

*Non la realtà si deve – dal giurista – subordinare al concetto,
ma questo a quella.*

Sulla necessità come fonte.

Echi romaniani e applicazioni odierne di una teoria

Giovanni Tarantino

Università del Salento

Abstract: On Necessity as a Source. Romanian Echoes and Today's Applications of a Theory.

In the doctrine of Santi Romano, two theories were accepted as a priority: that of the institution and that of the plurality of legal systems. On examining, however, not only the main writings of this author, but also his minor writings, the doctrine has realized, over time, that these two theories must be considered in a tripartite unity which also includes another theory proposed by the Palermo's Master, that is, the theory of necessity. Necessity as a source which, connected by the author to the social conscience, is already a law, which the legislator then discovers, declares and makes public, and translates into norms of positive law. This also applies to emergency regulation, and so it was also for the regulations put in place in Italy to combat the current pandemic.

Keywords: Necessity, Sources of Law, Social Conscience, Institution, Emergency Legislation.

Sommario: 1. Premessa. – 2. La necessità come fonte prima e originaria del diritto. – 3. Necessità e istituzione. – 4. Quali applicazioni trova la teoria della necessità come fonte nel contesto pandemico odierno del diritto italiano?

1. Premessa

In un recente lavoro¹ ci si è soffermati su alcuni aspetti relativi alla normazione d'urgenza, emanata per il contrasto alla pandemia in corso. In quel lavoro, l'attenzione era stata posta soprattutto sul rapporto tra la legiferazione d'urgenza e la salute pubblica. Rapporto considerato specificamente nel contesto pandemico. Nel fare questo non erano mancati alcuni cenni a Santi Romano, con particolare attenzione alla teoria della necessità presente nella dottrina di questo autore. Adesso, con la volontà di approfondire quanto in quella sede solo accennato, si

¹ Cfr. G. Tarantino, "La cura come rapporto con l'altro. Eticità, necessità e normazione", in U. Comite, G. Tarantino (a cura di), *Etica, diritto, salute. Prospettive evolutive nello spazio globale*, ESI, Napoli, 2021, pp. 333-352.

proporranno considerazioni che possano aiutare a comprendere come per Santi Romano la necessità sia, insieme, fonte della legiferazione d'urgenza, ma anche la prima fonte del diritto più ampiamente inteso; e come sia essa stessa diritto, se, come è vero, lo stesso Santi Romano, coerentemente con la sua concezione istituzionalistica, ha affermato che essa è fonte:

di quel diritto che scaturisce immediatamente e direttamente dalle forze sociali, in modo così categorico, esplicito, certo, da non permettere che tra i bisogni sociali stessi che determinano la norma giuridica e il rinvenimento e la dichiarazione di quest'ultima si frapponga l'attività razionale degli organi competenti a questa dichiarazione. La necessità, così intesa, non è un presupposto della *regula iuris*, ma è essa stessa diritto².

Preliminarmente, si può iniziare con il considerare che la necessità come fonte del diritto, tra le teorie proposte da Santi Romano nel suo cinquantennio di attività di giurista, non è stata sempre considerata come il maggiore contributo che questo Autore ha portato alla scienza giuridica. Più importanti, dapprima, sono state considerate, invece, le altre teorie presenti all'interno della sua dottrina, come quella dell'istituzione e quella della pluralità degli ordinamenti giuridici³, anche se,

² S. Romano, "Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano" (1902), in Id., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 142.

³ Per un primo inquadramento della complessità della dottrina di Santi Romano, si veda la chiarezza e fine argomentazione filosofica e di ordine giuridico delle linee tracciate da E. Rippepe, *La teoria dell'ordinamento giuridico: Santi Romano*, 2012, consultabile in rete al seguente indirizzo https://www.treccani.it/enciclopedia/la-teoria-dell-ordinamento-giuridico-santi-romano_%28II-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto%29/. La bibliografia su Santi Romano è immensa e tentarne qui anche solo una sintesi sarebbe poco efficace. Tra gli scritti di filosofia del diritto, a cui si è fatto maggiore riferimento per queste pagine, qui si ricordano solo: M. Barberis, "Dopo Romano. Istituzioni, razionalità, populismo", in *Jura Gentium*, XV, (2018), 2; Id., "Santi Romano e le metamorfosi dell'istituzionalismo", in *Lo Stato*, 5 (2017), n. 9, pp. 243-270; N. Bobbio, "Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano", in *Amministrare*, 5 (1975), n. 1, pp. 447-466, ed in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di) *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Giuffrè, Milano, 1977, 25 e ss., poi in N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977, pp. 165-186; T. Casadei, S. Pietropaoli, "Nota editoriale. "Ricucire" prassi e teoria del diritto: spunti di riflessione a partire da Santi Romano", in *Jura Gentium*, XV, (2018), n. 2; A. Catania, "Formalismo e realismo nella metodologia giuridica. Riflessioni sul pensiero di Santi Romano", in S. Cassese, G. Carcaterra, M. D'Alberti, A. Bixio (a cura di), *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, il Mulino, Bologna, 1994, pp. 401-411; P. Grossi, A. Romano, *Ricordando Santi Romano in occasione dell'inaugurazione dei corsi dell'a.a. 2010-2011 nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pisa*, a cura di Eugenio Rippepe, Pisa University Press, Pisa, 2013; A. Tarantino, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico. Interpretazione della dottrina di Santi Romano*, Giuffrè, Milano, 1976. Interessanti, ai fini di questa ricerca, anche i contributi di A. Cioffi, "Emergenza e teoria della necessità. Il caso del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri", in *Oltre la pandemia. Società, salute, economia e regole nell'era post-Covid-19*, a cura di G. Palmieri, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, vol. II, pp. 941-957; V. Tondi della Mura, "Riflettendo sul

già sul finire degli anni Sessanta, insigni giuristi come Biscaretti di Ruffia⁴, Mortati⁵ e Rescigno⁶ ne avevano sostenuto (o comunque considerato) l'importanza. L'attenzione verso la teoria della necessità come fonte del diritto è poi, però, cresciuta nel tempo, fino ai nostri giorni di emergenza pandemica. Tra gli autori che di recente l'hanno sostenuta, qui si ricorda Simonelli, al cui pensiero si era fatto breve riferimento proprio nel contributo sulla decretazione d'urgenza in tempo di pandemia, prima ricordato⁷.

E proprio partendo dall'attenzione che si era posta sulla struttura teorica che sorreggeva le riflessioni di Simonelli (e tenendo queste in riferimento) relative alla possibile (ri)proposizione della necessità come fonte del diritto, considerata nella dottrina di Santi Romano, in relazione alle norme emanate per arginare la pandemia da Covid-19, si espliciterà in queste pagine quanto si era lasciato solo in accenno.

2. La necessità come fonte prima e originaria del diritto

In prima istanza, per cercare di dare evidenza a quelli che sono i prodromi dottrinali della legiferazione d'urgenza che si possono ritrovare nel pensiero di Santi Romano, appare opportuno partire dal riferimento all'istituto dello stato d'assedio. A questo proposito si deve ricordare che il Romano in conseguenza del tragico evento del devastante terremoto del dicembre del 1908 che colpì Messina e Reggio Calabria scrisse il famoso saggio nel quale, riflettendo sui decreti legge e la proclamazione dello stato d'assedio che si erano avuti come conseguenza giuridica di quel tremendo fatto naturale che era stato il terremoto, fa già intravedere i primi accenni alla sua teoria della necessità come fonte del diritto⁸. Si può ricordare che

centenario della prolusione pisana di Santi Romano: la realtà e l'inquietudine", in Aa. Vv., *Scritti in onore di Claudio Rossano*, Jovene, Napoli, 2013, I, pp. 499-514. Tra i convegni su Santi Romano, di maggiore interesse per questo lavoro, si ricordano: quello del centenario della sua nascita, su *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, 25-26 ottobre 1975; quello di Palermo dal titolo *Santi Romano l'ordinamento giuridico 1917-2017. La fortuna della teoria romaniana dell'ordinamento dalla sua pubblicazione ai tempi nostri nelle varie aree disciplinari*, 24-25 novembre 2017; più di recente, i due del 2018 titolati: *Santi Romano a cento anni da L'ordinamento giuridico*, Napoli, 23 marzo 2018 e *Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano*, Pisa, 14-15 giugno 2018.

⁴ Cfr. P. Biscaretti di Ruffia, *Diritto costituzionale*, Jovene, Napoli, 1969, p. 113.

⁵ Si veda C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1969, specialmente le pp. 306 e ss. e 640 e ss.

⁶ Una considerazione dell'importanza della necessità, senza la condivisione, però, del suo inserimento tra le fonti del diritto, invece, si legge in P. Rescigno, "Ordinanze e provvedimenti di necessità e di urgenza", voce in *Noviss. Dig. It.*, Utet, Torino, 1965, vol. XII, pp. 89 e ss.

⁷ Il riferimento è a M.A. Simonelli, "La potenza dei fatti: la necessità come fonte del diritto", in G. Palmieri (a cura di), *Oltre la pandemia. Società, salute, economia e regole nell'era post Covid-19*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, vol. II, pp. 899-908.

⁸ Cfr. S. Romano, "Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria" (1909), in Aa. Vv., *Scritti minori*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1950, pp. 287-310.

a seguito di quel terremoto, e prima dell’emanazione della legge che conferì poteri straordinari al governo, si ebbe, come ricorda anche Simonelli, tutta una serie di provvedimenti emanati dal Governo. Circostanza questa che rappresentava una novità per lo stato d’assedio, in quanto:

Furono alcuni di questi provvedimenti, che presero la forma di decreti-legge d’urgenza, a stabilire il così detto *stato d’assedio civile*. Santi Romano – allora giovane, ma già noto ed apprezzato professore ordinario di diritto amministrativo nell’Università di Pisa –, scrisse un saggio dal titolo *Sui decreti-legge e lo stato d’assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio-Calabria*, nel primo fascicolo dell’anno 1909 della “Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia”, nel quale – partendo dall’esame di questi decreti – si interrogava sulla loro legittimità e fondamento⁹.

I dubbi sulla legittimità e sul fondamento di tali provvedimenti d’urgenza sorgevano dalla considerazione del fatto che fino ad allora lo stato d’assedio non era mai stato proclamato per fare fronte ad un evento (fatto) naturale, ma solo come misura di polizia tendente a ripristinare e mantenere l’ordine pubblico, ad esempio in caso di disordini sociali. Al riguardo, Romano escludeva che si potesse ricorrere all’analogia per accettare l’estensione della possibilità di proclamare lo stato d’assedio anche in conseguenza di un fatto naturale (*analogia legis*), né accettava che a tale scopo ci si potesse rivolgere ai principi generali dell’ordinamento (*analogia iuris*). Considerava, invece, corretto trovare la fonte di tale estensione nella necessità, ciò perché nella sua concezione della teoria delle fonti è proprio la necessità la “fonte prima ed originaria di tutto quanto il diritto”, rispetto a cui le altre fonti sono da ritenersi come derivate¹⁰.

Lo stesso Romano chiarisce il senso di quanto appena ricordato quando considera che negli Stati moderni

la produzione normale del diritto è di solito fissata da una norma scritta. Così quando s’indaga il fondamento obbligatorio di una legge, tale fondamento si rinviene in una legge precedente che stabilisce gli organi competenti ad emanarla e i loro poteri. Ma è chiaro in questa ricerca dovremo ad un certo punto arrestarci arrivando ad una prima legge, la quale avrà ricavata la sua forza solo dalla necessità che l’ha determinata. 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 con un procedimento di fatto, ad esempio in via di rivoluzione. E ciò che si verifica nel momento iniziale di un determinato

⁹ M.A. Simonelli, “La potenza dei fatti”, cit., pp. 899-900. Il corsivo è di chi scrive.

¹⁰ S. Romano, “Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria”, cit., p. 298. Posizione questa di Romano criticata come estrema da Agamben. Cfr. G. Agamben, *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, p. 37.

regime può anche ripetersi, sebbene in linea eccezionale e con caratteri più attenuati, anche quando questo avrà fermato e regolato le sue istituzioni fondamentali. Può cioè verificarsi una data condizione di cose che costituisca una manifestazione esplicita, impellente e categorica di bisogni e di forze sociali, nel senso che da essa emani immediatamente e direttamente, senza incertezze e senza possibilità di sottrarsi, una norma obbligatoria: è un fatto che, per la sua natura, si presenta con le caratteristiche del diritto, è la necessità, prima fonte di quest'ultimo¹¹.

Nella sua teoria delle fonti, quindi, Santi Romano considera che la validità delle norme risieda nella loro aderenza al fatto sociale. Ciò in quanto il diritto è da questo autore considerato come *essere*¹² e non come *dover essere*¹³.

Così, per il Romano, la necessità diviene fonte (una “fonte autonoma del diritto, *superiore alla legge*”¹⁴) anche di quel potere che deriva allo Stato di emanare i provvedimenti di urgenza: sia per l'ordine pubblico, sia per l'accadimento di un fatto naturale, sia pure quando è necessario instaurare, come visto prima, un ordinamento costituzionale con un procedimento di fatto¹⁵. Il suo essere fonte prima ed originaria, viene alla necessità dal fatto per cui essa “almeno di regola e in modo compiuto e praticamente efficace, non può essere disciplinata da norme precedentemente stabilite”¹⁶, risultando in tal modo una fonte ampia, capace di

¹¹ S. Romano, “Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria”, cit., p. 298.

¹² *Essere*, che per Romano, in riferimento alla necessità come fonte di diritto non scritto, si rappresenta come “esigenza non puramente razionale, ma *istituzionale*: il che distingue la necessità, che è da ammettersi, da quella cui talvolta accennavano dottrine facenti capo alla concezione del diritto naturale” (S. Romano, *Principi di diritto costituzionale generale*, Giuffrè, Milano, 1947, p. 92).

¹³ Da qui la differenza tra la teoria del Romano e la dottrina pura del Kelsen. Per Romano la norma è valida perché poggia sull'“essere”, sull'esistente, sulla realtà sociale; per Kelsen, invece, “una proposizione che verta sul ‘dover essere’ è una norma valida soltanto se appartiene ad un tale sistema valido di norme, se può venire derivata da una norma fondamentale presupposta come valida”. H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it., Etas Kompass, Milano, 1966, p. 112. Da quanto appena ricordato, potrebbe nascere l'equivoco relativo ad una possibile analogia, da molti considerata, tra la necessità romaniana e la *Grundnorm* di Kelsen. Analogia che per alcuni aspetti può sussistere. Esse, però, sono diverse relativamente al fondamento che le sostiene. La *Grundnorm*, infatti, “come norma suprema deve essere presupposta, in quanto non può essere posta da un'autorità, la cui competenza dovrebbe riposare su una norma ancora più elevata. La sua validità non può essere dedotta da una norma superiore, il fondamento della sua validità non può più essere discusso” (H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, trad. it., Einaudi, Torino, 1966, pp. 218 e s.). La necessità, invece, non è un presupposto, ma è un fatto, che Romano ritrova nella realtà sociale.

¹⁴ S. Romano, *Principi di diritto costituzionale generale*, cit., p. 92.

¹⁵ Il riferimento, qui, va ad un altro scritto giovanile. Cfr. S. Romano, “L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione” (1901), oggi in Id., *Scritti minori*, vol. I, cit., pp. 107-165, ed in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., pp. 27-116.

¹⁶ S. Romano, “Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria”, cit., p. 297.

ricomprendere in sé le altre fonti¹⁷, con la conseguenza che il suo valore non può essere ristretto solo “al caso speciale dei poteri d’urgenza del Governo, ma è ben più largo ed ha manifestazioni ben più importanti e generali”¹⁸. E Santi Romano può affermare questo in quanto coerente con la sua dottrina, al cui fondamento pone la massima “non la realtà si deve – dal giurista – subordinare al concetto, ma questo a quella”¹⁹, dove, tra la realtà (fatto sociale) e ed il diritto (concetto), egli pone come *trait d’union* la necessità. Necessità che, collegata dall’autore alla coscienza sociale, è già diritto, che il legislatore poi scopre, dichiara e rende pubblico, e traduce in norme di diritto positivo. Per il Romano, quindi il diritto autentico è quello che si attua nella coscienza sociale (quello che deriva dai bisogni, dalle esigenze, dalle istanze presenti nella società) e non quello che scaturisce dalla volontà dei legislatori.

3. Necessità e istituzione

Da quanto fin qui detto, appare chiaro che Santi Romano riconduce, in estrema sintesi, il concetto alla realtà, il diritto al fatto, e lo fa anche quando si interroga non solo sulla necessità, ma anche, ad esempio, sul “cominciamento” dell’istituzione, come ricorda Eugenio Ripepe, quando, in proposito, afferma che:

Rimaneva, naturalmente, la questione di quello che con non piccola concessione al linguaggio filosofico Romano chiamava “il cominciamento”, che guardando all’ordinamento/istituzione invece che alle norme appariva però tutt’altro che insolubile. Di qualsiasi ordinamento/istituzione, infatti, e non solo di quello statuale, si può dire che “esiste perché esiste e dal momento in cui ha vita”. La sua origine non può essere “un procedimento regolato da norme giuridiche: è [...] un fatto” (*L’ordinamento giuridico*, cit., p. 51): per il giurista “un ordinamento c’è perché c’è e quando c’è” (*Frammenti*, cit., p. 69).

I suoi conti con il principio di effettività Romano aveva cominciato a farli fin dal lavoro sull’*Instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale*; e non a spese del metodo giuridico, ma facendone un canone fondamentale di questo. Quando individuava nel diritto positivo l’oggetto della scienza giuridica, per positività del diritto Romano non intendeva altro che la sua effettività. E all’accusa di ri(con)durre il diritto al fatto, poteva replicare a ragione che il fatto al quale

¹⁷ Tra le quali Santi Romano non accetta di inserire la *natura delle cose* (cfr. S. Romano, *Principi di diritto costituzionale generale*, cit., p. 90), con la quale la necessità parrebbe mostrare alcune analogie. Egli, invece, accetta come fonte formale la “natura delle istituzioni [...] giacché queste sono di per sé diritto positivamente vigente” (*ibidem*).

¹⁸ S. Romano, “Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria”, cit., pp. 297 e s.

¹⁹ S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1946, p. 53.

faceva riferimento non era il fatto bruto, per dir così, ma un fatto che solo in presenza di particolari condizioni poteva diventare diritto; mentre a chi trovasse tuttora da ridire sull'idea da lui avallata che *ex facto oritur ius*, si potrebbe provare a rispondere per lui che non sembrerebbe esserci meno da ridire sulla sola alternativa possibile, e cioè che *ex nihilo oritur ius*²⁰.

Se, come si è ricordato prima, il Romano ha riconosciuto la superiorità della necessità rispetto alla legge, si deve aggiungere adesso che egli ha inteso porre la necessità in una posizione di supremazia anche rispetto alle altre fonti del diritto non scritto. Per esempio, lo ha fatto rispetto alla consuetudine. Anche qui, come visto prima per la natura delle cose²¹, tra necessità e consuetudine paiono esserci tratti di analogia; in realtà queste due fonti hanno peculiarità assai diverse. Come sottolineava Romano, mentre la consuetudine necessita di molto tempo per realizzarsi, per sedimentare nella coscienza sociale, la necessità si qualifica giuridicamente con immediatezza, in quanto possiede “maggiore energia e determinatezza”²². Maggiore energia e maggiore determinatezza che, di conseguenza, contraddistinguono le norme scaturenti dalla necessità rispetto a quelle derivanti dalla consuetudine. Romano ha riconosciuto la superiorità della necessità anche rispetto ad un'altra fonte del diritto non scritto, cioè rispetto ai principi generali del diritto. Va precisato che l'autore, qui, non si riferisce ai principi generali del diritto che “per mezzo di interpretazione e col procedimento dell'*analogia legis* o *iuris*, si lasciano desumere da una o più norme scritte che regolano casi o materie simili o anche dall'insieme delle norme scritte, considerate nel loro sistema”²³. Si riferisce, invece a quei principi generali interni alla natura delle istituzioni (di cui lo Stato è la massima espressione). Principi giuridici perché diritto sono le stesse istituzioni. In breve, la necessità supera i principi generali del diritto perché esprime il bisogno (che trae dalla coscienza sociale) di porre principi generali a fondamento dell'ordinamento.

Comunque, per comprendere la necessità come fonte del diritto la si deve sempre rappresentare all'interno della teoria istituzionale, “come fenomenologia dell'istituzione, che è essenza prima del diritto obiettivo, cioè quella capacità di un'organizzazione di soddisfare bisogni sociali”²⁴. Il diritto, afferma Santi Romano, non consta, infatti, solo di norme, non si fa valere soltanto con esse, ma anche con

²⁰ E. Rippepe, *La teoria dell'ordinamento giuridico: Santi Romano*, cit. I riferimenti nel testo alle opere di Romano sono rispettivamente a: *L'ordinamento giuridico*, cit.; *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947¹, 1953².

²¹ Si veda la nota n. 17 di questo lavoro.

²² S. Romano, “Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria”, cit., pp. 298.

²³ S. Romano, *Principi di diritto costituzionale generale*, cit., p. 90.

²⁴ R. Cavallo Perin, “Ordinamenti giuridici paralleli e necessità come fonte del diritto”, in R. Cavallo Perin, G. Colombini, F. Merusi, A. Police, A. Romano (a cura di), *Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, p. 49.

una sua *esistenza complessiva* come istituzione, la quale si riflette giuridicamente su tutti i componenti della stessa istituzione²⁵

siano essi individui o, per quel che qui interessa, istituzioni interne all'ordinamento statale, come il governo, il parlamento, lo stesso popolo organizzato, tutti intesi ad agire nell'area dell'irrilevante giuridico (*extra legem*) oppure dovendo soddisfare bisogni sociali anche ponendosi provvisoriamente *contra legem*, cioè in una relazione di conflitto con l'ordinamento esistente.

Si tratta di un conflitto che è dunque tra istituzioni di uno stesso ordinamento più generale, un conflitto che può trovare composizione nell'innovazione dell'ordine costituito oppure in una definitiva sanzione come fatto *contra legem et contra ius*.

Ed è qui che s'inserisce la necessità come fonte del diritto. Il confronto con l'ordinamento statale – qui la novità – non è solo l'ordine costituito così come definito da leggi e costituzioni, ma quest'ordinamento comprensivo delle sue possibilità d'evoluzione, sicché ciò che è *contra legem* può essere generatore di un nuovo diritto obiettivo, in cui quelle istituzioni che si erano contrapposte all'ordine esistente contribuiscono a generare un ordine nuovo.

Nulla di più distante dalla distinzione tra essere e dover essere: con la necessità fonte del diritto l'ordinamento è inteso in ciò che è, ma anche in ciò che può divenire e che è già in potenza, anche a seguito dell'insorgere e poi della composizione di un conflitto tra istituzioni, seppure tutte costitutive dell'ordinamento statale, che a questo si contrappongono in tutto (rivoluzione) o in parte (decreto legge, stato d'assedio)²⁶.

Tanto marcata è dunque per Santi Romano la superiorità della necessità rispetto alla legge, che non si deve escludere, come appena visto, che essa, come anche Simonelli ricorda, possa quindi

dar luogo persino a provvedimenti giuridici *contra legem*, quando il bisogno e l'urgenza di difendere l'ordinamento medesimo da forze ad esso ostili, o l'esigenza di tutelare la collettività in situazioni determinate da eccezionali calamità naturali, lo richiedano. [...] Tale fonte primaria del diritto può operare altresì nel senso di alterare l'ordine normale delle competenze, “nel far rientrare fra le attribuzioni governative, ciò che altrimenti non vi rientrerebbe”. L'azione del potere esecutivo, in situazioni straordinarie, anche se va al di là dei suoi tradizionali confini, – in quanto derivante da una fonte del diritto – [...] quindi, rimane per ciò stesso giuridica²⁷.

Tali considerazioni devono riportarsi all'interno dell'assunto, ripetuto più volte in questo lavoro, per il quale il legislatore può solo rinvenire (e poi dichiarare e pubblicizzare) il diritto che si è già formato nella coscienza sociale. L'atto

²⁵ Cfr. S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., 170.

²⁶ R. Cavallo Perin, “Ordinamenti giuridici paralleli e necessità come fonte del diritto”, cit., p. 49.

²⁷ M.A. Simonelli, “La potenza dei fatti”, cit., p. 903.

legiferativo non è dunque nel pensiero del Romano un atto di autentica volontà, ma di volontà apparente, derivata rispetto alla volontà già presente nella coscienza sociale. Ed è proprio quando il legislatore, assecondando la funzione dinamica dell'ordinamento giuridico, emana nuove norme che non sono espressione della coscienza sociale, delle sue istanze e dei suoi bisogni, che interviene la necessità e riporta in equilibrio le due posizioni: quella della realtà sociale (del fatto) e quella del diritto. E la necessità può intervenire in tal senso, come visto prima, anche *contra legem*: quando le norme che il legislatore ha emanato sono sì giuridicamente valide, ma non sono rispettose delle istanze e dei bisogni della società. Non sono state trattate, cioè, dalla coscienza sociale, ma decise liberamente dal legislatore. E l'azione riequilibratrice della necessità come fonte può essere limitata e modificare parzialmente l'ordinamento, oppure, in estremo, può modificarlo *in toto* attraverso *l'instaurazione di fatto di un nuovo ordinamento costituzionale*.

Necessitas non habet legem perché *la necessità fa la legge*. Questo è ciò che vale, in sintesi, per la teoria delle fonti del Romano. Convinzione che Santi Romano aveva chiara fin dal suo periodo giovanile degli studi, già prima del saggio scritto in occasione del catastrofico terremoto di Messina e di Reggio Calabria, a cui ci si è riferiti all'inizio di questo lavoro. Convinzione che risultava nettamente già, ad esempio, nel 1902, quando l'autore affermava che:

La necessità, così intesa, non è un presupposto della *regula iuris*, ma è essa stessa diritto, nel senso che questo è un suo prodotto immediato e, per dir così, di primo grado; il legislatore non fa che prenderne atto e consacrarla, non in quel modo largo, che gli concede una ampia libertà, con cui, come comunemente si dice, egli non inventa, ma raccoglie e dichiara il diritto che rinviene nella coscienza generale, ma in modo, per dir così, coattivo, che esclude la sua mediazione intellettuale, personale²⁸.

4. Quali applicazioni trova la teoria della necessità come fonte nel contesto pandemico odierno del diritto italiano?

L'avvento della pandemia da Covid-19 ha costituito il banco di prova per riflessioni su di una possibile, rinnovata, applicazione della teoria della necessità come fonte del diritto ad una situazione di emergenza. E quella della pandemia è una circostanza certamente idonea per continuare a riflettere sulle intuizioni romane, in quanto anche in questo caso, come era stato per il terremoto del 1908, si è davanti ad un'emergenza derivante da un fatto naturale e non da un atto umano (tanto almeno fino a che le inchieste internazionali in atto non ci potranno raccontare una verità diversa sul virus "cinese"). Volendo restringere il campo dell'indagine, in linea con quanto prima ricordato, cioè con il fatto che la necessità

²⁸ S. Romano, "Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano", op. cit., pp. 142-143. A completamento, si veda anche la nota n. 2 di questo lavoro.

possa dare luogo anche a provvedimenti normativi *contra legem*, e possa modificare il normale ordine delle competenze all'interno dello Stato, si può riflettere sul se questo sia avvenuto (e, se sì, in quali modalità e misura) negli ultimi mesi.

Com'è noto, a gennaio del 2020 il Governo ha deliberato lo stato d'emergenza di rilievo nazionale²⁹, facendo seguito alla dichiarazione di emergenza sanitaria globale che l'OMS aveva emanato il giorno precedente. Da quel momento, e ancora fino ad oggi, si è avuta tutta quella serie di Decreti-legge e di DPCM, sulla cui opportunità, pur fatta salva la loro legittimità formale, si sono scritte innumerevoli pagine nell'ultimo periodo. Si è discusso sulle misure restrittive, che hanno leso molti dei diritti di libertà, e non solo, che la Costituzione garantisce; si è discusso, più in generale, di attacco alle regole della democrazia e di possibile deriva autoritaria.

Di fatto, più o meno implicitamente, le misure restrittive poste in essere dal Governo sono state giustificate dalla *necessità* di porre argine alla pandemia. Per ciò stesso, facendo spesso appello alla responsabilità ed alla solidarietà dei singoli nei confronti della società, in nome del ciceroniano principio secondo cui *salus populi suprema lex esto*, si è chiesto ai cittadini il rispetto consapevole di queste norme emergenziali. Norme emergenziali che, per quanto fin qui esposto, troverebbero giustificazione per la teoria della necessità di Santi Romano. Tranne, forse, per un solo aspetto, che è, però, di estrema rilevanza. Aspetto che riguarda la temporaneità delle situazioni di necessità e d'emergenza.

Nell'avviarsi verso la conclusione, non si vuole qui ritornare sulla disamina della temporaneità delle situazioni emergenziali che si è proposta nel lavoro ricordato all'inizio, e del quale, si ripete, queste pagine vogliono porsi in una sentita continuità ideale. Si vogliono solo aggiungere alcune considerazioni riguardo al fatto che, per Romano, le deroghe consentite ed imposte dalla necessità al normale riparto delle competenze legislative statali sono giustificate dalla necessità solo fino a quando l'emergenza rimane veramente tale. Affermava al riguardo l'autore, infatti, che

la necessità opera precisamente su questo punto: nell'alterare l'ordine normale delle competenze, nel fare rientrare fra le attribuzioni governative, ciò che altrimenti non vi rientrerebbe. Si avrà così una competenza propria del Governo, eccezionale e straordinaria, ma sempre determinata da una fonte del diritto, e quindi, non un'invasione di fatto e antiggiuridica della competenza altrui.

Ciò però non esclude che l'atto governativo non debba esser presentato agli organi legislativi, perché lo approvino mediante legge. È questa una

²⁹ In Italia la deliberazione dello stato d'emergenza non è disciplinata dalla Costituzione, ma è stata introdotta dalla Legge 24 febbraio 1992, n. 225 – *Istituzione del Servizio nazionale della protezione civile* (novellata dal D.L. 59/2012 – *Disposizioni urgenti per il riordino della protezione civile*). La sua disciplina ha successivamente subito interventi legislativi di modifica. Qui, il rinvio va alle disposizioni presenti nell'art. 24 – *Deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale* del D.lgs. n. 1 del 2 gennaio 2018 (Codice della protezione civile).

conseguenza che dipende, in modo molto chiaro, dal carattere della necessità, in quanto si presenta come una deroga al principio normale che attribuisce alle due Camere e al Re l'esercizio della funzione legislativa. L'eccezione a tale principio è ammissibile solo finché essa è giustificata dalla necessità, e poiché questa è temporanea, ne viene che la competenza comune deve o prima o poi riprendere il suo impero su quella straordinaria, anche per dichiarare se questa è stata giuridicamente esercitata o meno³⁰.

Durante questi mesi, però, l'utilizzo continuo dei Decreti-legge e dei DPCM che si sono avuti a contrasto della pandemia, ad esempio, è stato descritto lucidamente da Incampo come il configurarsi di una *fallacia* "ordinamentale" (perché – egli dice – è un errore considerare lo stato di emergenza come stato di eccezione) che si è mostrata come *praeter legem*. L'utilizzo pedissequo della normazione d'urgenza, infatti, pur se non ha costituito una vera frattura all'interno dell'ordinamento e del naturale ordine delle competenze dei poteri dello Stato³¹, specie considerato il carattere temporaneo delle norme contenute nei Decreti e nei DPCM, tuttavia, come afferma Incampo, non ha del tutto escluso che siano mancate alcune anomalie con altrettanti rischi per i sistemi costituzionali in generale. Non è pacifico, ad esempio, che con la decretazione d'urgenza (nonostante la legge di conversione) si possa derogare a disposizioni costituzionali riducendo o addirittura sacrificando alcuni diritti fondamentali. Si pensi (per citare quelli più in vista) ai diritti di libertà di circolazione (art. 16), di riunione (art. 17), di insegnamento e accesso all'istruzione (artt. 30, 33 e 34), di iniziativa economica (art. 41). Una simile decretazione dovrebbe evidentemente presupporre l'impraticabilità assoluta della via ordinaria con cui il Parlamento legifera. Forse non era questo il caso. Molte misure, tra l'altro, sono state adottate da decreti amministrativi (i famosi DPCM) non sottoposti a controllo "preventivo", né emanati a firma del Presidente della Repubblica, né destinati ad essere discussi in Parlamento per essere poi convertiti in legge. Per non parlare del carattere tassativamente temporaneo di misure adottate straordinariamente. Il bilanciamento dei principi costituzionali che mette in primo piano in questo momento il diritto fondamentale alla salute (art. 32) può giustificare la decretazione d'urgenza, a patto che rispetti il carattere solo temporaneo degli interventi effettuati. Il fattore del tempo è decisivo per non creare squilibri strutturali tra gli stessi poteri dello Stato³².

³⁰ S. Romano, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, cit, p. 302.

³¹ La decretazione d'urgenza è, infatti, prevista dalla Costituzione all'art. 77. Per un inquadramento chiaro dei motivi filosofici, giuridici e politici che hanno portato il Costituente ad inserire tale articolo nella Costituzione, tra i molti, si veda A. Tarantino, V. Tondi della Mura, "Il Decreto-legge nell'Assemblea Costituente", in A. Tarantino, H. Cavallera, A. Peluso (a cura di), *Giuseppe Codacci-Pisanelli. Testimonianze e attualità*, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 79-99.

³² A. Incampo, "Extremus Necessitatis Casus. Ai confini dell'ordine giuridico", in *L'Ircocervo*, 20 (2021), n. 1, pp. 22-23.

Dubbi, questi palesati da Incampo, condivisi da molta parte della dottrina nell'ultimo periodo. Condivisi ad esempio da Becchi, che ha richiamato l'attenzione, tra l'altro, sull'ineludibilità di poter dichiarare lo stato d'emergenza solo in costanza di un pericolo attuale, esistente, e non sulla possibilità che tale pericolo in futuro possa presentarsi, pena la possibilità che l'emergenza da temporanea diventi permanente, non perché essa ci sia realmente, ma perché si possa sempre sostenere che senza i provvedimenti d'emergenza essa possa verificarsi³³. Considerati, pur meno esplicitamente, da Zagrebelsky, che ha tracciato la distinzione tra eccezione ed emergenza, distinguendo conseguentemente tra la finalità di giungere alla conservazione dell'ordinamento giuridico in essere, e la volontà dell'instaurazione di un ordinamento giuridico nuovo³⁴. Condivisi anche da Agamben, il quale ha affermato che per mezzo dello stato di emergenza stabilito dal Governo si andrebbe verso la conversione dello stato d'eccezione in "paradigma normale di governo"³⁵. Dubbi che, in conclusione, certamente non vengono dissipati dalla lettura di affermazioni come quella contenuta nell'ultimo decreto emergenziale del Governo, nel quale, a distanza di più di un anno e mezzo dalla dichiarazione dello stato d'emergenza, ancora una volta, si legge la seguente affermazione giustificativa:

Considerato che l'attuale contesto di rischio impone la *prosecuzione delle iniziative di carattere straordinario e urgente* intraprese al fine di fronteggiare adeguatamente *possibili* situazioni di pregiudizio per la collettività³⁶.

Affermazione questa contenuta del Decreto che pare nettamente lontana dal prefigurare l'effettività di quel carattere solo temporaneo degli interventi normativi d'urgenza, di cui in queste riflessioni si è voluto sottolineare l'ineludibile necessità.

³³ Cfr. P. Becchi, *L'incubo di Foucault. La costruzione di una emergenza sanitaria*, Lastaria Edizioni, Roma, 2020, pp. 33-34.

³⁴ Cfr. l'articolo di G. Zagrebelsky apparso in *La Repubblica*, 28 luglio 2020, dal titolo "Non è l'emergenza che mina la democrazia. Il pericolo è l'eccezione", nel quale l'autore sostiene che l'emergenza sia utile al ripristino della normalità, mentre l'eccezione mira a scardinarla.

³⁵ Cfr. G. Agamben, "L'invenzione di un'epidemia", in *Una voce. Rubrica di Giorgio Agamben*, Quodlibet, 26 febbraio 2020. Consultabile in rete su <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-l-invenzione-di-un-epidemia>. Più di recente, con affermazioni ugualmente critiche, Agamben si è espresso anche in riferimento alla misura emergenziale del *Green Pass*. Cfr. G. Agamben, "Tessera verde", in *Una voce*, cit., del 19 luglio 2021.

³⁶ Decreto-legge 21 settembre 2021, n. 127 – "Misure urgenti per assicurare lo svolgimento in sicurezza del lavoro pubblico e privato mediante l'estensione dell'ambito applicativo della certificazione verde COVID-19 e il rafforzamento del sistema di screening". Il corsivo è di chi scrive.