

L'(in)certeza del diritto nello stato di emergenza

Torquato G. Tasso

Università degli Studi di Padova

Abstract: The Legal (In)certainty in the State of Emergency

The pandemic emergency suddenly manifested itself in reality by imposing a reaction, by part of national States, in the form of different regulatory interventions. This reaction of the modern State is a typically positivist one with the evident goal of regulating the unexpected lacuna to bring order and certainty to human relations. As a matter of fact, the positivistic reaction to the pandemic event, characterized by a strong hypertrophy, highlights the limits of a geometric vision of law that is unable to solve the operational problems related to the spread of the virus and unable to achieve its primary objective, the legal certainty.

Keywords: Emergency, Positivism, Legal Certainty, Constitution, Fundamental rights.

Sommario: 1. Lo stato di emergenza ai tempi della pandemia. Una premessa normativa – 2. Lo stato di emergenza tra *governo* e *amministrazione*. Una prima criticità – 3. Lo stato di emergenza e lo stato di eccezione. Una prima suggestione – 4. Lo stato di emergenza tra lacune dell'ordinamento giuridico e certezza del diritto – 5. Il positivismo alla prova dello stato di emergenza pandemico e la completezza dell'ordinamento giuridico – 6. La normativa dello stato di emergenza pandemico come paradigma delle contraddizioni della visione positivistica del diritto. L'(in)certeza del diritto – 7. Per una (prima) conclusione

1. Lo stato di emergenza ai tempi della pandemia. Una premessa normativa

Da tempo ormai siamo entrati in uno stato di emergenza globale e questo stato e, soprattutto, il suo prolungarsi nel tempo, fa sorgere delle inevitabili domande e induce ad una serie di riflessioni.

Per non cadere in tentazioni di tipo ideologico, ci proponiamo di sollevare le domande e i dubbi che inevitabilmente lo stato di emergenza fa sorgere sia in una prospettiva giuridica che in una prospettiva giusfilosofica, non con la pretesa di riuscire a dare una risposta alle stesse domande, che rischierebbe, stante il perdurante stato emergenziale, di essere ideologicamente assunta, ma per verificare le varie e possibili risposte alle stesse domande.

Il punto di partenza non può prescindere dal significato etimologico del termine *emergenza*, significato che è indicativo ed utile nell'analisi dell'attuale

situazione. La parola emergenza deriva dal latino *emergere*¹ che ha un significato originariamente neutro di “venire a galla, affiorare sulla superficie dell’acqua”² e quindi di ciò che esce all’improvviso dalla superficie calma delle acque, di qualcosa che compare improvvisamente dal basso e viene a incrinare il calmo e stabile equilibrio della realtà³. Tale termine, nel significato attuale, ha acquisito però una connotazione principalmente negativa, nel senso di una situazione di improvviso e grave pericolo che induce ad una reazione immediata e, per questo motivo, non “ordinaria” per il suo superamento.

Da un punto di vista normativo va detto che la Costituzione italiana non disciplina e non prevede una norma che regoli l’emergenza e lo stato d’emergenza in quanto l’unico articolo in qualche modo riconducibile ad uno stato analogo è l’art. 78 sullo stato di guerra⁴ che, per ovvi motivi, è teoricamente avvicinabile ma analogicamente inapplicabile allo stato di emergenza pandemica che ci sta interessando. Sull’argomento torneremo in seguito, ma si deve anticipare che questa lacuna costituzionale fu una precisa scelta politica conseguente ad una lunga discussione in seno alla Costituente. La materia, poi, ha trovato una regolamentazione suppletiva solo di recente ed è infatti ora regolamentata da una legge ordinaria, più precisamente dalla Legge 24 febbraio 1992 n. 225⁵ con cui è stato istituito il Servizio nazionale della protezione civile, successivamente integrata e modificata dal Decreto legislativo n. 1 del 2018 meglio noto come Codice della Protezione Civile⁶.

Alla luce di questo decreto legislativo, possiamo quindi dire che in Italia vige lo stato di emergenza dal 31 gennaio 2020 (o se vogliamo dal 1 febbraio 2020 data della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del relativo provvedimento) giusta Delibera del Consiglio dei Ministri con cui formalmente si dichiara “lo stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all’insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili”⁷. Stato di emergenza che è stato

¹ Emergere è contrario (*ex*) di *mergere* ossia affondare.

² Lo Zingarelli 2016, *Vocabolario della lingua italiana*, Zanichelli, Bologna, 2016.

³ Sul punto interessante la riflessione preliminare di G. Marazzita, *L’emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 37 e ss. Per quanto riguarda la bibliografia giuridica sul tema soprattutto per i profili normativi penali si veda anche il recente A. Police, C. Cupelli, *Le sanzioni: poteri, procedimenti e garanzie nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 2020; F. Battiston, *Salute e sicurezza nelle scuole*, Wolters Kluwer, Milano, 2020; L. Fantini, *Salute e sicurezza sul lavoro: tutte le novità contro il coronavirus*, IPSOA, Milano, 2020.

⁴ Art. 78 Cost.: “Le Camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono al Governo i poteri necessari”.

⁵ Legge 24 febbraio 1992, n. 225 “Istituzione del Servizio nazionale della protezione civile”, in *Gazz. Uff.*, 17 marzo 1992, n. 64.

⁶ Decreto legislativo 2 gennaio 2018 n. 1 Codice della protezione civile, pubblicato in *Gazz. Uff.*, 22 gennaio 2018, n. 17.

⁷ Delibera del Consiglio dei Ministri 31 gennaio 2020 “Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all’insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili”, in *Gazz. Uff. Serie Generale*, 1 febbraio 2020, n. 26.

successivamente prorogato con successive e periodiche Delibere del Consiglio di Ministri⁸.

2. Lo stato di emergenza tra governo e amministrazione. Una prima criticità

Per quanto siamo venuti a dire, circa il fondamento normativo e la procedura prevista per lo stato di emergenza, alla luce del fatto che lo stato di emergenza, proclamato a gennaio del 2020, si protrae da più di un anno, è inevitabile chiedersi quanto possa durare uno stato di emergenza che, per definizione, dovrebbe essere un evento improvviso, eccezionale ma, proprio per questo, contenuto temporalmente e, di conseguenza, chi possa affermare quando ricorrono i presupposti di uno stato di emergenza e quando i presupposti, ammesso che sussistessero al momento della sua proclamazione, siano stati superati e si possa dire che l'emergenza sia rientrata. E, ancor più, se e chi possa dire che lo stato di emergenza, perdurando oltre determinati limiti, sia illegittimo o, al contrario, possa divenire da patologico a fisiologico in una sorta di *nuova normalità*⁹.

Una risposta squisitamente normativa la si rinviene proprio nelle disposizioni precedentemente indicate. Lo stato di emergenza viene proclamato dal Consiglio dei Ministri, l'organo di governo, che quindi è deputato anche inevitabilmente a monitorare la persistenza dello stato medesimo. Ma, circostanza da sottolineare, la durata dello stato emergenziale non può essere illimitata. Se tale limite non sussisteva formalmente *ab initio*¹⁰, è stato successivamente fissato un termine di

⁸ Ci si riferisce alla Delibera del Consiglio dei ministri del 29 luglio 2020 con la quale il predetto stato di emergenza è stato prorogato fino al 15 ottobre 2020, alla Delibera del Consiglio dei ministri del 7 ottobre 2020 con la quale il predetto stato di emergenza è stato prorogato fino al 31 gennaio 2021, alla Delibera del Consiglio dei ministri del 13 gennaio 2021 con la quale il predetto stato di emergenza è stato prorogato fino al 30 aprile 2021.

⁹ M. Luciani, "Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza", in "Liber amicorum per Pasquale Costanzo. Diritto Costituzionale in trasformazione", in *Consulta on line*, II (2020) p. 9; A. Pace, "L'instaurazione di una nuova Costituzione. Profili di teoria costituzionale", in *Quad. cost.*, 17 (1997), pp. 10, 18 e 19; P. Pinna, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giuffrè, Milano, 1988 e G. De Minico, *Costituzione emergenza e terrorismo*, Jovene editore, Napoli, 2016; P. Barile, "Il cammino comunitario della Corte", in *Giur. cost.*, 1973, pp. 2405 ss.; M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 6 ss.; A. Ruggeri, "Trattato costituzionale, "europeizzazione" dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)", in S. Staiano (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 827 ss.

¹⁰ L'originario testo dell'art. 5 comma 1 della Legge 24 febbraio 1992, n. 225 infatti prevedeva: "Stato di emergenza e potere di ordinanza. - 1. Al verificarsi degli eventi di cui all'articolo 2, comma 1, lettera c), il Consiglio dei ministri, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, ovvero, per sua delega ai sensi dell'articolo 1, comma 2, del Ministro per il coordinamento della protezione civile, delibera lo stato di emergenza, determinandone durata ed estensione territoriale in stretto riferimento alla qualità ed alla natura degli eventi. Con le medesime modalità si procede alla eventuale revoca dello stato di emergenza al venir meno dei relativi presupposti."

180 giorni prorogabile una volta¹¹ per ora giungere, nel Codice della protezione civile, al termine di dodici mesi prorogabile una sola volta, “per non più di ulteriori dodici mesi”¹².

La risposta formale (e formalistica) quindi è questa ma ciò non toglie che questa risposta sia insufficiente a dare contezza di alcuni dubbi che inevitabilmente sorgono. Questa previsione normativa (formale appunto) è da sola sufficiente a stabilire cosa sia una emergenza *in rerum natura* e quale sia la sua naturale durata? E, soprattutto, nella malaugurata ipotesi che la situazione pandemica attuale non venga superata entro il termine massimo che, ora, è di ventiquattro mesi, quali conseguenze si dovranno trarre? Che il Parlamento, quando ha legiferato in materia, non è stato in grado di comprendere che la natura delle cose può proporre una emergenza di una durata superiore ai ventiquattro mesi o che l'organo di governo non è stato in grado di porre in essere quelle condotte e quei provvedimenti che la libera normativa emergenziale gli garantisce per superare, nel congruo termine, l'emergenza? Ed ancora. Quale decisione potrà prendere il Governo alla luce della persistenza di uno stato di emergenza nel caso in cui l'emergenza non trovi soluzione nel termine dato?

Ma, sotto una diversa prospettiva, vorrà forse dire che la situazione che è stata considerata emergenziale non lo era effettivamente e che il tempo ha dato prova che la situazione che si considerava patologica, in realtà patologica non era o che la situazione che si considerava patologica, in realtà era (e forse sempre è) destinata a rientrare fisiologicamente in una *nuova* o comunque *diverente normalità*?

Va detto, però, che la disposizione in questione lascia anche perplessi sotto un diverso profilo, in una prospettiva costituzionale. Abbiamo detto che il silenzio sull'argomento è stato frutto di una decisione della Costituente in quanto, a seguito di lunga discussione, si è deciso di non prevedere e non regolare l'emergenza in Costituzione¹³. La materia è stata quindi, come abbiamo già

¹¹ L'art. 5 della Legge 24 febbraio 1992, n. 225 vide l'inserimento di un comma n. 1-bis (Comma aggiunto dal n. 2) della lett. c) del comma 1 dell'art. 1, D.L. 15 maggio 2012, n. 59, come modificato dalla legge di conversione 12 luglio 2012, n. 100. Successivamente, il presente comma è stato così sostituito dall'art. 10, comma 1, lett. b), D.L. 14 agosto 2013, n. 93) che recitava “La durata della dichiarazione dello stato di emergenza non può superare i 180 giorni prorogabile per non più di ulteriori 180 giorni”.

¹² Sul punto l'Art. 24 comma 3 del Decreto legislativo 2 gennaio 2018 n. 1 recita: “La durata dello stato di emergenza di rilievo nazionale non può superare i 12 mesi, ed è prorogabile per non più di ulteriori 12 mesi”.

¹³ Lavori della Assemblea Costituente e più precisamente i lavori della II Sottocommissione, in “Appendici generali - Argomenti o articoli non entrati nella Costituzione - Sospensione dei diritti costituzionali e dichiarazione dello stato d'assedio, del sabato 11 gennaio 1947”, disponibile all'indirizzo: <https://www.nascitacostituzione.it/05appendici/01generali/09/02/index.htm>. L'argomento fu ripreso poi in aula. Il 16 ottobre 1947, nella seduta pomeridiana, l'Assemblea costituente proseguiva l'esame degli emendamenti agli articoli del Titolo “Il Parlamento”, disponibile all'indirizzo: <http://www.nascitacostituzione.it/03p2/01t1/s2/078/index.htm?art078-012-1.htm&2>.

ricordato, regolata da legge ordinaria solo (relativamente) di recente. Una scelta che il legislatore ordinario ha fatto è stata quella di non distinguere tra eventuali possibili diverse ipotesi di emergenza e di delegare sempre e comunque il provvedimento individuativo dell'emergenza all'organo di Governo, ossia ad una Delibera del Consiglio dei Ministri.

Se questa scelta può avere (ed anzi ha) una logica di facile comprensione e quindi condivisione per quanto riguarda emergenze in qualche modo *ordinarie* (si pensi ai sismi, alle alluvioni, eruzioni vulcaniche, incendi diffusi) che sono facilmente individuabili e circoscrivibili sia temporalmente che territorialmente (in quanto non sono estese a livello nazionale), per le quali la tempestività dell'intervento risulta essere essenziale e che comunque sono riconducibili ad una purtroppo consolidata prassi di intervento, visti i numerosi e periodici casi che hanno colpito la penisola italiana, riteniamo che tale scelta non sia del tutto condivisibile per l'emergenza sanitaria che stiamo esaminando.

L'emergenza pandemica è un'ipotesi emergenziale che ha colpito l'intero territorio nazionale ed anzi ha una diffusione globale che ha inevitabili riflessi internazionali sulla gestione dell'emergenza nel territorio italiano. È una emergenza che ha delle caratteristiche del tutto particolari in quanto inevitabilmente la si è dovuta affrontare con scarse conoscenze, relative ad un evento che ha avuto una rapida (e sotto certi punti di vista imprevedibile) diffusione e che nel tempo continua ad evolvere, ripresentando in chiave diversa varianti non del tutto controllabili e gestibili con le medesime tecniche maturate in precedenza. Ma è anche una emergenza relativamente alla quale sono state emanate e continuano ad essere emanate, delle regole che incidono significativamente sui diritti fondamentali dei cittadini sanciti dalla Carta costituzionale, quali il diritto alla libera circolazione previsto dall'art. 16, il diritto di riunirsi pacificamente regolato dall'art. 17, il diritto alla salute di cui all'art. 32, il diritto all'istruzione di cui all'art. 34, il diritto al lavoro, in qualsiasi forma sia esercitato, previsto dall'art. 35 e la libertà di iniziativa economica proclamata dall'art. 41 della nostra Carta e molti altri.

Con questo non si vuole in questa sede contestare la sussistenza di una emergenza sanitaria, contestare o portare l'attenzione sulla legittimità o l'opportunità degli specifici provvedimenti assunti, in quanto non è certamente questa la sede. Ciò che comunque si vuole mettere in luce è una criticità dell'attuale sistema che non distingue a seconda della gravità ed eccezionalità delle diverse emergenze. Allo stato attuale, l'emergenza viene proclamata dal Governo che è chiamato a decidere se sussiste o meno una emergenza (e quindi le caratteristiche della stessa) e che, conseguentemente, si attribuisce dei poteri

Sul punto interessanti i contributi di B. Cherchi, "Stato d'assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'Assemblea costituente", in *Riv. Trim. Dir. Pubblico*, 1981, pp. 1108 ss. e M. Piazza, "L'illegittima «sospensione della costituzione» prevista nel c.d. «Piano Solo»", in *Giur. Cost.*, 2001, pp. 804 ss.

assolutamente eccezionali, giustificati proprio da quella emergenza che il Governo stesso dichiara sussistente.

La circostanza è singolare perché la nostra Costituzione, quando ha previsto specifici casi nei quali il Governo dovesse intervenire, per motivi di necessità ed urgenza, ha sempre previsto il coinvolgimento diretto o successivo del Parlamento. Abbiamo già accennato all'art. 78 della Costituzione, il quale prevede che la proclamazione dello stato di guerra spetti al Parlamento e che questi attribuisca i relativi necessari poteri al Governo. Nel caso del decreto-legge, invece, l'art. 77 consente al Governo di emanare un atto normativo immediatamente vigente, ma lo stesso decreto deve immediatamente essere inviato alle Camere per la sua conversione in legge, con conseguente vaglio da parte del Parlamento sia del contenuto che della sussistenza della effettiva necessità ed urgenza.

Ciò che lascia perplessi è che queste procedure, o quanto meno la logica sottesa a queste procedure, non sia stata prevista per la dichiarazione dello stato di emergenza in generale o quanto meno, per lo stato di emergenza di livello nazionale. Osservazione che risulta del tutto legittima se andiamo ad analizzare le Costituzioni di altri paesi europei quali Francia, Germania e Spagna che in genere distinguono a seconda dei differenti gradi di emergenza, e prevedono altresì che con l'aggravarsi dell'emergenza vi sia un crescente coinvolgimento degli organi legislativi parlamentari sia nel decidere la sussistenza o meno dei presupposti sia, e ancor più, nell'eventuale proroga di uno stato di emergenza proclamato¹⁴. Ci sembrerebbe assolutamente logico prevedere costituzionalmente una maggiore partecipazione dell'organo legislativo e rappresentativo dei cittadini anche in una fase emergenziale, laddove l'emergenza sia così grave e diffusa.

E questo anche perché riteniamo che i due momenti, quello politico e quello esecutivo, debbano essere tenuti distinti. Il momento dell'individuazione dell'esistenza dell'emergenza, con conseguente individuazione delle possibili (temporanee) restrizioni dei diritti fondamentali, è un momento esclusivamente politico, in cui si decide quale sia il bene comune dei consociati, incidendo sui loro diritti fondamentali. Il momento dell'individuazione dei singoli provvedimenti con cui gestire l'emergenza, in esecuzione del precedente

¹⁴ La Costituzione francese prevede tre diversi casi di stato di emergenza. Il governo francese ha poi previsto un nuovo regime d'eccezione legato proprio all'esigenza pandemica; mediante la legge n. 2020-290 del 23 marzo 2020 *d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid19*, la Francia ha disciplinato lo stato d'emergenza sanitaria. *L'état d'urgence sanitaire* che prevede un coinvolgimento sotto diverse forme del Parlamento. La Costituzione tedesca prevede tre tipi diversi di emergenza e vede nella legge parlamentare l'unica fonte competente ad incidere sui diritti fondamentali e sulle libertà dei cittadini. Ed è infatti una legge dello Stato, la legge sulla protezione dalle infezioni (*Infektionsschutzgesetz*) che è stata utilizzata per combattere il Covid. La Costituzione spagnola, infine, distingue tre diversi stati di emergenziali, che sono caratterizzati da una proporzionalità e graduazione delle misure adottabili. In questo caso l'esecutivo decide sullo stato di emergenza ma comunque è il Parlamento che ha poteri di controllo e che decide di eventuali proroghe della durata legislativamente prevista.

provvedimento individuativo dell'emergenza stessa, è un momento amministrativo con cui si organizzano le risorse disponibili per il raggiungimento del bene comune come è stato individuato, però, nella fase politica che lo ha preceduto. Non si possono confondere i due piani e lasciare che il Governo (organo esecutivo ed amministrativo) prenda una decisione politica, individuativa del bene comune che deve essere lasciata all'organo politico per eccellenza, che in un paese democratico è il Parlamento. Sul punto non possiamo non ricordare l'insegnamento di Francesco Gentile, che distingueva tra politica intesa come "intelligenza di ciò che conviene, che è opportuno, che è necessario alla convivenza umana"¹⁵ che costituisce la comunità orientandola ai suoi fini propri e l'attività amministrativa che deve perseguire operativamente i fini predeterminati dalla politica ed avvertiva di quello che era il rischio connesso all'equivoco dato dal confondere il governo politico con l'amministrazione, ossia il dispotismo¹⁶. Sviluppando l'insegnamento di Gentile, possiamo quindi avvertire del rischio che il momento con cui si proclama lo stato di emergenza, ossia il momento politico, sia attribuito agli organi che hanno compiti solamente amministrativi ed esecutivi di quel bene comune che l'organo politico avrebbe dovuto individuare e, quindi, auspicare che vi sia una evoluzione normativa in tal senso, con un semplice adeguamento alle indicazioni che provengono dagli altri paesi democratici europei. Per dare una suggestiva espressione a tale auspicio, richiamiamoci all'intervento dell'on. Roberto Lucifero d'Aprigliano all'Assemblea Costituente del 17 ottobre 1947 il quale affermava accorato che "la libertà può essere garantita solo da leggi che non consentano eccezioni perché quando noi vogliamo che l'eccezione entri nel sistema, noi non sappiamo più quando e da chi si potrà porre un limite all'eccezione"¹⁷.

3. Lo stato di emergenza e lo stato di eccezione. Una prima suggestione

La risposta normativa, che abbiamo appena illustrato, relativamente al fatto che è lo Stato, e più precisamente il Governo, a decidere quando ricorra l'emergenza richiama alla memoria l'opera di Carl Schmitt, l'autore che, forse più di altri, ha affrontato in una prospettiva filosofica le questioni che lo stato di emergenza fa sorgere¹⁸.

¹⁵ F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 38

¹⁶ *Ivi*, p. 125

¹⁷ Come anticipato, la discussione in aula ebbe inizio il 16 ottobre 1947 quando, nella seduta pomeridiana, l'Assemblea costituente proseguiva l'esame degli emendamenti agli articoli del Titolo «Il Parlamento» su una bozza che non conteneva alcuna previsione predisposta dalla Commissione competente per il Titolo. Sulla bozza furono presentate però degli emendamenti che portarono la discussione anche in aula. Le sedute sono disponibili all'indirizzo: <http://www.nascitacostituzione.it/03p2/01t1/s2/078/index.htm?art078-012-1.htm&2>.

¹⁸ Sull'argomento dell'emergenza soprattutto nella prospettiva schmittiana utili potranno essere le letture di G. Schwab, *Carl Schmitt: la sfida dell'eccezione*, Laterza, Roma, 1986; M. Croce, A.

Nella sua opera sulla Teologia politica, Carl Schmitt elabora la propria celeberrima rappresentazione del sovrano come di colui “che decide sullo stato di eccezione”¹⁹, come di colui che decide quando ci si trova al cospetto di una situazione eccezionale e, soprattutto, cosa si debba fare per superarla. Lo stato di eccezione viene visto da Schmitt come una sorta di zona d’ombra tra la chiarezza dell’ordine dato dalla legge, dall’ordinamento giuridico e il fatto politico che storicamente si propone, quando la legge non si estende nella sua diretta regolamentazione ma si sospende. “Nell’eccezione, la forza della vita reale rompe la crosta di una meccanica irrigidita nella ripetizione”²⁰ legittimando il sovrano ad intervenire per porre rimedio a questa assenza di legge. Come è stato correttamente precisato²¹, lo stato d’eccezione “non è sussumibile nell’architettura delle norme”, è un’ipotesi inquadrabile in una previsione normativa e che non rientra in categorie generali prestabilite (quale potrebbe essere per esempio lo stato di guerra).

“Nel caso d’eccezione, lo stato sospende il diritto, in virtù, come si dice, di un diritto di autoconservazione” e lo Stato si riconferma come origine del diritto al punto che, dice il filosofo, “l’esistenza dello Stato dimostra qui un’indubbia superiorità sulla validità della norma giuridica”²².

Riguardo allo stato di emergenza è doveroso ricordare anche uno sviluppo del pensiero di Schmitt. Come è stato sottolineato da Agamben²³, la tesi schmittiana si sviluppa in una rappresentazione di due forme diverse di dittature, entrambe annidate nel concetto di eccezione ma distinte da due diversi fini operativi. Da un lato, “la ‘dittatura commissaria’, che ha lo scopo di difendere o restaurare la costituzione vigente, e dall’altro la ‘dittatura sovrana’, nella quale, come figura dell’eccezione, essa raggiunge per così dire la sua massa critica o il suo punto di fusione”.

All’interno del dibattito recente legato all’attuale stato pandemico, Gustavo Zagrebelsky, sviluppando la citata distinzione di Schmitt e adattandola alla situazione contemporanea, distingue tra emergenza ed eccezione.

L’emergenza non è l’eccezione e l’eccezione non è il grado ultimo dell’emergenza. Sono due cose diverse, anche se spesso trattate come se

Salvatore *L’indecisionista: Carl Schmitt oltre l’eccezione*, Quodlibet, Macerata, 2020; G. Agamben, *Stato di eccezione: Homo sacer*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003; C. Meazza, *L’evento esposto come evento d’eccezione: materiali per un pensiero neocritico*, Inschibboleth, Roma, 2014; V. Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1986; A. Benazzo, *L’emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Giappichelli, Torino, 2004.

¹⁹ Schmitt parla a tal proposito di *Ausnahmezustand*, “stato di eccezione” nel suo C. Schmitt, “Teologia politica”, in C. Schmitt (a cura di G. Miglio e P. Schiera), *Le categorie del “politico”*, Il Mulino, Bologna, 1972.

²⁰ *Ivi*, p. 41.

²¹ C. Galli, *Genealogia della politica*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 334.

²² C. Schmitt, *op. cit.*, pp. 39 e ss.

²³ G. Agamben, *op. cit.*, pp. 44 e ss.

fossero una cosa sola. All'emergenza si ricorre per rientrare quanto più presto è possibile nella normalità (salvare i naufraghi, spegnere l'incendio). All'eccezione si ricorre invece per infrangere la regola e imporre un nuovo ordine. Si impone anch'essa in momenti perturbati ma, a differenza dell'emergenza, non mira alla stabilità del vecchio ordine. Tutte le trasformazioni che non si effettuano attraverso traumi come i ribaltamenti e le rivoluzioni passano attraverso fasi intermedie costellate da eccezioni che poi, sommandosi e combinandosi, si consolidano in qualcosa (un regime politico, una situazione sociale) di nuovo. Forse un modo chiaro per sottolineare la differenza tra emergenza ed eccezione è dire così: l'emergenza è conservativa, l'eccezione è rinnovativa (indipendentemente dal fatto che il nuovo sia bene o male, desiderabile o detestabile)²⁴.

I contributi appena ricordati sono certamente utili per cercare di dare una risposta alle domande che sono state in precedenza elaborate ma, per certi versi, le soluzioni proposte, per il momento quanto meno, non paiono essere del tutto soddisfacenti. Da un lato la visione schmittiana non fa altro che confermare la posizione di un rigido formalismo positivistic per cui il sovrano risulta colui che "non dipende altro che dalla sua spada"²⁵, espressione del potere, del tutto privo di limiti sia nel decidere quando ci si trova in uno stato di eccezione sia di come questo stato di eccezione possa essere superato. Ma a questo punto se lo Stato è colui che decide se e quando vi sia uno stato di eccezione, diviene difficile comprendere logicamente e giuridicamente una distinzione tra l'*essere eccezione* e *non essere eccezione*, ed anche tra eccezione e regola, perché entrambe, nella laconica anche se realistica visione del filosofo, trovano il proprio fondamento nella libera volontà del Sovrano e, inoltre, se la volontà è del tutto libera, priva di limite, difficilmente distinguibile dal libero arbitrio.

Per il momento, la lettura data da Zagrebelsky, certamente utile per avvicinare le posizioni del filosofo tedesco ai recenti eventi pandemici, non riesce a dare alle nostre domande una risposta e forse consente di sviluppare ulteriormente i dubbi che sono sorti dall'analisi della situazione contingente. Se "l'emergenza non è l'eccezione e l'eccezione non è il grado ultimo dell'emergenza" e queste sono due cose diverse, perché "l'emergenza è conservativa, l'eccezione è rinnovativa" come è possibile distinguere tra l'una e l'altra anche e soprattutto in considerazione del fatto che entrambe si pongono come *altro dall'ordine* costituito anche se, rispettivamente, l'una per ripristinarlo e l'altra per superarlo? Non solo rimane la difficoltà (e forse l'impossibilità) di distinguere l'una dall'altra e quindi di comprendere se ci troviamo di fronte ad una restaurazione dell'ordine originario o ad una rivoluzione, ma in qualche modo questa riflessione sembra suggerire che per distinguere l'una dall'altra non si deve

²⁴ G. Zagrebelsky, "Coronavirus. Stiamo vivendo in uno "stato d'eccezione o d'emergenza"?", in *La Repubblica*, 29/07/2020 saggio ora in Aa.Vv., *Il mondo dopo la fine del mondo*, Laterza, Bari-Roma, 2020.

²⁵ Cfr. J. Bodin, *Les six livres de la République*, Du Puys, Paris, 1577, I, 9.

guardare al loro operare (e quindi nell'attualità della eccezione o della emergenza), che pare slegato da un presupposto normativo, ma solamente al termine di questo intervento quando si comprenderà se il precedente ordine è ricostituito o superato.

La tesi di Zagrebelsky, inoltre, fa sorgere un ulteriore dubbio. Se non si è in grado di comprendere quando ricorra una situazione di emergenza o una situazione di eccezione e questo sembra essere rimesso alla valutazione dello Stato, del Sovrano, che in una prospettiva schmittiana altro non è che *il più forte* di hobbesiana memoria, valutazione che nell'attualità della normativa italiana è rimessa all'esecutivo, il cittadino ha realmente gli strumenti per capire se siamo in presenza di una emergenza finalizzata alla ricostituzione dell'ordine o ad una rivoluzione interna in cui una parte attraverso la politica emergenziale, trasforma l'emergenza in eccezione per costituire un diverso equilibrio, diverso dall'originario alterato dall'emergenza? Se siamo in presenza di un'opera di ricucitura dell'ordine originario o, viceversa, il tentativo di una parte dello Stato (dell'esecutivo) che vuole proporre un nuovo ordine? *La parte che pretende di essere il tutto?*²⁶.

E questa risposta non la si rinviene nell'opera di Schmitt al punto che lo stesso è costretto ad ammettere che ciò che sia e come si evolva una emergenza non è prevedibile ma inevitabilmente lasciata alla decisione del sovrano in quanto non "si può descrivere, dal punto di vista del contenuto che cosa possa accadere quando realmente si tratta del caso estremo di emergenza e del suo superamento"²⁷.

4. Lo stato di emergenza tra lacune dell'ordinamento giuridico e certezza del diritto

Lo stato di eccezione schmittiano richiama alla mente le questioni teoretiche legate alle c.d. *lacune* dell'ordinamento giuridico. È lo stesso Schmitt, infatti, che definisce, nella sua opera principale, lo stato d'eccezione come "il caso non descritto nell'ordinamento giuridico vigente"²⁸.

Agamben a tal proposito ricorda che:

in analogia col principio secondo cui la legge può essere lacunosa, ma il diritto non ammette lacune, lo stato di necessità viene così interpretato come una lacuna nel diritto pubblico, a cui il potere esecutivo ha l'obbligo di porre

²⁶ La parte che pretende di essere il tutto, questo è il presupposto aporetico da cui muove l'idea dello stato moderno. Riecheggiano in questa sede le parole di Francesco Gentile che definiva lo Stato come il Partigiano Divino F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato*, cit., p. 105.

²⁷ C. Schmitt, *op. cit.*, p. 34.

²⁸ *Ibidem*.

rimedio. Un principio che riguarda il potere giudiziario viene esteso in questo modo al potere esecutivo²⁹.

Al tema delle lacune sono stati dedicati numerosi ed autorevoli contributi³⁰, che hanno condotto a vari differenti approdi e diverse risposte e che hanno trovato

²⁹ G. Agamben, *op. cit.*, p. 42.

³⁰ H. Kelsen, *General Theory of Law and State* (1945), *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it. a cura di S. Cotta e G. Treves, Edizioni di Comunità, Milano, 1952, pp. 149-151; N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino 1960, cap. III; H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), *La dottrina pura del diritto*, trad. it. a cura di M.G. Losano, Einaudi, Torino, 1966, pp. 276-281; A.G. Conte, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, P. Boringhieri, Torino, 1962; G.H. Wright von, *Norm and Action*, London (1963), *Norma e azione: un'analisi logica*, trad. it. a cura di A. Emiliani, Il Mulino, Bologna, 1989; C. Perelman (a cura di), *Le problème des lacunes en droit*, Émile Bruylant, Bruxelles, 1968; A.G. Conte, "Completezza e chiusura" (1968), in A.G. Conte, *Nove studi sul linguaggio normativo* (1967-1978), Giappichelli, Torino 1985, pp. 15-37; J. Raz, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986; G.R. Carrió, *Principios Jurídicos y positivismo jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971; C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1975; R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1977; H.L.A. Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons", in H.L.A. Hart, *Essays on Bentham, Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon, Oxford, 1982, pp. 243-268; J.L. Coleman, "Negative and Positive Positivism", in *Journal of Legal Studies*, 11 (1982), pp. 139-162; E. Bulygin, "Legal Dogmatics and the Systematization of Law" (1983), trad. it. "Dogmatica giuridica e sistematizzazione del diritto", in E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, Giappichelli, Torino 1995; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989; C. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1990; P. Chiassoni, "L'interpretazione della legge: normativismo semiotico, scetticismo, giochi interpretativi", in Aa.Vv., *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, Saggi teorico-giuridici, Giuffrè, Milano, 1990; C.E. Alchourrón, E. Bulygin, "Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico", in C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, Cec, Madrid, 1991, pp. 315-316; T. Mazzarese, "'Norm Proposition': Epistemic and Semantic Queries", in *Rechtstheorie*, 22 (1991), pp. 39-70; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992; R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993; R. Guastini, "Note sulle lacune nell'ordinamento italiano", in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto, 1993. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 76-78; R. Guastini, "Lacuna", in A. Belvedere, R. Guastini, P. Zatti, V. Zeno Zencovich (a cura di G. Iudica e P. Zatti), *Glossario del Trattato diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 262-263; W.J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford 1994; J.J. Moreso, P. Navarro, "Applicabilità ed efficacia delle norme giuridiche", in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 15-36; R. Guastini, *Distinguendo. Studi teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Torino 1996, pp. 165-172 e 173-191; J.J. Moreso, *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*, Kluwer, Dordrecht, 1998, pp. 105-115; S. Pozzolo, "Riflessioni su 'inclusive e soft positivism'", in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto*, cit., pp. 229-242; F. Atria, "Legal Reasoning and Legal Theory Revisited", in *Law and Philosophy*, 18 (1999), pp. 537-577; G. Pino, "The Place of Legal Positivism in Contemporary Constitutional States", in *Law and Philosophy*, 18 (1999), pp. 513-536; M. Kramer, *In Defense of Legal Positivism. Law without Trimmings*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 152-161; U. Vincenti, "Intorno alla distinzione tra sistemi giuridici aperti e chiusi", in *Giurisprudenza Italiana*, 2000, pp. 1775-1776; W. Waluchow,

ampio sviluppo soprattutto verso la fine dell'Ottocento³¹. Non è questa la sede per approfondire il tema dalle radici storiche molto profonde, cosa che ci porterebbe forse troppo lontano. Il richiamo però è doveroso perché in qualche modo l'analisi delle tesi del filosofo tedesco indubbiamente ci porta a considerare e a soffermarci sulla particolare contingenza non solo di fatto ma soprattutto giuridica. L'eccezione (e quindi l'emergenza) ha come presupposto proprio il riconoscimento preliminare da parte dell'ordinamento giuridico della sua limitatezza e della sua contingente incapacità di dare una soluzione autenticamente positiva (nel senso di *positum*) alle singolarità e non ordinarietà dei casi emergenziali. L'ordinamento giuridico deve riconoscere i propri limiti e rimediare alle lacune evidenziate dallo stato di emergenza e alle urgenze da questo emerse. Ma questo rischia di minare i fondamenti della visione del diritto elaborata dalla scienza giuridica e politica moderna per cui l'ordinamento giuridico è completo e non richiede integrazione alcuna e proprio per questo il Sovrano è in grado di garantire la certezza del diritto.

Partendo da questa visione (positivistica) della legge e dei relativi presupposti metodologici, possiamo infatti individuare tre corollari sempre connessi a questa visione del diritto.

In primis, come detto, l'idea della completezza dell'ordinamento, completezza che sarebbe garantita dalla sola legge scritta di produzione statale. Proprio perché l'inesistenza della regolamentazione della legge lascia lo spazio al disordine e all'anarchia e questo segnerebbe irrimediabilmente la sconfitta dello Stato moderno, il cui compito principale (se non esclusivo) è proprio quello di garantire l'ordine attraverso l'emanazione di regole di condotta, i suoi teorici devono sostenere la completezza e la non eterointegrabilità dell'ordinamento giuridico statale³².

Inoltre, tale concezione statistica della legislazione ha come inevitabile e fisiologico corollario l'*ipertrofia* normativa. Proprio perché la legge è lo strumento che porta ordine, diviene necessario per il legislatore legiferare continuamente e su tutto al fine di imbrigliare "virtualmente" la realtà e le

"Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism", in *Legal Theory*, 6 (2000), pp. 45-81.

³¹ Per le indicate e per ulteriori indicazioni bibliografiche si consiglia di consultare le bibliografie apposte alle voci enciclopediche: N. Bobbio, voce "Lacune del diritto", in *Novissimo Digesto Italiano*, IX, Torino, UTET, 1963, pp. 419-424; M. Corsale, voce "Lacune dell'ordinamento", in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 257-271; F. Modugno, voce "Antinomie e lacune", in *Enciclopedia giuridica*, II, Roma, Treccani, 1988, pp. 1-5; R. Guastini, voce "Lacune del diritto", in *Digesto delle discipline civilistiche*, X, Torino, UTET, 1993, pp. 269-278.

³² A tal proposito sarà utile rileggere alcuni passi di Hobbes il quale, dovendo spiegare l'esistenza di fonti diverse da quelle scritte e di provenienza statale (usi e consuetudini) ma non potendo certo ammettere la possibilità di una loro autonoma esistenza, le riconduce alla volontà del sovrano che, tacitamente, le ha ammesse. Il silenzio del sovrano, così, diviene comunque fonte della detta consuetudine, proprio perché la consente e non la regola diversamente.

relazioni intersoggettive giuridicamente rilevanti. Dove non c'è legge, non c'è ordine, dove non c'è ordine c'è *disordine* ossia la riemersione del caotico e anarchico stato di natura. Circostanza metodologicamente inaccettabile perché si pone come l'originaria negazione dello Stato di diritto stesso³³.

Infine, conseguenza dei due caratteri appena illustrati e obiettivo primario che una visione positivistica del diritto si pone, ossia quello della certezza del diritto³⁴. Se il Sovrano è in grado di legiferare su tutto, e riesce a realizzarsi come il *faber* dell'ordine sociale, questo si ha perché la sua opera, cancellando il disordine, porta alla certezza del diritto e delle relazioni intersoggettive da questo regolate. Potremmo dire, usando le parole di Hobbes, che per il positivismo giuridico questa sarebbe la chiave della pace sociale:

Se infatti la ragione delle azioni umane fosse conosciuta con la stessa certezza con cui conosciamo la ragione delle grandezze nelle figure, l'ambizione e l'avidità, la cui potenza si sostiene di false opinioni del volgo circa il diritto e il torto, sarebbero disarmate, e la gente umana godrebbe di una pace tanto costante, che non sembra si dovrebbe più combattere³⁵.

La certezza del diritto come garanzia della pace sociale o, più realisticamente, della pace sociale conseguente al controllo sociale³⁶.

³³ Sulle problematiche attinenti alla produzione normativa e ai limiti della stessa si veda V. Piergigli, *Le regole della produzione normativa*, Giappichelli, Torino 2012; A. Pizzorusso, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Giappichelli, Torino 2008; S. Colloca, *Il problema dei limiti alla produzione normativa*, Cedam, Padova, 2012; A. Artosi, G. Bongiovanni, S. Vida (a cura di), *Problemi della produzione e dell'attuazione normativa*, Gedit, Bologna, 2001.

³⁴ Numerose le opere sull'argomento. Tra queste si ricorda M. Corsale (a cura di G. Astuti), *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, Giuffrè, Milano, 1979; F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1968; C. Luzzati, *L'interprete e il legislatore: saggio sulla certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1999; E. Savarese, *Certezza del diritto e diritto internazionale: coerenza e identità tra fonti e argomentazione*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2018; C. Camardi, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Giappichelli, Torino 2017; N. Bobbio, *La certezza del diritto è un mito?*, Bocca, Milano, 1951; G. Gometz, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, G. Giappichelli, 2005; G. Gerin, *Riflessioni su la crisi delle istituzioni: l'incertezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1979; G. Leite Gonçalves, *Il rifugio delle aspettative: saggio sulla certezza del diritto*, Rovato Pensa multimedia, Lecce, 2013; S. Berteà, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2002; Q. Camerlengo, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002; G. Alpa, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Editoriale scientifica, Napoli, 2006; N. Canzian, *La reviviscenza delle norme nella crisi della certezza del diritto*, Giappichelli, Torino 2017; B. Leoni, *La libertà e la legge*, Liberilibri, Macerata, 1995; A. Baratta, *Natura del fatto e giustizia materiale: certezza e verità nel diritto*, Giuffrè, Milano, 1968; E. Diciotti, *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Giappichelli, Torino, 1999. Ci sia consentito il richiamo a J. Frank, *Courts on Trial, Myth and Reality in American Justice*, Princeton University Press, Princeton, 1949, trad. it. parziale nel nostro *Itinerari contemporanei del diritto soggettivo*, Cedam, Padova, 2011, pp. 246-247.

³⁵ T. Hobbes, *De Cive*, trad. a cura di T. Magri, Editori Riuniti, Roma, 1979, pp. 65-66

³⁶ Lo strumento principale per dare garanzia e sicurezza ai consociati è proprio il diritto, che viene ad essere inteso come una tecnica di controllo sociale, mirante ad ottenere una determinata

Ma cosa si deve intendere e come si caratterizza da un punto di vista giuridico il principio della certezza del diritto in una visione positivistica?

La certezza del diritto è al tempo stesso obiettivo e presupposto del diritto, “elemento costitutivo del fenomeno giuridico, sua caratteristica, suo valore specifico” che si rinviene nella esigenza di “sottrarre le vicende umane all’instabilità e all’insicurezza”³⁷. L’idea di certezza del diritto diviene il risultato e al tempo stesso l’elemento unificante di diversi elementi di articolazione del diritto positivo individuabile di volta in volta in vari obiettivi intermedi che garantiscono la certezza. Prima fra tutte la conoscibilità delle disposizioni di legge, ossia la possibilità di garantire ad un cittadino di conoscere le regole a cui deve conformare la propria condotta, *prius* logico per poterne pretendere l’osservanza e, in mancanza di questa, comminare la sanzione.

Ma la certezza involve anche altri aspetti più legati alla produzione legislativa, ossia la necessaria chiarezza ed univocità del linguaggio legislativo e del conseguente significato delle qualificazioni giuridiche³⁸, la fissità nel tempo della regolamentazione giuridica, in quanto la sua permanenza nel tempo ne favorisce la conoscenza e il conseguente rispetto.

Da questo ne derivano altre conseguenze, tutte connesse all’idea di certezza, e che riguardano il modo con cui il diritto influisce sui consociati e sul loro approccio alla regola ossia la possibilità di individuare anticipatamente (con precisione o, comunque, con una alta probabilità) quali sono le conseguenze giuridiche delle azioni dei consociati, in modo da poter prevedere se la propria condotta sia volutamente rispettosa o volutamente irrispettosa del dettame legislativo. Ma, quanto detto, inevitabilmente deve avere dei precipitati anche nel momento applicativo del diritto, in quanto una applicazione arbitraria del diritto farebbe venir meno il valore degli altri aspetti appena illustrati, rendendoli *flatus voci*. Quindi la certezza del diritto impone la previsione normativa di istituti e principi che individuino i limiti dell’esercizio legale del potere in una previsione che si deve porre temporalmente *ex ante* rispetto alla materia poi regolata, per poi individuare in via preventiva la misura del possibile intervento degli organi

condotta del singolo, che si attua attraverso la previsione (e l’irrogazione) di una sanzione in caso di inosservanza del comando del sovrano, strumento che permette di neutralizzare i conflitti dello stato di natura e di garantire la sicurezza all’uomo attraverso la legge.

³⁷ B. Pastore, voce “Certezza B) Aspetto giuridico” in *Enciclopedia Filosofica*, Bompiani, Milano, Vol. 3 p. 1814.

³⁸ Per una analisi delle questioni relative alla chiarezza del linguaggio legislativo si veda F. Ramacci, *Introduzione all’analisi del linguaggio legislativo penale*, Giuffrè, Milano, 1970; M. Aini, *Le parole e il tempo della legge: miscellanea di studi e materiali*, Giappichelli, Torino 1996; M. Marchesiello (a cura di A. Mariani Marini), *Il linguaggio della legge in Lingua e diritto: scritto e parlato nelle professioni legali*, Pisa University Press, Pisa, 2013, p. 133-148; L. Pegoraro, *Linguaggio e certezza della legge: nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988; M. Aini, *La legge oscura: come e perché non funziona*, Laterza, Roma, 1997; G. Lazzaro, *Entropia della legge*, Giappichelli, Torino 1985.

deputati all'applicazione³⁹, ponendo però, sempre normativamente, i presupposti perché i processi decisionali di chi applica esecutivamente la norma o in sede processuale siano motivati e, per questo, valutabili oltre che prevedibili⁴⁰.

5. Il positivismo alla prova dello stato di emergenza pandemico e la completezza dell'ordinamento giuridico

Come abbiamo avuto modo di precisare in precedenza, lo stato di emergenza è stato dichiarato con Delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020 e, al momento in cui scriviamo, è ancora in essere. Proviamo a verificare, senza presunzione di precisione e completezza, quali e quanti atti di natura normativa sono stati emanati dagli organi legislativi e di governo nel corso del primo anno. Il nostro sarà un *excursus* inevitabilmente di carattere generale e generalizzante in

³⁹ Sul punto interessante la riflessione di J. Frank secondo il quale il fatto, intendendosi per esso il fatto storico "reale", sfugge alla ricostruzione processuale, di per sé vittima di una serie di variabili che ne impediscono una corretta rappresentazione. Cfr. J. Frank, *Courts on Trial*, cit., pp. 233-254 e ss. Jerome Frank è certamente uno dei più originali autori del realismo americano. È stato definito come *l'enfante terrible* del realismo americano (cfr. Julius Paul nella sua attenta analisi J. Paul, *The legal realism of Jerome Frank*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1959, p. 26). Tra le opere tradotte del filosofo americano, si veda J. Frank, *Law and the Modern Mind*, Bretano's, New York, 1930, trad. it. parziale in S. Castignone (a cura di) *Il realismo giuridico scandinavo e americano. Antologia di scritti giuridici*, Il Mulino, Bologna, 1981; J. Frank, "Say it with Music", in *Harvard Law Review*, 1948, pp. 921-957 trad. it. parziale in M. Ripoli (a cura di), "Dirlo con la musica", in S. Castignone, C. Faralli e M. Ripoli (a cura di), *Il Diritto come profezia. Il realismo americano: antologia di scritti*, Il Mulino, Bologna, 1981. Per i contributi non tradotti si devono ricordare: "Are Judges Human?", in *University of Pennsylvania Law Review*, 1931, pp. 17-53 e 223-267; "What Courts do in Fact", in *Illinois Law Review*, 1932, pp. 645-784; "Mr. Justice Holmes and Non-Euclidean Legal Thinking", in *Cornell Law Quarterly*, 1932, pp. 568-603; *If Men were Angels*, Harper and Brothers, New York, 1942. Per quanto riguarda la bibliografia su Frank tra gli altri si ricorda N. Bobbio, "La certezza del diritto è un mito?", in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1952, pp. 146-152; G. Tarello, "A proposito di un libro del Frank", in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1957, pp. 464-467; J. Paul, *The Legal Realism of Jerome N. Frank: a Study of Fact-Skepticism and the judicial Process*, Green Leon, den Haag, 1959; K. Llewellyn, M.J. Adler, W. Wheeler Cook, "Law and a Modern Mind. A Symposium", in Aa.Vv., *Essays in Jurisprudence from the Columbia Law Review*, Columbia University Press, New York and London, 1963, pp. 344-389; B. Ackerman, "Law and the Modern Mind by Jerome Frank", in *Daedalus*, 1974, pp. 119 e ss. Per le tematiche relative alla valutazione e prevedibilità del giudizio si rimanda alla completa opera di raccolta degli scritti del realismo americano in S. Castignone, C. Faralli, M. Ripoli (a cura di), *Il diritto come profezia. Il realismo americano: antologia di scritti*, Giappichelli, Torino 2002 e S. Castignone (a cura di), *Il realismo giuridico scandinavo e americano. Antologia di scritti giuridici*, Il Mulino, Bologna, 1981.

⁴⁰ B. Pastore, voce "Certezza B) Aspetto giuridico", cit., p. 1814. Relativamente alle questioni attinenti alla prevedibilità e al possibile controllo della decisione si veda l'interessante il contributo di M. Cossutta, "Meccanizzare il giudizio per conseguire certezza del diritto. Considerazioni intorno alla possibilità di percorrere tale itinerario", in *L'Ircocervo*, 1 (2002) e, il più recente, M. Cossutta, *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulla critica della concezione meccanicistica dell'attività interpretativa*, EUT Edizioni, Trieste, 2011.

quanto, come vedremo, gli interventi normativi oltre ad essere molto numerosi provengono da una pluralità di numerose fonti diverse, motivo per cui anche la semplice raccolta numerica degli atti non è semplice.

Se guardiamo agli atti di natura governativa troviamo Decreti del Consiglio dei Ministri, Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, Decreti Ministeriali dei vari Ministeri (Salute, Economia, Sviluppi Economico e Giustizia principalmente), Decreti del Dipartimento della Protezione Civile, Decreti del Commissario Straordinario per un totale di 331 atti normativi. Se a questi aggiungiamo le singole circolari interpretative e applicative giungiamo a circa 528 atti normativi di origine statale⁴¹.

Va anche detto però che in questa materia vi sono anche atti emanati dalle singole Regioni e da organi della Regione che in parte integrano e in parte sostituiscono i provvedimenti statali. Solo per fare un esempio, se contiamo gli interventi di natura normativa della Regione Veneto (Leggi ma anche Decreti della Giunta Regionale, Ordinanze del Presidente e Decreti dei Direttori di Direzioni, Delibere di Giunta principalmente) individuiamo oltre 518 atti normativi.

Semplificando, possiamo dire che nel primo anno della pandemia sono stati emanati più di mille provvedimenti normativi, provvedimenti provenienti da fonti diverse, anche di grado diverso, con frequenti reciproci richiami interni, ontenenti anche alcuni errori⁴² con inevitabili difficoltà interpretative e antinomie⁴³.

⁴¹ In questa selva di produzione normativa inevitabile e frequente l'esigenza di metter ordine. Si veda a proposito la sentita necessità di pubblicare il testo coordinato di precedenti atti normativi come nel caso de Testo Coordinato del Decreto Legge 19 maggio 2020, n. 34 *Ripubblicazione del testo* del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, coordinato con la legge di conversione 17 luglio 2020, n. 77, recante: «Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19». (Testo coordinato pubblicato nel S.O. n. 25/L alla Gazzetta Ufficiale n. 180 del 18 luglio 2020) il cui preambolo emblematicamente recita "Si procede alla ripubblicazione del testo del decreto-legge citato in epigrafe corredato delle relative note, ai sensi dell'articolo 8, comma 3, del regolamento di esecuzione del testo unico delle disposizioni sulla promulgazione delle leggi, sull'emanazione dei decreti del Presidente della Repubblica e sulle pubblicazioni ufficiali della Repubblica italiana, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 14 marzo 1986, n. 217. Resta invariato il valore e l'efficacia dell'atto legislativo qui trascritto".

⁴² Singolare che nella normativa statale e regionale si comincia a trovare delle disposizioni il cui titolo emblematico è "errata corrige". Vedi a tal proposito Decreto-legge 10 maggio 2020, n. 29 Misure urgenti in materia di detenzione domiciliare o differimento dell'esecuzione della pena, nonché in materia di sostituzione della custodia cautelare in carcere con la misura degli arresti domiciliari, per motivi connessi all'emergenza sanitaria da COVID-19, in *Gazz. Uff. Serie Generale*, 10 maggio 2020, n.119 - Comunicato *errata corrige*, in *Gazz. Uff. Serie Generale*, 14 maggio 2020, n.123.

Per quanto riguarda la Regione Veneto, per esempio, si veda *Avviso di rettifica*. Comunicato relativo all'ordinanza del Presidente della Giunta regionale n. 59 del 13 giugno 2020 "Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da virus COVID-19. Ulteriori disposizioni.", in *Bollettino ufficiale*, 13 giugno 2020, n. 88.

Di fronte a questa autentica “*selva normativa*” i commenti e le valutazioni possono essere le più varie ed hanno ingenerato diverse e differenti reazioni. In questa sede, però, ci si vuole soffermare a valutare se e in che misura tale intervento è riconducibile e quindi attribuibile ad una visione positivistica del diritto, secondo i canoni che abbiamo indicato in precedenza.

Tale intervento appare avere tutte le caratteristiche innanzi accennate. Sicuramente la reazione del nostro ordinamento all'emergenza si caratterizza come espressione della volontà di confermare la completezza dell'ordinamento giuridico, di regolamentazione anche laddove l'eccezione emergenziale delinea un fatto politico impreveduto e, anche per questo, non regolato da alcuna norma. Proprio perché dove non c'è diritto non c'è Stato, e dove non c'è diritto si torna all'originario stato di natura con conseguente negazione dello Stato di diritto stesso, lo strumento primo che l'ordinamento usa per rivendicare la propria esistenza, il valore imprescindibile della propria esistenza è proprio garantire la completezza dell'ordinamento giuridico, intervenendo a colmare le lacune che si evidenziano nel periodo emergenziale. Come sottolinea Agamben, “lo stato di necessità viene così interpretato come una lacuna nel diritto pubblico, a cui il potere esecutivo ha l'obbligo di porre rimedio”⁴³. Ha l'*obbligo* di porre rimedio.

In una visione positivistica del diritto la prima reazione all'emergenza è al vuoto normativo che questa evidenza è proprio quella di colmare il vuoto con la produzione normativa, con la creazione di regole che vengano a disciplinare anche ciò che le norme esistenti non erano state in grado di prevedere e quindi di regolamentare *ex ante*.

E visto l'enorme numero di atti normativi emanati in questo periodo (come detto più di un migliaio in poco più di un anno) dobbiamo riconoscere che anche il secondo corollario della visione positivistica del diritto, l'ipertrofia normativa, ricorre nel caso di specie. Nel momento in cui lo stato sovrano vuole ribadire sé stesso, intervenendo a colmare le lacune che l'emergenza ha determinato, è carattere proprio di questa impostazione quella di legiferare e dover legiferare su tutto non potendo dare la possibilità di riconoscere un limite della propria opera e non potendo rischiare di lasciare a terzi (organi esecutivi o interpreti giudiziali) la

⁴³ Si richiama, a titolo di esempio, la sovrapposizione normativa creatasi in riferimento all'attività sportiva e motoria durante il *lockdown*. Sussisteva all'epoca una antinomia, dovuta alla sovrapposizione tra la normativa statale e regionale. Da un lato l'Ordinanza del Ministero della Sanità del 20 marzo 2020 che nell'articolo 1 prescriveva: “b) (...) resta consentito svolgere individualmente attività motoria in prossimità della propria abitazione, purché comunque nel rispetto della distanza di almeno un metro da ogni altra persona”; dall'altro però varie normative regionali che introducevano termini diversi. Ad esempio, in Veneto vi era l'Ordinanza del Presidente della Giunta Regionale del 20 marzo 2020 n. 33 che introduceva un limite fisico non previsto dalla normativa nazionale e al punto 3 prevedeva: “3) (...) Nel caso in cui la motivazione degli spostamenti suddetti sia l'attività motoria (...), la persona è obbligata a rimanere nelle immediate vicinanze della residenza o dimora e comunque a distanza non superiore a 200 metri, con obbligo di documentazione agli organi di controllo del luogo di residenza o dimora”.

⁴⁴ G. Agamben, *op. cit.*, cit., p. 42.

possibilità di integrare quei dettami. L'opera normativa diviene inevitabilmente una affannosa e affannata rincorsa a coprire con una previsione normativa ogni possibile fatto che appaia, prima vista, privo di regolamentazione. E questa rincorsa porta inevitabilmente a perdere la sensibilità per distinguere l'ambito nel quale una regola è necessaria e l'ambito nella quale la regola è superflua e rischia anche di essere sentita dai consociati come illegittima repressione di propri diritti fondamentali e, comunque, irrispettoso disconoscimento della propria capacità di autoregolamentazione e autodisciplina⁴⁵.

Riteniamo che si debba riconoscere che questo carattere è proprio della normativa del periodo emergenziale e si evidenzia soprattutto nella profondità parossistica di alcune regole imposte che scendono a disciplinare i più naturali ed elementari momenti della vita personale e familiare. Basti, solo a titolo di esempio, la ripetuta rinnovata previsione legislativa che disciplina il numero di persone che è consentito ospitare nella propria abitazione durante il *lockdown*, il numero di visite giornaliere e le distanze percorribili a tal fine o i decreti che contengono la *forte raccomandazione* di evitare di ricevere in casa più di sei tra amici e familiari non conviventi⁴⁶.

6. La normativa dello stato di emergenza pandemico come paradigma delle contraddizioni della visione positivista del diritto. L'(in)certeza del diritto

Abbiamo quindi detto che la normativa del periodo emergenziale esprime in maniera chiara l'impostazione positivista del diritto, in quanto il legislatore, preso atto delle lacune che lo stato di emergenza evidenzia, pone in essere una indefessa opera di produzione normativa al fine di rendere realmente completo l'ordinamento giuridico, incorrendo nell'errore precipuo delle posizioni geometriche, ossia nella ipertrofia.

⁴⁵ Conseguenza anch'essa in qualche modo teoreticamente spiegabile (e sul punto torneremo anche in seguito) in quanto una visione positivista del diritto parte dal presupposto inconfessato ma implicito nelle premesse dell'atomicità del singolo. Se ritengo che sia necessario intervenire con una previsione di legge a regolare tutto perché, laddove non vi è legge non vi è ordine ma disordine, sto implicitamente affermando che laddove non vi sia ordine l'uomo non è in grado di orientarsi in assenza di leggi e di autoregolamentarsi ossia sia privo di quel senso del dovere che gli consente di orientarsi nella pacifica e condivisa convivenza, di convivere con gli altri, non sia quell'animale politico e razionale di aristotelica memoria. Cfr. Aristotele, *Politica*, 1253a 9-10.

⁴⁶ Ci si riferisce al DPCM 13 ottobre 2020 che ha regolato la possibilità di visite (anche poi nel periodo natalizio) e le feste private prevedendo all'art. 1 lett. n) "Con riguardo alle abitazioni private, è fortemente raccomandato di evitare feste, nonché di evitare di ricevere persone non conviventi di numero superiore a sei". La questione è stata periodicamente ripresa e, in particolare, per il periodo pasquale con D.L. 13 marzo 2021 n. 30.

Possiamo però certamente anche dire che proprio il periodo emergenziale mette in evidenza le contraddizioni della visione positivistica del diritto, elaborata dalla scienza politica e giuridica moderna.

Tale visione veicola l'idea che sia assolutamente necessario prevedere e regolamentare tutto e su tutto, pena cadere nell'anarchia; solo se il legislatore prevede e regola tutto e su tutto si è in grado di garantire l'ordine sociale. Nasce così la necessità teoretica di dover sostenere (e dimostrare) che l'ordinamento giuridico è completo, ossia non lacunoso, proprio per questo in grado di dare soluzione a tutti i conflitti che vedono la loro naturale e quotidiana nascita nella realtà e, per l'effetto, in grado di cacciare definitivamente le paure dello stato di natura.

È persino banale eccepire che è inconcepibile una completezza assoluta del sistema legislativo in quanto la codificazione, in particolare, e l'attività legislativa, in generale, sono inevitabilmente limitate; cristallizzano una realtà, ma nell'esatto momento in cui lo fanno, risultano insufficienti rispetto al naturale evolversi della vita quotidiana, che propone situazioni sempre nuove e quindi non previste dalle regole codificate.

La legge è destinata, quindi, ad inseguire una realtà che non riuscirà a raggiungere mai⁴⁷ e questa considerazione ha ancor più valore ed evidenza proprio nel periodo emergenziale che, per definizione, è un improvviso sorgere di situazioni eccezionali e impreviste.

La situazione che stiamo vivendo in questo periodo evoca alla memoria un momento storico, durante il quale prese vita una scuola filosofica le cui tesi, a ben guardare, si dimostrano di perfetta attualità in questo periodo emergenziale.

In aperto contrasto e ideologica antitesi con il positivismo giuridico, infatti, la Scuola del Diritto Libero⁴⁸, movimento filosofico di fine Ottocento, negava

⁴⁷ Per questo si suol dire che i codici nascono "già vecchi", nel senso che, pur essendo completi nell'intenzione del legislatore, una volta posti in essere, risultano subito insufficientemente a ricomprendervi la poliedrica vita umana. A questo proposito si può ricordare cosa successe durante la Rivoluzione francese, che, proprio per i repentini cambiamenti politici e sociali, che esprimevano esigenze diverse e necessitavano, di conseguenza, diverse regolamentazioni, espressioni di diversi principi ispiratori, ci può fornire un esempio chiaro, anche se limite, di quanto siamo venuti appena a dire. A partire dal 1793, per i quattro anni successivi, infatti, furono commissionati al noto giurista francese Jean-Jacques-Régis de Cambacérès ben tre progetti di codice civile, i quali, però, una volta portati a compimento, con la stesura definitiva (o quasi), pur seguendo le direttive politiche del tempo, non furono mai approvati proprio per il repentino modificarsi delle stesse. In questo caso non il codice ma addirittura il suo progetto risultava già vecchio per i continui rivolgimenti politici rivoluzionari.

⁴⁸ Per una attenta analisi delle tematiche trattate, si rinvia a G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. Ottocento e Novecento*, Laterza, Roma Bari, 2006, pp. 188 e ss. e alla raccolta A. Tanzi (a cura di), *L'antiformalismo giuridico: un percorso antologico*, Cortina Raffello, Milano, 1999. Inoltre A. Febbrajo, "E. Ehrlich: dal diritto libero al diritto vivente", in *Sociologia del diritto*, 1982, pp. 137-159; A. Tanzi, *Francois Geny tra scienza del diritto e giurisprudenza*, Giappichelli, Torino 1990; A. Tanzi, *Francois Geny e la scienza giuridica del Novecento*, numero monografico in *I quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Giuffrè, Milano, 1991; A.

l'esistenza di un ordinamento legislativo completo, partendo dalla constatazione che, in qualsiasi ordinamento giuridico, per quanto questo si voglia porre come completo, permane sempre uno spazio vuoto che deve essere colmato ad opera del giurista⁴⁹.

Questa consapevolezza aveva, all'epoca, un immediato fondamento storico, che, per certi aspetti è avvicinabile a quello pandemico. All'epoca, infatti, lo sviluppo vertiginoso dell'economia che aveva caratterizzato la fine del secolo, aveva portato a una rapida evoluzione delle strutture sociali, rendendo ancor più evidente lo iato esistente tra la legislazione esistente e la mutata (e mutevole) realtà quotidiana.

La Scuola partiva proprio da questa constatazione, ossia che i mutamenti della realtà portavano inevitabilmente a una congenita incompletezza di qualsiasi legislazione. Non poteva esistere un ordinamento legislativo che fosse in grado di carpire l'evoluzione della vita sociale e, per un certo tempo, cristallizzarla in una previsione normativa⁵⁰.

Le tesi di questo movimento filosofico si appalesano di grande attualità e trovano, nel momento storico emergenziale, conferma⁵¹ proprio perché

Carrino, *Sovranità e Costituzione nella crisi dello stato moderno. Figure e momenti della scienza del diritto pubblico europeo*, Giappichelli, Torino 1998.

⁴⁹ Numerosi sono i filosofi sostenitori delle idee del ricordato movimento. Gli autori che maggiormente hanno caratterizzato il movimento, introducendo idee e prospettive di particolare spessore rivoluzionario o, comunque, innovativo furono certamente Oskar Bülow, Eugen Ehrlich, ed Hermann Kantorowicz. Di Oskar Bülow è il caso di ricordare tra le varie l'opera più significativa O. Bülow von, *Gesetz und Richteramt*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1885. Il testo è stato tradotto in "La legge e l'Ufficio del Giudice", in *Quaderni Fiorentini*, 2002, con traduzione e postfazione di Paolo Pasqualucci. Di Ehrlich ricordiamo E. Ehrlich, *Das zwingende und nicht zwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch*, G. Fischer, Jena, 1899 e E. Ehrlich "Über Lücken im Rechte", in *Juristische Blätter*, 1888. Di Kantorowicz una delle opere che fece maggior scalpore all'epoca fu certamente H. Kantorowicz, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Carl Winter, Heidelberg, 1906, *La lotta per la scienza del diritto*, trad. it. a cura di R. Majetti, R. Sandron, Milano-Palermo-Napoli, 1908. Si veda inoltre H. Kantorowicz, *Kaiser Friedrich der Zweite*, Klett-Cotta Verlag, Stuttgart, 1927 ora tradotto in italiano a cura di G. Pilone Colombo, *Federico II imperatore*, Garzanti, Milano, 2000. La Scuola ebbe adepti anche in altri paesi d'Europa, tra gli altri, M. Dessertaux, "A quel critère peut-on reconnaître le cas d'application de la libre recherche scientifique", in *Recueil d'études en l'honneur de Fr. Geny*, vol. II, Librairie du Recueil Sirey, Parigi, 1934; P.S. Migliori, "Tendenze verso il diritto libero nella letteratura giuridica odierna", in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1932, pp. 95-100.

⁵⁰ Per colmare le lacune dell'ordinamento, accanto al diritto statuale emergeva, in quanto ad ogni modo preesisteva a questo ed aveva pari dignità e valore, il diritto libero (il c.d. *freies recht*) quotidianamente prodotto dalla evoluzione della società, dalle numerose, ma attente alle mutate esigenze dei consociati, sentenze dei giudici e dalla realtà della scienza giuridica, in ogni caso in modo indipendente rispetto al diritto statuale.

⁵¹ La mancanza di previsione normativa è elemento presente e connaturato al modo stesso di essere della legge, per natura incompleta ed impossibilitata a prevedere tutte le ipotesi che la poliedrica vita quotidiana propone nella sua evoluzione storica. Anzi, volendo forse essere più radicali, possiamo recuperare l'insegnamento di Ascarelli secondo il quale la lacuna è implicita nella stessa

l'evoluzione storica in questo frangente acquista i caratteri della repentinità ed eccezionalità. E nello stato emergenziale risulta evidente che il principio di completezza dell'ordinamento giuridico è un'illusione, eternamente inseguita ma mai realmente raggiunta. Anzi, nel periodo dell'emergenza, è il Sovrano stesso che deve riconoscere che l'emergenza è assenza di regola, è l'eccezione (non prevista perché imprevedibile) alla regola. È quella terra di nessuno che si erge improvvisa nella quotidianità ponendo in primo piano un fatto politico privo di regolamentazione.

All'evidenziato iato tra la realtà normativa e lo stato di emergenza, il positivismo vuole reagire con una produzione normativa che rappresenta emblematicamente quello che abbiamo visto essere il secondo corollario del positivismo giuridico, l'ipertrofia normativa. Come detto il Sovrano, per confermare la propria assoluta unicità e il proprio illimitato potere di controllo sui consociati è teoreticamente costretto a rinnegare la lacunosità dell'ordinamento giuridico ed operare in maniera indefessa per produrre norme giuridiche, regole, ordine. Dove c'è ordine c'è controllo sociale e lo Stato, in tal modo, si conferma e giustifica. Dove non c'è diritto, c'è disordine e anarchia, lo stato di natura ossia la negazione del Sovrano. Quindi è inevitabile conseguenza che il Sovrano deve legiferare su tutto per portare l'ordine.

Ma questa volontà normativa si realizza in una produzione ipertrofica che – in ultima analisi – contraddice invece i propri presupposti e proprio le finalità che voleva in realtà perseguire.

Venendo al periodo emergenziale, infatti, quanto appena illustrato trova evidente conferma anche dalla semplice lettura di molte delle norme emanate in questo periodo. Abbiamo ricordato in precedenza, la ripetuta previsione legislativa che disciplina il numero di persone che è consentito ospitare nella propria abitazione durante il *lockdown*. Secondo l'art. 1 del citato decreto⁵² (ripreso poi anche in seguito) le visite in casa di amici, parenti e congiunti non conviventi non sono vietate in modo assoluto ma limitate nel numero in quanto sono ammesse al massimo due persone, escludendo dal conteggio i figli minori di 14 anni e i disabili con loro conviventi, a prescindere dall'età. E ricordiamo il DPCM 13 ottobre 2020 che all'art. 1 lett. n), con riguardo alle abitazioni private, *raccomandava fortemente* (assunto giuridicamente singolare tra l'altro) di evitare

struttura (necessariamente generale e astratta) della legge positiva e non può, quindi, essere altrimenti eludibile.

⁵² Decreto-legge 18 dicembre 2020, n. 172: "Art. 1 (Misure urgenti per le festività natalizie e di inizio anno nuovo) 1. (...) Durante i giorni compresi tra il 24 dicembre 2020 e il 6 gennaio 2021 è altresì consentito lo spostamento verso una sola abitazione privata, ubicata nella medesima regione, una sola volta al giorno, in un arco temporale compreso fra le ore 05,00 e le ore 22,00, e nei limiti di due persone, ulteriori rispetto a quelle ivi già conviventi, oltre ai minori di anni 14 sui quali tali persone esercitano la potestà genitoriale e alle persone disabili o non autosufficienti conviventi".

feste, nonché di evitare di ricevere persone non conviventi di numero superiore a sei⁵³.

Esempi lampanti del parossismo giuridico a cui giunge il legislatore, ancor più singolare per la contraddittorietà e illogicità a cui giunge, come vedremo, nel cieco intento di legiferare su tutto.

Una prima semplice osservazione è che la scelta numerica (due e sei nei citati esempi) non viene giustificata in alcun modo e, tra l'altro, non sarebbe giustificabile neppure da un punto di vista scientifico. Ne consegue che già la scelta del limite numerico imposto, privo di criteri che spieghino o giustificano la stessa scelta, appare illogico e, quindi, arbitrario.

Anche a non voler entrare nel dettaglio numerico e negli altri aspetti criticabili delle regole richiamate, rimaniamo, per semplicità di esposizione, ad analizzare in sé il limite del numero delle persone per le visite e per gli eventi privati. La *ratio* che ispira la disposizione è di evitare assembramenti che possano portare alla trasmissione del virus e quindi il diffondersi del contagio. Ma dato che la trasmissione dell'agente virale si verifica quando non si rispetta il distanziamento sociale (ossia la distanza tra persone di almeno due metri), appare persino lapalissiano il fatto che non è il numero delle persone presenti in contemporanea in una abitazione che determina il rischio di contagio ma il numero di persone rapportato alla dimensione dell'immobile che li ospita e la condotta che si tiene in quel contesto (uso di mascherine, igienizzanti e distanziamento sociale). Ne consegue che fissare un limite numerico uguale per tutte le diverse situazioni è assolutamente illogico in quanto, nel rispetto di tutte le altre regole, è evidente che il medesimo numero di persone ha un significato molto diverso se gli ospiti vengono ricevuti in un piccolo monolocale o in una spaziosa villa con giardino. Ne consegue che queste regole sono da un lato illogiche (per non dire arbitrarie) in quanto non si basano su una evidenza quanto meno logica se non scientifica. Dall'altro queste regole sono persino contraddittorie rispetto alla *ratio* che dovrebbe ispirarle. Ed emanare norme illogiche e contraddittorie teoricamente equivale a creare un sistema normativo incoerente e, proprio per questo, in contraddizione con la visione positivista del diritto⁵⁴. È persino banale rilevare

⁵³ Come anticipato, frequenti sono stati i riferimenti numerici anche più volte richiamati nei numerosi DPCM. Per un richiamo espresso si veda il DPCM 13 ottobre 2020 che ha regolato la possibilità di visite (anche poi nel periodo natalizio) e le feste private prevedendo all'art. 1 lett. n) "Con riguardo alle abitazioni private, è fortemente raccomandato di evitare feste, nonché di evitare di ricevere persone non conviventi di numero superiore a sei". La questione è stata periodicamente ripresa e, in particolare, per il periodo pasquale con D.L. 13/03/2021 n. 30.

⁵⁴ Sull'argomento della coerenza dell'ordinamento ricordiamo R. Guastini, "Contraddizione e coerenza nel diritto: problemi filosofici e giuridici", in G. Severino (a cura di), *Identità, coerenza, contraddizione*, Il Nuovo Melangolo, Genova, 1996 pp. 117-137. C. Vigna, "Contraddizione, desiderio, coerenza: questioni di filosofia della pratica", in G. Severino (a cura di), *op. cit.* pp. 81-115. A. Franco, "I problemi della coerenza e della completezza dell'ordinamento", in F. Modugno, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Giappichelli, Torino 1994; R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino 1992, pp.141-142; J. Raz, "The

che, in teoria, non dovrebbero esistere contraddizioni nell'ordinamento giuridico, in quanto il sistema giuridico (anche pur rimanendo solamente in una prospettiva giuspositivistica) non potrebbe prevedere una volontà normativa contraddittoria ed incoerente⁵⁵.

Ma anche a voler soprassedere su questa intrinseca illogicità e incoerente contraddittorietà delle regole che abbiamo esaminato, è anche vero che queste disposizioni, proprio per la loro illogicità e contraddittorietà intrinseca, sono comunque operativamente destinate a non raggiungere il risultato (dell'obbedienza) per le quali vengono emanate.

Il positivismo giuridico parte dall'idea fondamentale per cui il diritto viene inteso come una tecnica di controllo sociale, mirante ad ottenere una determinata condotta del singolo, che si attua attraverso la previsione (e l'irrogazione) di una sanzione in caso di inosservanza del comando, strumento che permette di neutralizzare i conflitti dello stato di natura e di garantire la sicurezza all'uomo attraverso la legge⁵⁶.

Da questa visione del diritto si ricavano induttivamente almeno due presupposti teoretici. Il primo che l'uomo è considerato anomico e in quanto tale obbedisce al diritto non perché dotato di senso del dovere, ossia della capacità di comprendere la *ratio* di una norma e di adeguarsi alla condotta richiesta in quanto scelta condivisa in vista di un bene comune, ma obbedisce semplicemente per timore della sanzione che verrà comminata in caso di inosservanza della regola dettata. Il secondo che, conseguentemente, la sanzione e la sanzionabilità della regola acquistano teoreticamente un maggior valore rispetto alla regola di comportamento stessa in quanto, se un uomo non ha il senso del dovere e obbedisce solo per paura della sanzione, quando la sanzione non è effettiva e quindi non è applicabile o non viene applicata, in caso di inosservanza della

Relevance of Coherence", in J. Raz, *Ethics in the Public Domain*, Oxford University Press, Oxford, 1994; F.H. Bradley, *Essays on Truth and Reality*, Clarendon Press, Oxford, 1914, p. 202; L. Bonjour, *The Structure of Empirical Knowledge*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, p. 100; M. Williams, *Unnatural Doubts*, Blackwell, Oxford, 1991, p. 275; H. Rott, "Coherence and Conservatism in the Dynamics of Belief", in *Erkenntnis*, 50 (1999), pp. 404-405 e J. Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971, p. 48.

⁵⁵ A questo proposito è da ricordare la copiosa bibliografia in materia di antinomie, tra le altre, G. Gavazzi, *Delle Antinomie*, Giappichelli, Torino 1959; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980; A. Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Springer, Berlin, 2012; R. Dworkin, "How Law is Like Literature", in R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, London, 1986; G. Gottlieb, *The Logic of Choice*, Allen & Unwin, London, 1968; A. Peczenik, *On Law and Reason*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1989, pp. 77 e ss.; M. Barberis, *Il diritto come discorso e come comportamento*, Giappichelli, Torino 1990; R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993; R. Alexy, "Justification and Application of Norms", in *Ratio Juris*, 6 (1993), pp. 157-170.

⁵⁶ Per una panoramica critica sul concetto di positività, con interessante *excursus* storico cfr. F. Gentile, "Politicità e positività nell'opera del legislatore", in Aa.Vv., *Atti del XVII Congresso Nazionale della Soc. Ital. di fil. giur. e pol.*, Napoli, 1989; cfr. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, Il Mulino, Bologna, 1998.

regola, la regola stessa non risulta efficace in quanto non riesce a condizionare il comportamento del destinatario che, a questo punto, in quanto anomico, non vi obbedirà.

Tornado quindi alla disposizione appena ricordata, è irrealistico pensare che la regola imposta (circa il numero di ospiti nella propria abitazione) sia una regola che possa essere soggetta ad accertamento, in quanto le forze dell'ordine possono entrare in una abitazione solo a seguito di un mandato dell'autorità giudiziaria in presenza di determinati presupposti previsti dalla legge che non ricorrono nei casi esaminati⁵⁷; da questo consegue che, nella realtà dei fatti, l'eventuale violazione mai sarà accertata e, conseguentemente, la sanzione mai sarà comminata. Ma se il sovrano emana una disposizione che prevede una sanzione che mai verrà irrogata, secondo una visione positivistica del diritto vuol anche dire che quella regola, proprio per l'inapplicabilità della sanzione, non produrrà l'effetto intimidatorio voluto e non otterrà l'obbedienza del destinatario della regola di condotta e, quindi, non otterrà la condotta desiderata.

Ecco, quindi, che le disposizioni emanate in questo sfrenato tentativo di realizzare, attraverso una ipertrofica produzione, la completezza dell'ordinamento giuridico, non solo danno vita a regole criticabili in quanto del tutto illogiche e contraddittorie, rispetto alle premesse teoretiche del diritto secondo la visione della scienza giuridica e politica moderna, ma oltretutto non raggiungono lo scopo primario prefissato del controllo sociale.

Rimangono due certezze. La prima che l'ordinamento giuridico, anche nel periodo emergenziale e ancor più nel periodo emergenziale, non è completo. La seconda che l'ordinamento giuridico, anche nel periodo emergenziale e ancor più nel periodo emergenziale, non raggiunge il risultato prefissato del controllo sociale.

Diviene necessario quindi comprendere che l'uomo, a differenza di quanto sostenuto dalla scienza giuridica e politica moderna, è un essere razionale e dotato di senso del dovere che gli consentirà di comprendere e valutare e fare proprie le regole di vita e di comportamento necessarie ad un superamento della contingenza

⁵⁷ Le Forze dell'Ordine non possono effettuare ispezioni all'interno delle case. Lo prevede l'articolo 13 della legge 689/81 che al comma primo prevede "gli organi addetti al controllo sull'osservanza delle disposizioni per la cui violazione è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro possono, per l'accertamento delle violazioni di rispettiva competenza, assumere informazioni e procedere a ispezioni di cose e di luoghi diversi dalla privata dimora, a rilievi segnaletici, descrittivi e fotografici e ad ogni altra operazione tecnica" e ulteriormente precisa al comma 4 "All'accertamento delle violazioni punite con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro possono procedere anche gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria, i quali, oltre che esercitare i poteri indicati nei precedenti commi, possono procedere, quando non sia possibile acquisire altrimenti gli elementi di prova, a perquisizioni in luoghi diversi dalla privata dimora, previa autorizzazione motivata del pretore del luogo ove le perquisizioni stesse dovranno essere effettuate. Si applicano le disposizioni del primo comma dell'art. 333 e del primo e secondo comma dell'art. 334 del codice di procedura penale".

pandemica e regolare di conseguenza la propria vita quotidiana⁵⁸. Ma se è così, a questo punto, la contraddittoria e ipertrofica produzione normativa emergenziale risulta del tutto inutile (anche in una prospettiva squisitamente operativa)⁵⁹.

Possiamo anche aggiungere che proprio questa inutile ipertrofia non solo non giunge a garantire la completezza dell'ordinamento giuridico ma contraddittoriamente contribuisce in maniera significativa a impedire il raggiungimento dell'obiettivo primario della scienza giuridica e politica moderna, ossia la certezza del diritto. Verifichiamo, infatti, alla luce di quanto siamo venuti ad illustrare relativamente alla significativa (da un punto di vista numerico) produzione normativa di cui si è detto, se questa convulsa e, per certi versi, parossistica produzione, abbia raggiunto lo scopo di garantire la certezza del diritto o, invece, se ne abbia irrimediabilmente violato i principali cardini teorici.

Verifichiamo, quindi, se gli elementi costitutivi della certezza del diritto sono rispettati o meno dalla produzione normativa emergenziale.

Il primo carattere che abbiamo individuato è la conoscibilità delle disposizioni di legge, ossia la possibilità di consentire ad un cittadino di aver conoscenza delle regole a cui deve conformare la propria condotta. In riferimento alla copiosa produzione emergenziale (che abbiamo in precedenza indicato in più di un migliaio di atti normativi in un anno) appare evidente che è impossibile concretamente pensare che questa produzione possa essere realmente conosciuta dai destinatari, anche e soprattutto perché l'ingente numero, la loro frequente e repentina modifica e le numerose antinomie rendono impossibile concretamente per un *quavis de populo* tale opera.

Tale situazione è poi aggravata dal fatto che la produzione normativa emergenziale è caratterizzata dalla diversa provenienza delle regole, emanate da numerose fonti diverse e di grado diverso. A questo proposito vengono alla mente le parole di Giuseppe Zaccaria che avverte dei rischi e delle difficoltà dell'interprete nel ricercare, prima ancora che il significato della regola, la fonte a

⁵⁸ Per un approfondimento della tematica sulla naturale vocazione sociale nel rapporto con il diritto dell'uomo, nella illimitata bibliografia, ci si limita a ricordare per la filosofia classica: M. Gentile, *La politica di Platone*, Cedam, Padova, 1940; G.R. Morrow, "Plato and the rule law", in *Philosophical review*, 1941; G.A. Roggerone, "La natura pedagogica del diritto in Platone", in *Rassegna di Pedagogia*, 1950; F.S. Fedele, "La dottrina delle virtù morali della giustizia da Aristotele a San Tommaso", in *Rivista Internazionale di scienze sociali*, 1916; M.S. Shellens, "Aristotele on natural law", in *Natural law forum*, 1959; G. Righi, *La filosofia civile e giuridica di Cicerone*, Tip. Militare già Delle Scienze, Bologna, 1930.

⁵⁹ Proprio questa inevitabile insufficienza dell'ordinamento legislativo ci dovrebbe far ritenere auspicabile, una attività legislativa meno ipertrofica e, quindi, più coerente e comprensibile in modo che non sia più possibile che, come don Rodrigo, nell'immortale opera dei Promessi Sposi, si debba dire "La grida sono tante" a cui sembra aggiungere il dottor Azzecagarbugli "a saper ben maneggiare le grida, nessuno è reo e nessuno è innocente" A. Manzoni, *I promessi sposi*, cap. III.

cui attingere la regola, dovendo primariamente individuare la corretta gerarchia tra le diverse fonti⁶⁰. L'autore infatti sottolinea:

primo ambito insopprimibile di creatività dell'interprete è costituito dall'individuazione preliminare della norma positiva vigente, adatta a disciplinare il caso. Ma, ancor prima, l'interprete è chiamato a scegliere la fonte più appropriata, stante il fatto che il sistema delle fonti di diritto è oggi assai elastico, in via di continua evoluzione, e non più predefinibile secondo una gerarchia precisa, come quella fissata dall'art. 1 delle preleggi. In particolare, occorre optare (e la scelta implica chiari elementi di valutazione) tra fonti nazionali, fonti sovranazionali e fonti regionali⁶¹.

L'opera di conoscenza della regola applicabile risulta quindi alquanto difficile (se non impossibile) per un giurista, certamente impossibile per un cittadino. Si potrà obiettare che, comunque, l'astratta e formale *conoscibilità* della disposizione è garantita perché tutte le norme vengono regolarmente pubblicate nella Gazzetta Ufficiale o nel Bollettino della Regione. Ma a questo proposito va evidenziato che non possiamo ignorare i principi illuminati dalle pronunce della Corte Costituzionale, relativamente alla portata dell'art. 5 c.p., che hanno dato rilevanza alla ignoranza scusabile o addirittura inevitabile del precetto normativo. Principi che

riguardano anche la formulazione stessa delle norme penali e concorrono a definire il principio di determinatezza di cui all'art. 25, secondo comma, Cost, in base al quale devono sussistere requisiti minimi di riconoscibilità ed intellegibilità del precetto penale – rappresentanti anche i requisiti minimi di razionalità dell'azione legislativa – in difetto dei quali la libertà e sicurezza giuridica dei cittadini sarebbero pregiudicate⁶²

È pur vero che sui destinatari dei precetti incombono in base all'art. 2 della Costituzione doveri di attenzione, informazione, diligenza strumentali all'osservanza dei medesimi, e dall'adempimento o meno di tali doveri dipende la qualificazione dell'ignoranza della legge come inevitabile e, dunque scusabile

⁶⁰ Nella medesima prospettiva l'Autore richiama G. Berti, "Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto", in *Rivista diritto privato*, 3 (2003), pp. 461 e ss., nonché B. Pastore, "Soft law, gradi normatività, teoria delle fonti", in *Lavoro e diritto*, 1 (2003), pp. 12 e ss.

⁶¹ G. Zaccaria, "Il Giudice e l'interpretazione", in *Politica del diritto*, 3 (2006), p. 464 nonché G. Zaccaria, "Trasformazione e riarticolazione delle fonti del diritto", in *Ragion pratica*, 22 (2004), pp. 93-120.

⁶² Cfr. Corte Costituzionale, 22 aprile 1992, n. 185. Ricordiamo che il citato articolo recita: "Art. 25 Costituzione Italiana: Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge. Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso. Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge".

ovvero come evitabile e, pertanto, inescusabile⁶³ ma nel caso che ci occupa possiamo affermare che, per quanto un cittadino possa attivarsi diligentemente per conoscere le regole emanate, il numero, la repentinità della loro evoluzione e la complessità delle stesse, dovuto proprio all'eccezionalità del momento emergenziale, non potrà raggiungere il risultato della effettiva conoscenza.

Si potrebbe obiettare che le citate pronunce riguardano le disposizioni di natura penale. Ma non dobbiamo neppure dimenticare che alcune disposizioni emergenziali erano disposizioni penali e prevedevano e punivano determinate condotte sotto un profilo penale⁶⁴ e come, ad ogni modo, la struttura degli illeciti amministrativi (basati su un sistema sanzionatorio conseguente ad una valutazione sulla colpevolezza dell'agente) è assolutamente corrispondente a quella penale⁶⁵.

Fermo il fatto, infine, che l'orientamento giurisprudenziale della Consulta citato trova fondamento su principi costituzionali che, in quanto tali, a nostro parere, devono intendersi applicabili ad ogni disposizione di legge, a prescindere dalla sua natura⁶⁶.

Quanto appena detto trova anche altra conferma. Per aversi certezza del diritto è necessaria chiarezza ed univocità del linguaggio legislativo e del conseguente significato delle qualificazioni giuridiche, e, anche in questo caso, possiamo dire che il legislatore dell'emergenza non sia stato particolarmente attento, basti pensare alla lunga discussione sul significato del concetto di attività sportiva e della sua distinzione dal concetto di attività motoria e ricreativa⁶⁷.

Inoltre, uno dei caratteri che vengono a garantire la certezza del diritto è la fissità della regolamentazione giuridica, in quanto la sua permanenza nel tempo ne favorisce la conoscenza e il conseguente rispetto. Carattere che evidentemente

⁶³ Vedi in senso conforme Corte Cost., 24 marzo 1988 n. 364 e Corte Cost., 24 febbraio 1995, n. 61.

⁶⁴ Si fa riferimento alle disposizioni contenute nel Decreto-legge del 23 febbraio 2020 n. 6 (Pubblicato in *Gazz. Uff.*, 23 febbraio 2020, n. 45, Edizione straordinaria) che, all'articolo 3 comma 4 (poi abrogato) recitava: "4. Salvo che il fatto non costituisca più grave reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è punito ai sensi dell'articolo 650 del codice penale". Il comma fu poi modificato dall'art. 15, comma 1, D.L. 9 marzo 2020, n. 14 e definitivamente abrogato dall'art. 5, comma 1, lett. a), D.L. 25 marzo 2020, n. 19 - Disposizioni finali, convertito, con modificazioni, dalla L. 22 maggio 2020, n. 35.

⁶⁵ Sul problema degli illeciti amministrativi e l'ipertrofia si veda C.E. Paliero, *Minima non curat praetor: ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, Padova, 1985, E. Squillaci, *Le moderne cause di non punibilità susseguente nel sistema penale: un tentativo di normalizzare l'ipertrofia del diritto penale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

⁶⁶ Sul punto vedi F. Sorrentino, "Interpretazione ed applicazione dei principi generali del diritto", in M. Basciu (a cura di), *Soggetto e principi generali del diritto, Atti del XV Congresso Nazionale della Soc. it. di fil. giur. e pol.*, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 89 e ss.

⁶⁷ Ci riferiamo alla diatriba sorta a seguito del DPCM 26 aprile 2020 che all'art. 1 lett. f) prevedeva: "non è consentito svolgere attività ludica o ricreativa all'aperto; è consentito svolgere individualmente, ovvero con accompagnatore per i minori o le persone non completamente autosufficienti, attività sportiva o attività motoria, purché comunque nel rispetto della distanza di sicurezza interpersonale di almeno due metri per l'attività sportiva e di almeno un metro per ogni altra attività".

non sussiste per periodo emergenziale per sua stessa natura eccezionale e nel quale repentina sorge la necessità regolatoria e altrettanto repentina sorge la necessità di adeguare rapidamente la normativa all'evoluzione dell'emergenza.

Alla luce di quanto detto, possiamo evidenziare come un altro importante aspetto della certezza del diritto è venuto meno durante il periodo emergenziale ossia la possibilità da parte del consociato di individuare anticipatamente (con precisione o con alta probabilità) quali siano le conseguenze giuridiche delle proprie azioni, in modo da poter prevedere se la propria condotta sia rispettosa o irrispettosa del dettame legislativo e, inoltre, di prevedere le future decisioni degli organi deputati all'applicazione (in sede di accertamento dell'inosservanza della regola e di conseguente comminazione della sanzione o in sede giurisdizionale di accertamento della legittimità della sanzione comminata).

Alla luce di quanto si è potuto verificare in questo periodo, infatti, differenti e a volte persino singolari sono le interpretazioni applicative ad opera degli organi di polizia e diverse (anche se limitate) le pronunce dei giudici relativamente alle sanzioni comminate. Ricordiamo a questo proposito, la decisione del Giudice di Pace di Frosinone⁶⁸ o del GUP del Tribunale di Reggio Emilia⁶⁹ che giungono a parlare di incostituzionalità dei DPCM emanati in questo periodo e delle conseguenti sanzioni. Non è questa la sede per valutare le tesi espresse e le argomentazioni sottese a queste decisioni. Certo che le stesse hanno un impatto sicuramente significativo sui cittadini, aumentandone il disorientamento. Possiamo – quindi – tranquillamente concludere che anche questo importante tassello della certezza del diritto è del tutto smarrito in questo periodo di emergenza.

7. Per una (prima) conclusione

Venendo a trarre le fila del presente contributo, vorremmo evidenziare conclusivamente come l'emergenza pandemica ha fatto sorgere una serie di domande alle quali spesso non è agevole trovare risposta. Va detto che, in una determinata prospettiva, sia la ricerca delle risposte che la formulazione delle stesse risultano condizionate da quello che appare essere come l'originario *vulnus* della fattispecie, ossia l'assenza di una previsione e regolamentazione costituzionale che disciplini la materia, regolamentazione che avrebbe evitato dei dubbi di legittimità costituzionale e le possibili letture ideologiche delle scelte operative che vengono quotidianamente effettuate dall'organo di governo⁷⁰. Se la

⁶⁸ Giudice di Pace di Frosinone, Sentenza 15-29 luglio 2020 n. 516.

⁶⁹ Tribunale di Reggio Emilia, Sezione GIP-GUP, 27 gennaio 2021 n. 54.

⁷⁰ Sul punto si rimanda alla documentata analisi di G. De Minico, "Costituzionalizziamo l'emergenza?", in *Osservatorio sulle Fonti*, fasc. speciale, 2020; F. Saverio Marini, G. Scaccia (a cura di), *Emergenza covid-19 e ordinamento costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2020. Per una

nostra Costituzione non ha previsto che le scelte dell'emergenza e nell'emergenza debbano essere comunque ricondotte alla volontà politica del Parlamento, ogni scelta del Governo, per quanto legittima ed operativamente ineccepibile, può facilmente legittimare una lettura ideologica, preoccupata dallo squilibrio di potere, nella fase emergenziale, a favore dell'esecutivo e a discapito dell'organo legislativo parlamentare, politicamente rappresentativo; ripetiamo, questa non vuol essere una critica all'operato dell'attuale esecutivo, ma una considerazione legata al fatto che l'eventuale previsione di una procedura diversa, corrispondente alla tradizione costituzionale europea, avrebbe probabilmente disinnescato anticipatamente alcune polemiche e discussioni che, a questo punto, del tutto legittimamente possono sorgere nel momento emergenziale ma che finiscono per acuire l'incertezza che caratterizza il periodo.

Ad ogni modo, a prescindere da questa considerazione preliminare, abbiamo evidenziato come l'emergenza contribuisca a rendere evidenti le contraddizioni di una visione positivista del diritto in quanto, in questo frangente, lo Stato si vuole riconfermare come l'unico titolare del potere legislativo il cui compito principale è quello di mettere ordine nel disordine anarchico e, con il diritto, di imporre e garantire (*rectius* di garantire perché impone) l'ordine sociale.

La sussistenza di questa visione geometrica del diritto⁷¹ nell'emergenza è stata confermata da una lettura dei provvedimenti emanati in questa fase in cui si comprende come la preoccupazione del Sovrano sia quella di riaffermare l'unicità della produzione legislativa, nel tentativo di ribadire la completezza dell'ordinamento. Anche dove e forse proprio perché l'emergenza, con la propria eccezionalità, ben descritta da Carl Schmitt, evidenzia una lacuna dell'ordinamento, lo Stato reagisce ed interviene con una capillare produzione legislativa per colmare le fisiologiche lacune e riaffermare la completezza dell'ordinamento giuridico statale. Probabilmente accecato da questo intento, il legislatore perde la capacità di distinguere tra cosa debba essere necessariamente e utilmente regolamentato e ciò che non necessiti di tale regolamentazione, giungendo a risultati parossistici, con una serie infinita di regole che giungono a

attenta analisi dei profili civilistici dell'emergenza si rimanda a E. Lucchini Guastalla (a cura di), *Emergenza COVID-19 e questioni di diritto civile*, Giappichelli, Torino 2020.

⁷¹ Francesco Gentile denomina "geometria legale" la riflessione sul fenomeno giuridico avente una struttura ipotetico-deduttiva e una finalità operativa, al modo proprio della conoscenza scientifica. Prova dell'applicazione di questo metodo allo studio del diritto e delle relazioni intersoggettive, ci viene fornita proprio da Hobbes il quale, in un passo del *De Cive*, che abbiamo avuto modo di citare in precedenza, concludeva che "tutto ciò che (...) distingue il tempo odierno dalla barbarie antica, è quasi per intero un beneficio della geometria. (...). Se i filosofi morali avessero assolto al loro compito con esito altrettanto felice (dei geometri N.d.R.), non vedo come l'industria umana avrebbe potuto contribuire di più alla felicità di questa vita. Se infatti la ragione delle azioni umane fosse conosciuta con la stessa certezza con cui conosciamo la ragione delle grandezze nelle figure, l'ambizione e l'avidità, la cui potenza si sostiene di false opinioni del volgo circa il diritto e il torto, sarebbero disarmate, e la gente umana godrebbe di una pace tanto costante, che non sembra si dovrebbe più combattere". T. Hobbes, *De Cive*, trad. a cura di T. Magri, Editori Riuniti, Roma, 1979, pp. 65-66.

disciplinare (inutilmente) anche i più elementari e naturali momenti della vita quotidiana dei consociati, realizzando uno dei corollari tipici della visione giuspositivistica del diritto, ossia l'ipertrofia normativa.

Abbiamo però anche visto che proprio questo tentativo in realtà è destinato al fallimento da un lato perché la volontà di legiferare nello stato di emergenza nasce proprio dal riconoscimento della inevitabile limitatezza e lacunosità dell'ordinamento giuridico, che la fase emergenziale disvela in tutta la sua chiarezza, ma anche perché, proprio dall'analisi degli interventi normativi in materia, si comprende che questa opera insegue perennemente e senza successo una realtà emergenziale in continua evoluzione, dai caratteri repentinamente instabili e mutevoli che quotidianamente disvelano ulteriori e diverse lacune dell'ordinamento.

L'analisi della normativa ci fa inoltre comprendere anche che questa indefessa opera legislativa finisce per disvelare le contraddizioni interne della visione positivista del diritto, in quanto le disposizioni emanate, oltre a creare spesso regole tra loro incoerenti e antinomiche, contrariamente a come dovrebbe essere per un ordinamento giuridico in una visione positivista, non sono in grado di raggiungere il fine ultimo per le quali sono create, ossia il controllo sociale.

Ma, soprattutto, abbiamo visto come questa ipertrofica produzione anziché raggiungere l'obiettivo primario della visione giuspositivistica del diritto, ossia la certezza del diritto, finisce per creare un clima di assoluta incertezza giuridica, contraddicendo il *prius* logico e politico della propria opera.

Rimane una sola certezza. L'incertezza del diritto.