprattutto sent. 13 gennaio 2004, n. 6.

⁷³ A mo' d'esempio, si guardi il decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, Recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali», convertito in L. 11 settembre 2020, n. 120; in materia di contratti pubblici, nel consentire procedure di affidamento molto semplificate, l'art. 1 usa esplicitamente la deroga specifica (“...in deroga agli articoli 36, comma 2, e 157, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante Codice dei contratti pubblici...”), definisce un periodo circoscritto di vigenza (“...qualora la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 31 luglio 2021...”), e dichiara esplicitamente le ragioni dell'intervento derogatorio (“Al fine di incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19...”).

⁷⁴ Tra molti altri, si vedano M. Bombardelli, “Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo”, in *Dir. pubbl.*, 2015, pp. 985 ss., F. Cortese, S. Panasa, “Dalla bioetica al biodiritto: sulla giuridificazione di interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati”, in *Riv. AIC*, 5 (2015), pp. 14; B.G. Mattarella, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Il Mulino, Bologna, 2011.

⁷⁵ La questione è enorme ed enormemente trattata e studiata: per esempio, tra moltissimi altri in un panorama di letteratura globale e multidisciplinare, si vedano U. Allegretti, *L'amministrazione dell'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Giuffrè, Milano, 2009, spec. pp. 73 ss.; V. Piergigli, *Le regole della produzione normativa*, Giappichelli, Torino, 2012; A. Somma (a

apparentemente il legislatore può fare quel che gli pare, ci sono cose che non può fare, che non gli funzionano, o non funzionano a lungo se non sono assistite da una legittimazione tratta dalla attendibilità del suo intervento⁷⁶.

Ancor più, poi, sul fronte amministrativo, questo tempo fa fatica a riconoscere come legittimata una decisione per il solo fatto che sia rimessa alla competenza di un'amministrazione pubblica; per un verso, in ragione della rilevanza delle conoscenze, la competenza non funziona più se è una mera attribuzione di potere, se non è accompagnata da "capacità tecnica di scegliere e di decidere"⁷⁷, oltre che da riconoscibile ragionevolezza; per altro, in ragione della complessità, nessuna attendibilità, nemmeno di fatto, è oggi garantita per il solo intervento dell'"autorità"⁷⁸, per quanto tecnicamente attrezzata, a causa (oltre che, dove c'è, del principio della sovranità popolare⁷⁹), della moltiplicazione delle

cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009; A. Poggi, "Soft law nell'ordinamento comunitario", in Aa.Vv., *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*, Cedam, Padova 2007, 369 ss.; M. Dogliani (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Giappichelli, Torino, 2012; G. D'Amico, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, SGB, Messina, 2008, spec. p. 284; A. D'Aloia, "Biodiritto", in U. Pomarici (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, II, Giappichelli, Torino, 2012, spec. p. 56; R. Bin, "La Corte e la scienza", in A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2006, spec. p. 9; M. Ainis, "Le questioni scientifiche controverse nella giurisprudenza costituzionale", in A. D'Aloia, *Bio-tecnologie*, cit., pp. 27 s.; C. Casonato, 2012, spec. p. 177; A. Spadaro, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, Giuffrè, Milano, 1994, spec. p. 134; L. Violini, "La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione", in *Osservatorio costituzionale, Rivista AIC*, luglio 2014.

⁷⁶ A. Gentili, *Il diritto come discorso*, Giuffrè, Milano 2013, p. 256: "il contratto significa comunque una regola, perché così l'ha sempre inteso il linguaggio ordinario. Alla stessa stregua, 'proprietà' è appartenenza, 'obbligazione' è debito, 'impresa' è organizzazione economica, perché questi sono i nuclei semantici radicati nella lingua. Quel nucleo è insensibile all'arbitrio legislativo. Non c'è dubbio che il legislatore può fare quel che gli pare, ma ci sono cose che non può fare". A. Reinach, *I fondamenti a priori del diritto civile*, trad. it, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 168 ss., ricorre allo strumento delle "connessioni essenziali", distinguendone diversi tipi anche in termini giuridici, alcune delle quali sono "impossibili" "(per esempio un'appartenenza da una promessa)".

⁷⁷ L. Torchia, "Teoria e prassi delle decisioni amministrative", in *Dir. amm.*, 2017, p. 1 ss., che prosegue: "questa capacità viene in genere data per scontata, quasi che fosse una conseguenza necessaria dell'attribuzione del potere di scegliere, mentre dovrebbe essere trattata come un presupposto, da verificare *ex ante* rispetto alla allocazione del potere di scelta".

⁷⁸ A. Romano Tassone, "Amministrazione pubblica e produzione di «certezza»", in *Diritto Amministrativo*, 2005, p. 872, assumeva che "la 'certezza' tende a risolversi in un prodotto dell'ordinamento, inteso sostanzialmente in senso normativo, ed appare destinata a circolare ed a valere esclusivamente al suo interno: ciò che – come vedremo – può funzionare soltanto a certe condizioni, e cioè fino a quando la 'certezza' di cui è questione verte esclusivamente (e comunque, principalmente) su qualificazioni giuridiche e/o rapporti giuridici".

⁷⁹ L.R. Perfetti, "Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo", in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 850; L.R. Perfetti, "Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società", in *Dir. amm.*, 2013, p. 319

conoscenze e dei dati disponibili⁸⁰, dell'aumento del novero di soggetti attrezzati per valutarli e discuterli, delle varianti scientifiche, delle opinabilità proprie delle scienze⁸¹, ed in particolare della crescente consapevolezza della necessità di acquisire ed usare saperi sempre più intrecciati, e provenienti da ambiti disciplinari in cui la distinzione tra duro ed umanistico regge a malapena⁸².

Appare poi chiaro che ogni emergenza, sia riguardata per se stessa, sia per il suo trattamento giuridico, si connota per la temporaneità, la limitatezza nel tempo;

⁸⁰ M. Falcone, "Big data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica", in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2017, pp. 601 ss.

⁸¹ E. Carloni, *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva tra procedimento e processo*, Giuffrè, Milano, 2011; A. Romano Tassone, "L'amministrazione tra «ricerca della verità» e «produzione di certezza»", in Aa.Vv., *Scritti in onore di Franco Bassi*, Edizione Scientifica Italiana, Napoli, 2015; S. Tarullo, "Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: l'ottica comunitaria ed i profili evolutivi", in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 1385; Cons. Stato, Sez. IV, ord. 2292/2000; Sez. V, 1247/2001.

⁸² A. Fera, "Discrezionalità tecnica e della c.t.u. nel processo amministrativo", in *Giustizia Amministrativa* (www.giustizia-amministrativa.it): "la scienza moderna si fonda sulla convinzione che il sapere scientifico riguardante la realtà è incerto e che il compito dello scienziato sia quello di ridurre l'incertezza non di affermare la verità. Senza addentrarci in questioni che tutto sommato non sono le nostre, occorre tuttavia notare come, nell'ambito dell'attività di ricostruzione del fatto, non diversa sia la funzione del giudice, il quale rispetto ad una realtà ambigua rappresentata dalle parti cerca di addivenire ad una soluzione in termini di probabilità, ossia di scelta di quella rappresentazione che, sulla base delle sue conoscenze personali e di quelle tecniche fornite dal consulente, appaia più rispondente alla realtà. Se così stanno le cose, a parte l'indubbia difficoltà di distinguere tra regole opinabili e regole esatte, non vorrei che il giudice amministrativo si precludesse la possibilità di decidere, tra la ricostruzione del fatto operata dall'amministrazione e quella indicata dal ricorrente, quale sia la più plausibile. In altri termini, quale delle due appaia la più vicina alla realtà". Non manca chi ha avanzato l'ipotesi di un rovesciamento delle relazioni tra scienze naturali e sociali, nel senso che le prime sarebbero tenute ad usare (anche) approcci argomentativi e giustificativi propri delle seconde: V. Villa, "Il diritto come modello per le scienze naturali", in *Diritto & questioni pubbliche*, 5 (2005), pp. 31 ss.: "si tratta di un fenomeno che può forse destare sorpresa, ma che trova la sua spiegazione, da un punto di vista molto generale, nella condivisione sempre più generalizzata della tesi secondo cui la scienza non ha più un proprio «centro», ha perso la 'disciplina-pilota', quella, in particolare, considerata come la più vicina ai fatti del mondo naturale (la 'fisica'). In un contesto dominato da una visione accentrata e non gerarchica della scienza, e dall'approccio del pluralismo metodologico, nessuna disciplina, nessuna concezione metodologica legata ad uno specifico contesto disciplinare può arrogarsi il diritto di legiferare, sempre e comunque, anche per le altre. Piuttosto che il dominio di una disciplina su tutte le altre, tende ad affermarsi in primo piano la ricerca di affinità, di analogie rilevanti fra i vari campi disciplinari" (*ibidem*, p. 37); vorrei ricordare che, tra i giuristi in Italia, ha affrontato l'argomento A. Orsi Battaglini, "Libertà, legalità, mercato. Profili comparatistici del diritto della scienza", in A.a.V.v., *Scritti per Nario Nigro*, I, Giuffrè, Milano, 1991, spec. p. 465; di recente, anche Antonio Romano Tassone, in una delle ultime riflessioni che il suo tempo gli ha consentito, rivolgendo l'attenzione al tema della modernità, ed in particolare alla giusta collocazione che va data al concetto ed alle conseguenze giuridiche e istituzionali del rischio, ha preso le mosse dalla "strutturale 'indeterminatezza' della stragrande maggioranza (se non di tutte) le acquisizioni scientifiche, che presentano una validità inevitabilmente limitata (si pensi al cd. 'teorema dell'indecidibilità' di Goedel)": cfr. A. Romano Tassone, "Società del rischio" e modernità", in Aa.Vv., *Scritti in onore di Giuseppe Palma*, I, Giappichelli, Torino, 2012, p. 372.

uno dei tragici difetti del famigerato art. 48 della Costituzione di Weimar (sulla base del quale i Decreti che dettero la stura al regime nazista furono adottati) era che esso non contemplava limiti di durata⁸³, per cui quello nazifascista cui ha consentito di dar vita, proprio per la durata eccessiva, si è potuto dire uno “Stato di eccezione”⁸⁴ che, mancando di un termine, della parentesi di chiusura, ha dovuto essere concluso non col diritto (o, se si preferisce, con una politica che se ne serve), ma con la medesima sostanza con cui aveva forzato l’adozione degli atti giuridici di avvio: la violenza nuda, il sangue.

La temporaneità, dunque, deve essere elemento irrinunciabile, costitutivo di un atto di emergenza contemporaneo, in mancanza del quale esso – in qualsiasi livello – potrebbe persino dirsi giuridicamente nullo. La disciplina del decreto-legge, intesa come regime giuridico complessivo, che aggiunge al testo normativo giurisprudenza e prassi, nel quadro delle conoscenze scientifiche al riguardo⁸⁵, è chiaramente improntata alla temporaneità; la questione della durata pervade tutto l’art. 13 Cost. per le limitazioni della libertà personale, così come connota le leggi che intervengono a disciplinare emergenze⁸⁶, anche con interventi straordinari, e i provvedimenti di forma diversa, abbiano o meno capacità di fonte, e qualsiasi veste assumano. Insomma, la temporaneità di questi atti non è solo una conseguenza logica del carattere della straordinarietà della situazione che vi dà vita, è elemento del regime giuridico che ne consente un vaglio ed un intervento giurisprudenziale che, in mancanza, può sancirne l’invalidità giuridica⁸⁷.

La temporaneità è decisiva anche per il rapporto tra decisione di emergenza contemporanea e diritti fondamentali, altrimenti strutture destinate a venir

⁸³ Come è noto, quella norma stabiliva solo che le misure adottate dovessero senza indugio essere comunicate al Reichstag, e dovevano essere revocate se il Reichstag lo richiedesse.

⁸⁴ C. Schmitt, *La dittatura* [1922], trad. it. Edizioni Settimo Sigillo, Roma 2006, p. 8.

⁸⁵ Si vedano al riguardo A. Pizzorusso, “Fonti (sistema costituzionale delle)”, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. VI, 1991, pp. 409 ss.; R. Guastini, *Le fonti del diritto e l’interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993, spec. pp. 18 ss.; A. M. Sandulli, “Fonti del diritto”, in *Nss. Dig. It.*, VII, 1961, spec. pp. 524 ss.; e, più in generale, le notazioni di G. Zagrebelsky, *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, p. 53, a proposito della giurisprudenza costituzionale: “se essa, così spesso, ci appare creativa di diritto, è solo perché il nostro punto di vista è, malgrado tutto, un punto di vista parziale che coincide con l’identificazione del diritto con la legge. Una volta che la prospettiva cambi e si arricchisca, la creatività, sempre sospetta agli occhi del positivista legalista, cederebbe il passo alla più adeguata idea della costruzione del diritto come realtà complessa”.

⁸⁶ Per tutte, si veda l’art. 24 del d. lgs. 2 gennaio 2018 n.1, recante il *Codice della protezione civile*, a mente del quale “il Consiglio dei ministri, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, formulata anche su richiesta del Presidente della Regione o Provincia autonoma interessata e comunque acquisitane l’intesa, delibera lo stato d’emergenza di rilievo nazionale, fissandone la durata e determinandone l’estensione territoriale con riferimento alla natura e alla qualità degli eventi”.

⁸⁷ Per tutte, cfr. Corte cost., sent. 1 febbraio 1982, n. 15: “l’emergenza, nella sua accezione più propria, è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea. Ne consegue che essa legittima, sì, misure insolite, ma che queste perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo”.

trascinate dentro ad una spirale, a dir così, di aporia reciproca, giacché se quella sia in grado di escludere questi, “in tutto, in parte ed anche solo per taluno [...] i ‘diritti’, potendo essere tolti, non sarebbero più ‘fondamentali’”⁸⁸, ed al reciproco la decisione di emergenza, indiscutibilmente afferente alla sovranità come quei diritti⁸⁹, finirebbe per negare se stessa quale componente del complesso della sovranità popolare contemporanea se pretendesse di poter eliminare quelli.

Bisogna però osservare al riguardo un’ulteriore evoluzione sistemica, che non si riferisce solo alla riserva di legge (anche relativa⁹⁰) oggi indiscutibilmente sussistente nel nostro ordinamento per intervenire su diritti fondamentali⁹¹, la quale è di grande importanza ma non ha impedito, nel recente passato, orrori devastanti⁹²; ma soprattutto al fatto che le situazioni di emergenza, e certamente quelle gravi al punto da incidere su alcuni diritti o alcune libertà fondamentali, in un ambiente costituzionale come quello italiano che ne contempla di numerosi, sono abbastanza chiaramente orientate a salvaguardare *altri* diritti o *altre* libertà fondamentali⁹³; con la conseguenza che con la decisione di emergenza contemporanea non di “togliere” diritti si tratta, ma di curarsene, giacché abbiamo

⁸⁸ V. Angiolini *Sulla rotta dei diritti*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 2.

⁸⁹ L’assunto è particolarmente affermato dagli studi di L.R. Perfetti, di cui si vedano, ad es., “I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l’autorità”, in *Dir. pubb.*, 2013, p. 61; L.R. Perfetti, “Sull’ordine giuridico della società e la sovranità”, in Aa.Vv., *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Cedam, Padova, 2016, p. 1153; L.R. Perfetti, “L’azione amministrativa tra libertà e funzione”, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2017, p. 99; L.R. Perfetti, “Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare”, in S. Perongini, *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 119; L.R. Perfetti, “L’ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto”, in *PA Persona e amministrazione*, I (2017), p. 3.

⁹⁰ Cfr. Corte cost., sent. 23 maggio 1961, n. 26; con riferimento all’art. 16 Cost., che presenta particolari complessità al riguardo, lasciando discutere che si tratti di riserva sia “rinforzata”, come subito si vedrà, sia “relativa”, capace di essere soddisfatta cioè anche se intervengano atti sub-legislativi, come avviene, ad esempio, in applicazione del codice della strada, dove le limitazioni in concreto sono disposte – in base alla previsione legislativa – da provvedimenti amministrativi, si vedano, tra altri, G. Demuro, “Art. 16”, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Giappichelli, Torino, 2006, p. 377; P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 324.

⁹¹ E senza qui addentrarci sul problema, tutt’altro che formale, se in questo ambito il decreto-legge assolva sufficientemente a tale garanzia, sul quale dubbi sono diffusi tra gli studiosi: per tutti si v. L. Carlassare, “La Costituzione, la libertà, la vita”, in *Costituzionalismo.it*, 1 (2009).

⁹² Mi riferisco ovviamente sia al *Reichstagsbrandverordnung* del 28 febbraio 1933 (Decreto del presidente del Reich per la protezione del Popolo e dello Stato, cosiddetto “Decreto dell’incendio del Reichstag”), con cui prese avvio la stagione tragica del *Reich* nazista, adottato “al fine di porre rimedio agli atti di violenza perpetrati ai danni dello Stato dai comunisti”, sia alla “copertura” parlamentare – una votazione di maggioranza, pur conseguita dietro enormi intimidazioni e violenze – come quella espressa dal *Reichstag* il 24 marzo 1933 (conosciuta come “decreto dei pieni poteri”).

⁹³ C. Marzuoli, *Il diritto amministrativo dell’emergenza*, cit., p. 21; A. Cardone, *op. cit.*, pp. 248 ss.

imparato a comprendere che “fondamentale” non significa né “unico”, né “assoluto”, come le tante necessità di *bilanciamento* ci hanno insegnato⁹⁴.

Qui si vede con estrema chiarezza, sul piano dogmatico, la rilevanza di questa evoluzione, che sposta dalle esigenze dello Stato (o anche della comunità, genericamente intesa) che, s'è accennato, costituiva la giustificazione della necessità come fonte, alla protezione di alcuni fra i diritti o fra le libertà fondamentali la ragione delle capacità di intervento emergenziale, virando dunque da una struttura interamente *politica* delle sue giustificazioni ad una considerazione che può essere condotta sul piano giuridico, ancorché con le larghe strutture proprie del trattamento degli elementi in gioco⁹⁵.

Solo una situazione della cui eccezionalità si riesce a discutere poco, che richiede perciò una reazione temporanea per proteggere da quel rischio un diritto o una libertà fondamentali, può consentire ad un atto avente forza di legge di limitare o sospendere altri diritti o altre libertà fondamentali, non solo perché solo ciò rende l'intervento tollerabile, ma anche perché la durata limitata degrada la sua gravità, dato che non “toglie” i diritti, ma vi deroga *temporaneamente* solo in funzione della tutela di altri tra essi, dunque non nega la loro fundamentalità, ma anzi la riafferma in confronto ad altri⁹⁶, e consente valutazioni di appropriatezza istruttoria, ragionevolezza, proporzionalità, bilanciamento, insomma trattamenti propriamente giuridici.

Vi sono, perciò, talune circostanze di tal genere “tipizzate” direttamente dalla Carta costituzionale, come stiamo tristemente comprendendo in questo tempo. Cos'altro significa poter limitare le libertà di circolazione e soggiorno per “motivi di sanità o di sicurezza” (art. 16, co. 1, Cost.), se non utilizzare una antica esperienza che ha accumulato nei secoli consapevolezza che sanità e sicurezza (situazioni in cui si instaurano importanti diritti fondamentali) possono talora aver bisogno di limiti alla circolazione, e dunque che, in funzione della tutela di quei diritti “altri”, è espressamente previsto, in Costituzione, che in funzione di essa possa sacrificarsi la pur fondamentale libertà di circolazione?⁹⁷

⁹⁴ E perciò non vige, tra diritti e libertà fondamentali, alcuna “tirannia dei valori”, ovvero la dinamica per la quale “il valore superiore ha il diritto e il dovere di sottomettere a sé il valore inferiore, e il valore in quanto tale annienta giustamente il non valore in quanto tale”: così C. Schmitt, *La tirannia dei valori* (1967), trad. it., Giuffrè, Milano, 2008, p. 60.

⁹⁵ L.R. Perfetti, *Il governo dell'arbitrio*, cit., p. 44: “l'emergenza non è una condizione giuridica particolare nella quale i diritti possono essere compressi per la salvezza dello Stato, della Nazione, dell'ordinamento. Ciò mi sembra incompatibile con la struttura della Costituzione e con la sua descrizione dell'appartenere e manifestarsi della sovranità. Piuttosto, l'emergenza è funzionale al permanere e garantirsi dei diritti fondamentali nella loro dimensione essenziale – e se non lo è, diviene rottura costituzionale”.

⁹⁶ Sussiste infatti un “principio per cui, nelle operazioni di bilanciamento, non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango”: così Corte Cost., sent. 20 giugno 2013, n. 143.

⁹⁷ Senza che, tuttavia, ciò comporti una gerarchia aprioristica delle situazioni connesse: cfr. Corte Cost., sent. 9 maggio 2013, n. 85 (par. 9, considerando in diritto): “tutti i diritti fondamentali

5. C'è ancora tanto da lavorare

Per quanto, come visto, siano stati compiuti passi importantissimi, non si può certo affermare che la decisione emergenziale contemporanea sia priva di problematiche rischiose, e qui non potremo che segnalare qualcuna, consapevoli che molte altre possano essere rilevate.

Come sempre in regimi rigidi di Stato di diritto⁹⁸, innanzitutto, essa oggi assegna un ruolo enorme al Giudice, che partecipa al “potere di chiusura, la decisione inoppugnabile *che qualcuno deve pur prendere*”⁹⁹; e poiché si parla di emergenza, non di rado il suo intervento è richiesto con urgenza, talora estrema, sicché può accadere (è successo tante volte nel periodo pandemico)¹⁰⁰ che esso avvenga con decisione monocratica, *inaudita altera parte*, e ciò non è soltanto – ovviamente – una sproporzione, ma addossa ad una sola persona (per quanto esperta e allenata) incombenze che talora sono davvero ardue.

Eppure, occorre dirlo, *l'expertise* professionale della funzione giurisdizionale, a sua volta, è molto evoluto, e, come s'è più volte accennato, abitua ormai il giudice ad avere dimestichezza e strumenti per affrontare la dicotomia tra posizioni giuridiche legittime, e conflitti persino tra diritti e libertà

tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre ‘sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro’ (sentenza n. 264/2012). Se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. Per le ragioni esposte, non si può condividere l’assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l’aggettivo ‘fondamentale’, contenuto nell’art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un ‘carattere preminente’ del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell’ambiente e della salute come ‘valori primari’ (sentenza n. 365/1993, citata dal rimettente) implica una ‘rigida’ gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come «primari» dei valori dell’ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale”.

⁹⁸ La questione del “governo dei custodi” è infatti afferente alla forma costituzionale: cfr., per tutti, G. Palombella, *Costituzione e sovranità. Il senso della democrazia costituzionale*, Dedalo, Bari 1997, spec. pp. 107 ss.

⁹⁹ G. Silvestri, “La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto”, in *Riv. dir. cost.*, 1996, p. 54.

¹⁰⁰ Tra moltissime altre, si vedano, ad es., Cons. Stato, sez. III, Decreto 31 marzo 2020, n. 1611; Tar Sicilia, sez. I, decreto 18 aprile 2020 n. 459; Tar Sardegna, sez. I, decreto 20 aprile 2020, n. 141; Tar Campania sez. V, 18 marzo 2020, n. 416; Tar Lazio, sez. I, dec., 28 aprile 2020, n. 3322.

fondamentali, usando principi e clausole generali¹⁰¹, tra ragionevolezza, proporzionalità, adeguatezza, precauzione¹⁰²; la giurisprudenza, qui intesa come *insieme* di arresti che si ripetono nel tempo, consolidando taluni assetti, costituisce in sé una forma di dialogo tra alcuni dei luoghi principali di esercizio della sovranità diffusa, i decisori politici, di governo, e la magistratura appunto, poiché si osservano l'un l'altro, ed imparano gli uni dagli altri proprio attraverso i precedenti, i loro trattamenti, le loro motivazioni, affinandosi reciprocamente ed avvicinandosi intorno ai canoni di validità giuridica di questo tipo di atti, anche quando appaiano (ed in effetti sono) inizialmente indeterminati¹⁰³. Si può dire, cioè, che in emergenza contemporanea la decisione di governo funziona se ha l'avallo non solo del Parlamento, ma anche della giurisprudenza, dunque se è giuridicamente valida, e attinge da questa oltre che dalle norme i propri assetti strutturali, il che attenua sia i caratteri decisionisti e soggettivi delle concezioni di inizio '900¹⁰⁴, sia le più recenti critiche che, usando argomenti antichi, suppongono impossibile la sua giuridicizzazione¹⁰⁵.

Ed è per questo che va fermamente stigmatizzata – sino a dichiararla, *expressis*, giuridicamente invalida – la tendenza a ridurre o conformare in forma meramente risarcitoria, postuma, le funzioni giurisdizionali in casi di necessità¹⁰⁶, giacché in tal modo si finisce col mettere a rischio l'intera evoluzione che si è cercato di descrivere.

¹⁰¹ Sulla struttura in forma di principio dei diritti fondamentali cfr. R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, trad. it. il Mulino, Bologna, 2012, spec. cap. 3. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, spec. p. 172.

¹⁰² R. De Nicolis, "Il processo amministrativo ai tempi della pandemia", in *Federalismi.it*, 2020

¹⁰³ M. Atienza, *Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, spec. pp. 176 ss.; l'operazione è non di rado descritta (specie in confronto alle clausole generali) come *concretizzazione*: si veda, ad es., S. Patti, *Ragionevolezza e clausole generali*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 34 ss., con ampi richiami di letteratura.

¹⁰⁴ Sul punto resta importante C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale* (1940), rist. Giuffrè, Milano, 1998, spec. p. 33 ss.

¹⁰⁵ G. Agamben, *op. cit.*, p. 39.

¹⁰⁶ Si veda il lucido ragionamento di L.R. Perfetti, *Il governo dell'arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la XVII legislatura repubblicana*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2021, p. 26: "si pensi alle infrastrutture strategiche, laddove si esclude che chi non si sia aggiudicato la gara d'appalto possa chiedere provvedimenti cautelari o l'annullamento dell'aggiudicazione, limitandosi la sua tutela al risarcimento del danno: chi ambisce al bene della vita di realizzare un'opera pubblica strategica non potrà chiedere che l'aggiudicazione sia sospesa o annullata ma, una volta dimostrato che l'assegnazione ad altri sia illecita, potrà ricevere un risarcimento; ammesso che all'impresa interessi davvero sostenere anni di cause per un risarcimento, è facile prevedere che il giudice non riuscirà a dimenticare, nel decidere, che chi ha cagionato il danno illecito (l'amministrazione appaltante) pagherà con soldi pubblici, che vengono dalle tasse e che saranno sottratti ad usi pubblici – sicché non sarà certo spinto ad accogliere la domanda; diversamente, se avesse potuto decidere sollecitamente (le cause in materia devono essere decise in quarantacinque giorni, secondo la legge) avrebbe potuto assegnare l'opera a chi spettava. Lo stesso: chi abbia subito il bail-in in una procedura di risoluzione bancaria, avrà poco o nessun interesse a discutere della legittimità della risoluzione una volta che sia completamente esaurita e conclusa; eppure il legislatore vieta di proporre domande cautelari. E si potrebbe continuare".

In secondo luogo, proprio perché quella connessa al rischio può considerarsi una funzione pubblica, in epoca contemporanea non può prescindere dall'irrobustimento del percorso di *normalizzazione*, predisponendo apparati stabili di studio, osservazione, inchiesta, predisposizione di misure preventive, e capacità di programmazione; ad esempio, anche in confronto al pericolo pandemico già nel 2002 era stato adottato un "Piano italiano multifase d'emergenza per una pandemia influenzale"¹⁰⁷, ma anche qui si è scontata la già nota difficoltà della tenuta nel tempo degli atti programmatori¹⁰⁸, tanto che nell'emergenza da Coronavirus sorta nel 2020 non solo non se n'è vista l'efficacia, ma anzi si è discusso polemicamente sui suoi aggiornamenti.

I passi da compiere al riguardo sono ancora molti, in particolar modo in ordine al fatto che resta ancora oggi molto indeterminata la casistica della necessità che abilita capacità emergenziali; questione secolare, poiché si può dire che da sempre costituisce un vero e proprio rompicapo, e per molti aspetti costituisce ancor oggi una "zona franca del controllo di costituzionalità"¹⁰⁹, che, pur ridotta – s'è visto – rispetto al passato rimette tuttora al Governo possibilità molto ampie di assumere come necessario un intervento urgente¹¹⁰. Bisogna perciò trovare le forze per portare innanzi il cammino iniziato, ed assumere che quelle deliberazioni vanno riportate al regime giuridico che, s'è visto, deve reggerle, e dunque non possono essere trattate come decisioni politiche pure, giustificate da considerazioni che possano essere valutate solo in sede politica, con la sola sanzione elettorale: vanno istruite, con atti e comportamenti pienamente accessibili¹¹¹, motivate, anche sulla base delle alternative possibili, consultando plessi tecnico scientifici ampi e plurali, e sottoposte a verifiche di ragionevolezza e proporzionalità, non solo sul piano del controllo giurisdizionale, ma della prassi e dell'abitudine di governo ed amministrativa: il giudice deve correggere una eventuale patologia, alle istituzioni spetta di corroborarne la fisiologia.

Più in generale, mentre gli studi in argomento hanno ormai ben chiarito la differenza che sussiste tra accadimenti che generano necessità urgenti e rischi di

¹⁰⁷ G.U. n. 72 del 26 marzo 2002; il piano è stato poi aggiornato con provvedimento del Ministro della sanità del 9 febbraio 2006, n. 2479, in G.U. n. 77 del 1° aprile 2006.

¹⁰⁸ S. Licciardello, "I poteri necessitati al tempo della pandemia", in *Federalismi.it*, 2020.

¹⁰⁹ A. Simoncini, *Tendenze recenti della decretazione d'urgenza in Italia e linee per una nuova riflessione*, in A. Simoncini, (a cura di), *L'emergenza infinita*, cit., p. 40.

¹¹⁰ C. Pinelli, *Il decreto-legge e la teoria costituzionale*, cit., pp. 57 ss., parla al riguardo di una "necessità relativa, cioè avvertita come soggettivamente tale dal Governo", in opposizione alla necessità "assoluta o oggettiva".

¹¹¹ È stato ampiamente rimarcato in letteratura che i famigerati DPCM della pandemia da Covid-19, a partire da quello del 10 aprile 2020, pur essendo stati adottati sulla base di verbali del Comitato tecnico-scientifico istituito con l'ordinanza del Capo Dipartimento della protezione civile n. 630 del 3 febbraio 2020, non hanno consentito di conoscere tali verbali, mai resi pubblici, mentre solo l'8 giugno 2021 sono stati resi disponibili i resoconti della "Task force nuovo Coronavirus" con riferimento al periodo che va dal 22 gennaio al 21 febbraio 2020.

eventi dannosi¹¹², e dunque tra *emergenza* e *precauzione*¹¹³, tale distinzione non è ancora sufficientemente utilizzata per connotare gli atti che vi reagiscono, e nella loro disciplina giuridica, tanto che la delibera del Consiglio dei ministri con cui l'emergenza da Covid-19 è stata proclamata ha agito sulla base di quello che all'epoca era ancora solo un rischio, non adottando tuttavia, subito, misure di precauzione, ma attivando, subito, possibilità di interventi straordinari¹¹⁴.

In terzo luogo, durante la pandemia del 2020 si è avuta la sensazione che la gran parte delle misure adottate, molte in chiara compressione di diritti e libertà fondamentali, fosse dovuta a necessità che potremmo definire *tecniche*; le scelte di governo si sono basate su espliciti (ancorché secretati...) e influenti assunti scientifici che hanno dettato, si può dire, tempi e strumenti di reazione politica, spostando le drastiche misure governative ad un ruolo di conseguenza, quasi ad una comprimarietà, ad un effetto pedissequo ed ossequioso del driver fornito dalle conoscenze scientifiche, dando in fin dei conti ragione alle letture dell'evoluzione delle forme di governo di tipo *tecnocratico*¹¹⁵, in cui la verità "più incalzante e superba proviene dalla *tecnica*, la quale esibisce i titoli della ragione calcolante e della capacità produttiva"¹¹⁶.

Tuttavia, se nel caso specifico la "virologia" ha dominato il discorso pubblico ed il comportamento istituzionale, non è andata esente da errori – anche clamorosi –, da diatribe tra gli specialisti, ed alla fine ha prodotto ricette (quarantene, distanziamento obbligatorio universale, mascherine, igiene elementare) che non sembrano poi così sofisticate. Laddove invece la scienza ha dato impressionante prova di sé, inducendo il mondo intero a far affidamento sui vaccini per uscire dalla crisi, e confermando l'enorme potenza ormai raggiunta dalla tecnica, capace di metterli a punto e produrne a miliardi di dosi in

¹¹² Molto chiaro, al riguardo, L.R. Perfetti, *Il governo dell'arbitrio*, cit., p. 31: "in altri termini, siamo di fronte a sequenze concettuali e giuridiche profondamente diverse: se il fatto è certo (pericolo) esso andrà prevenuto e, se si manifesterà comunque, gestito con l'emergenza; se si tratta, invece, di un rischio, vorrà dire che ci si trova di fronte ad un'incapacità delle scienze di determinare in modo univoco il problema e la soluzione".

¹¹³ Si vedano, tra altri, F. de Leonardis, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, cit., *passim*; A. Barone, *Il diritto del rischio*, Giuffrè, Milano 2006; G. Manfredi, "Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico", in *Diritto pubblico*, 2004, p. 1075 e ss.; M. Passalacqua, *Diritto del rischio nei mercati finanziari: prevenzione, precauzione ed emergenza*, Cedam, Padova, 2012.

¹¹⁴ In argomento si vedano, tra altri, M. Cavino, "Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo", in *Federalismi*, 18 marzo 2020, p. 4, e L. R. Perfetti, *Il governo dell'arbitrio*, cit., spec. p. 31.

¹¹⁵ "Se il protagonista della società industriale è l'esperto non può essere il cittadino qualunque. La democrazia si regge sull'ipotesi che tutti possano decidere di tutto. La tecnocrazia, al contrario, pretende che chiamati a decidere siano i pochi che se ne intendono": così N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1991, p. 23.

¹¹⁶ N. Irti, *Diritto senza verità*, Laterza, Roma-Bari, 2011, p. 6; secondo C. Mouffe, *Sul politico. Democrazia e rappresentazione dei conflitti* (2005), tr.it. Bruno Mondadori, Milano 2007, p. 63, "la politica nella sua dimensione antagonistica non è scomparsa, ma in questo caso si presenta sotto un'altra veste, come un meccanismo di esclusione giustificato su basi pseudoscientifiche".

brevissimo tempo, non ha evitato diffidenze e opposizioni (stavolta, forse, più solide del solito), e soprattutto – almeno sinora – non è riuscita a scalfire significativamente il divieto costituzionale di imporre prestazioni sanitarie, pur quando è chiaramente in gioco l’”interesse della collettività”¹¹⁷, una protezione che sembra ormai patrimonio culturale europeo¹¹⁸.

E abbiamo avuto un’ennesima possibilità di comprendere quanto non sia sufficiente affidarsi alla “Scienza”, con la maiuscola ed al singolare (l’atteggiamento ingenuo e fallace della prima modernità), perché prendiamo atto che nessuna scienza è immune dall’incertezza, dal dubbio, dalla discussione, e soprattutto che la quantità di conoscenze accumulate è talmente tale che, ormai, nessuna “disciplina” può, da sola, essere portatrice di soluzioni compiute per problemi ipercomplessi.

Le decisioni di governo, s’è visto, non possono ormai prescindere dalle conoscenze scientifiche, ma dobbiamo essere consapevoli della loro ampiezza, e dunque non di “una” sola scienza dobbiamo fidarci, ma della sua capacità plurale e articolata, ascoltando più voci, più discipline, più sguardi esperti. Che è, in fin dei conti, l’antichissima funzione del consulto tecnico, che com’è noto non discute delle finalità dell’azione, ma degli strumenti da utilizzare in funzione di scopi dati¹¹⁹ e che forse ci consentirà di mettere meglio a punto gli approcci nel governo delle emergenze, e degli impatti complessi che, ormai, dobbiamo attenderci da ogni crisi che ne assuma i caratteri.

6. Considerazioni di sintesi

Se, insomma, si può continuare a vedere quella d’emergenza come una decisione sovrana, non è più tuttavia del sovrano, dacché segue la ripartizione fisiologicamente connessa alla sovranità popolare, e va rinvenuta non nelle capacità di un solo *locus*, e nemmeno in una sola decisione, ma in un complesso di apparati di esercizio di frammenti di sovranità, e dunque in un agglomerato di decisioni¹²⁰ provenienti da più centri¹²¹. L’ordinamento giuridico dei nostri tempi,

¹¹⁷ “nessuno può essere semplicemente chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli altri, fossero pure tutti gli altri”: così Corte cost., sentenza 18 aprile 1996 n. 118.

¹¹⁸ L’assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa, con delibera n. 2361 del 27 gennaio 2021, ha stabilito che gli Stati aderenti debbano assicurare che “citizens are informed that the vaccination is not mandatory and that no one is politically, socially, or otherwise pressured to get themselves vaccinated, if they do not wish to do so themselves”.

¹¹⁹ “la volontà formatrice (che non è poi altro dalla volontà politica) è assediata dalle tecnocratie: ossia da soggetti, che non si limitano a calcolare la idoneità dei mezzi in confronto degli scopi, ma dichiarano di avere il *possesso degli scopi*. Ogni specie di tecnocrazia assumendo di *sapere* gli scopi, annulla la *volontà* positrice di regole, ovvero degrada le regole a corollari di quel sapere”: così N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 122.

¹²⁰ M. Luciani, “Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza”, in V. Plantamura, G. Salcuni (a cura di) *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, Pisa University Press, Pisa, 2020, pp.

complesso, stratificato, ampio, e per certi versi amorfo, che colloca il sovrano in forma impersonale all'esterno dei luoghi di governo (in linea, ma solo in parte, con una delle rilevazioni schmittiane¹²²), distribuisce l'esercizio della sovranità frazionandone le forme, attribuendo le connesse capacità a più d'uno di essi¹²³, e mettendola al servizio dei diritti e delle libertà delle persone, rende praticamente, tecnicamente impossibile l'anomia come effetto interno, come mezzo giuridico, poiché circonda con principi¹²⁴ e connette a doveri di protezione dei diritti fondamentali anche gli irrinunciabili poteri d'emergenza¹²⁵, cui perciò fornisce un vero e proprio regime giuridico, anch'esso complesso, che suppone che l'ultima parola, in caso di dissidi o rischi di prevaricazione ingiustificata, possa essere rimessa non più al Capo dello Stato¹²⁶, o comunque ad uno solo, chiunque sia, ma ad un insieme di apporti, ai quali partecipa il giudice, il quale interviene non tanto sulla base di proprie opinioni, ma – come è dovuto per il ruolo costituzionale della funzione giurisdizionale – pur sempre nel quadro di disposizioni giuridiche alla luce delle quali compiere un vaglio degli atti di emergenza sottoposti al suo giudizio.

Ciò non significa affidare alla Costituzione una funzione tirannica, né che, una volta varata, da quel momento non sia più possibile alcuna evoluzione, se non mediante fratture costituzionali; la natura propriamente politica di un documento costituzionale implica anche durante la sua vigenza il perdurare di scontri e conflitti, necessità di attuazione ed adattamento, in una parola dinamica politica,

1 ss., descrive come una “catena di legittimazione normativa” la molteplicità di fonti attivate nell'emergenza COVID-19; ma può essere letto anche come “un *patchwork* normativo (così A. Algostino, “Costituzionalismo e distopia nella pandemia di covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti”, in *Costituzionalismo.it*, 2021, p. 5).

¹²¹ Con riferimento all'emergenza da Covid-19, si veda, tra altri, V. Di Capua, “Il nemico invisibile. La battaglia contro il Covid-19 divisa tra Stato e Regioni”, in *Federalismi.it*, 2020.

¹²² Per C. Schmitt, *Teologia politica*, cit., p. 61, il sovrano “sta al di fuori dell'ordinamento giuridico normalmente vigente e tuttavia appartiene ad esso poiché a lui tocca la competenza di decidere se la costituzione in toto possa essere sospesa”.

¹²³ In sociologia, è stata usata l'espressione “generalità di moltiplicazione” proprio per descrivere “la realizzazione della generalità per mezzo di un lavoro di pluralizzazione delle espressioni della sovranità sociale. Il fine, in questo caso, è quello di complicare i soggetti e le forme della democrazia per realizzarne meglio gli obiettivi”. Così P. Rosanvallon, *La legittimità democratica. Imparzialità, riflessività, prossimità*, trad. it. Torino, 2015, (e-book), pos. 109/3260.

¹²⁴ H. Heller, *La sovranità. Contributo alla teoria del diritto dello Stato e del diritto internazionale* (1927), trad. it. Giuffrè, Milano, 1987, p. 115: “L'essenza della sovranità consiste quindi nella positivizzazione di principi giuridici in norme giuridiche supreme che determinano la comunità”.

¹²⁵ M. Luciani, “Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza”, cit., p. 4.

¹²⁶ Per la verità C. Esposito, “Capo dello Stato”, in *Enc. Dir.*, VI, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 237 ss., illustra diverse circostanze estreme in cui “i rimedi contro le crisi canonizzati in testi costituzionali non possono trovare attuazione (perché, a esempio, non sia materialmente possibile adunare i parlamenti cui spetta di risolvere o di partecipare alla soluzione)”, ed allora succederebbe che al Capo dello Stato competerebbe di “sostituirsi al Parlamento e provvedere con ministri da lui nominati e godenti la sua fiducia (invece di quella del Parlamento)”.

ma entro un quadro costituito che, come visto, agisce anche sui margini, sulle circostanze – limite, difficili, impreviste¹²⁷.

E va considerato che, come s'è detto, siamo in cammino anche su tali aspetti; per dirla con altre parole, dell'*emergenza* stiamo imparando a capire, anche in termini politici, il significato etimologico, che si riferisce cioè alla progressiva formazione di qualcosa, che *emerge* tra diverse possibilità, e si consolida nel tempo, prevalendo e trovando un assetto duraturo¹²⁸: ciò che sulle prime può apparire indeterminato, *extra ordinem*, col tempo tende ad assestarsi, a trovare stabilità di percezioni e strumenti, purché abbia delle cornici di riferimento, che sono in gran parte dovute alle conoscenze ed alle tecniche che il Diritto mette a disposizione¹²⁹.

Nulla, naturalmente, garantisce che – poi – questo sistema complesso possa essere anch'esso superato, perché ci può essere chi voglia prescindere, e dunque non adattarsi a prestare ossequio a questo assetto; ma, a parte che deve avere sufficienti energie per riuscire davvero a farlo, si tratterebbe di un fenomeno di “rottura della costituzione”¹³⁰, in una parola, *rivoluzionario*, che per sua stessa natura agisce per sovvertire, e dunque per *prima* demolire¹³¹ e *poi* ricostruire¹³², e dunque è discorso altro.

¹²⁷ O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2014, pp. 259 ss.

¹²⁸ Uso qui “l'ipotesi dell'emersione” avanzata da M. Ferraris, *Mobilitazione totale*, Laterza, Roma-Bari, 2015, pp. 435 ss., secondo cui “la realtà sociale non è qualcosa che gli attori sociali decidono di forgiare, ma piuttosto qualcosa che si *evolve* in base ad una dinamica autonoma e finisce per forgiare gli attori sociali. La realtà sociale non è qualcosa che gli attori sociali creano o modificano mettendosi intorno ad un tavolo: quando gli attori sociali si siedono intorno ad un tavolo, la società sta già facendo il suo lavoro da tempo [...] Si tratta di fenomeni che avvengono su scale temporali molto ampie e seguono processi troppo lunghi perché riusciamo ad afferrarne lo sviluppo – pressappoco per gli stessi motivi di scala per cui nell'esperienza ordinaria non riusciamo a cogliere la sfericità della terra”.

¹²⁹ G.U. Rescigno, *op. cit.*, p. 2186, nota 5, ragionando sulla genericità del presupposto di sola “urgenza” che abilita le ordinanze di protezione civile, osserva che “se poi teniamo presenti tutti i principi che oggi circondano le ordinanze di necessità ed urgenza mi pare che anche il presupposto, ragionando a ritroso, diventi, volta per volta, molto più circoscritto e determinato di quanto a prima vista potrebbe sembrare in base alla lettera della legge”.

¹³⁰ H. Kelsen, *Dottrina generale dello Stato* (1925), trad. it. Giuffrè, Milano, 2013, p. 563.

¹³¹ Non a caso, per W. Benjamin, *Per la critica della violenza* (1921), trad. it. Edizioni Alegre, Roma, 2010, pp. 97 ss., questa violenza – del tutto priva di finalità già date, e perciò “divina” e “rivoluzionaria” – agisce solo per deporre il diritto, e perciò “pura” (“reine Gewalt”), cioè diversa dal potere come fenomeno giuridico.

¹³² Quello costituente è descritto come il “momento in cui la politica come forza assoluta si autodetermina e si autolimita, definisce la forma giuridica della sua manifestazione di volontà nel contesto di un processo destinato a compiersi con la nascita della Costituzione”: così V. Baldini, “Costituzione e razionalizzazione della politica. Aspetti problematici di un distico dilemmatico in ‘moto perpetuo’”, in *Dirittifondamentali.it*, 2020, p. 281.

Sembra allora di poter dire che le evoluzioni avviate dalla seconda metà del ‘900 abbiano, in una parola, spostato in là la linea di confine del diritto¹³³, che ha trovato mezzi per inglobare molti aspetti (ma non tutti) delle necessità straordinarie, le urgenze e le emergenze¹³⁴; e che questo allargamento del perimetro giuridico riduce le possibilità che l'emergenza, di per sé, sia causa sufficientemente efficiente per trasformazioni radicali e soprattutto tragiche, potendo contare sulla forza pura¹³⁵: la quale, se è tale (cioè inevitabilmente illegale¹³⁶, perché a-giuridica in sé), e se gode di energie sufficienti per un sovvertimento, potrà agire un mutamento costituzionale, in veste sostanzialmente rivoluzionaria, e dunque riportando, in fin dei conti, il potere nudo medesimo alla sua più naturale collocazione, quella di demolitore del costituito come condizione necessaria per generare un nuovo ordine, e dunque un (successivo) compito costituente, una forza che aspira a divenire potere nuovo. Tuttavia questa condizione non dipende, di per sé, da un'emergenza, che può essere un detonatore, ma da forze che traggono da altri serbatoi la propria consistenza, e le proprie possibilità di effetto: non è l'emergenza a far da fonte, o a sgombrare definitivamente il campo dai limiti definiti dal diritto, e men che meno, perciò, a vestire con livrea giuridica spinte che giuridiche non sono.

La estensione del giuridico, tuttavia, ha il suo risvolto pericoloso, perché sembra consentire – lo si è accennato – l'utilizzo della sistematica che essa porta inevitabilmente con sé per cedere alla tentazione di fare dell'emergenza la regola, una versione della banalizzazione del male, in linea con la tragica profezia che Benjamin ebbe a scrivere proprio nell'anno della sua morte suicida sul confine franco-spagnolo in fuga dai sicari nazisti¹³⁷; un ricorso troppo frequente e banalizzato alle strutture dell'emergenza (specie se accompagnato dalla possibilità

¹³³ P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015, p. 28, nota la tendenza “ad ampliare i confini della giuridicità fino a ricomprendervi tutti quei fatti che, muniti di forza interiore, sono capaci di incidere sulla realtà circostante”.

¹³⁴ “a fronte dell'emergenza causata dalla diffusione del Covid-19, esistono strumenti, a livello costituzionale come a livello legislativo, adeguati ad affrontare *secundum Constitutionem* anche un fenomeno, come la pandemia in corso, che ha messo a dura prova il sistema sanitario e stravolte le vite di ciascuno”: così A. Algostino, *Costituzionalismo e distopia*, cit., p. 8; si tratta di una osservazione molto diffusa con riguardo alla pandemia da Covid-19: si vedano, ad es., M. Luciani, “Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza”, cit., p. 113; G. Silvestri, “Covid-19 e Costituzione”, cit.; A. Lucarelli, “Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria”, in *Riv. AIC*, 2 (2020), p. 560.

¹³⁵ M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 113, “la Costituzione, non la necessità, fonda i provvedimenti in questione: essi si radicano nel diritto costituzionale positivo, non nella pericolosa idea che la necessità sia essa stessa fonte”.

¹³⁶ A. Pace, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Cedam, Padova, pp. 97 ss.

¹³⁷ W. Benjamin, *Sul concetto di storia*, trad. it. Einaudi, Torino, 1977, p. 33: “La tradizione degli oppressi ci insegna che «lo stato di eccezione» in cui viviamo è la regola”.

di leggi-provvedimento, e capaci di deroghe su base esclusivamente politica)¹³⁸, finisce per riportare in auge, di fatto, non solo le ricostruzioni teoriche della necessità come fatto potente e inoppugnabile, o come fonte, e dunque esporre nuovamente le società contemporanee ai rischi delle tragedie che vorremmo non veder mai più ripetersi, ma la destituzione della stessa forma dello Stato post-moderno, il ripristino di un autoritarismo intermittente, apparentemente mite e tranquillizzante, che infatti compare non solo nei *caveat* allarmati degli studiosi degli ultimi decenni, ma – il che è peggio – nel discorso pubblico, nelle posizioni dei partiti politici, nella costruzione di carriere e consensi elettorali: la sovranità popolare della Repubblica costituzionale, insomma, può ribaltarsi nel suo contrario¹³⁹.

Va notato tuttavia che questo pericolo, oggi, non sembra dovuto al fenomeno dell'emergenza in sé, ma alla tendenza all'autoritarismo che, come aveva intuito già Platone¹⁴⁰, è una sorta di fisiologica deriva delle forme di governo durature, anche quelle ispirate alle varie manifestazioni della democrazia; a noi sta usare e irrobustire i molteplici meccanismi di correzione e freno che, come s'è visto, abbiamo oggi a disposizione, e di implementarli, per evitare che la tendenza diventi tracimazione.

¹³⁸ G. Azzariti, "L'eccezione e il sovrano. Quando l'emergenza diventa ordinaria amministrazione", in *Costituzionalismo.it*, 2010.

¹³⁹ L.R. Perfetti, *Il governo dell'arbitrio*, cit., p. 61: "Basta osservare come la sovranità popolare sia l'opposto sia del 'sovranoismo' che del 'populismo'". L'A. propone anche una serie di argini al fenomeno, tutti incentrati sulla coincidenza tra sovranità popolare e diritti e libertà fondamentali, tra i quali quella, molto tecnica, della "riconduzione della discrezionalità alla sovranità popolare e la definizione dell'interesse pubblico come massimizzazione dei diritti individuali – nella decisione, razionale e sindacabile, circa il bilanciamento del loro godimento quanto alla porzione non incompressibile – costituiscono gli elementi per ribaltare l'estrema pericolosità di poteri discrezionali emergenziali e derogatori" (p. 86).

¹⁴⁰ Mi riferisco al celebre dialogo tra Socrate e Adimanto nell'ottavo libro della Repubblica, dedicato alle diverse forme di potere politico e alla loro degenerazione: cfr. Platone, *Opere*, Laterza, Bari, 1967, II, pp. 382 ss. (563 e – 564 a): "quell'identico morbo, dissi, che, sorto nell'oligarchia, l'ha portata a rovina, sorge anche nella democrazia nascendo dalla licenza, e, più intenso e forte, la riduce schiava. [...] È naturale quindi, continuai, che la tirannide non si formi da altra costituzione che la democrazia; cioè, a mio avviso, dalla somma libertà viene la schiavitù maggiore e più feroce". E poi (565 c-d) "Ora, il popolo non è sempre solito mettere alla propria testa, in posizione eminente, un solo individuo, mantenerlo, farlo crescere e ingrandire? – Sì, è solito farlo. – Allora è chiaro, feci io, che, tutte le volte che nasce un tiranno, esso spunta dalla radice del protettore, e non da altra parte".