



Francesco De Vanna*

Il diritto “imprevedibile”: notazioni sulla teoria della necessità a partire dall'emergenza Covid-19**

SOMMARIO: Introduzione: dalla crisi all'emergenza. – 1. Emergenza e stato costituzionale di diritto. – 2. Necessità e potere di ordinanza. – 3. «Pieni poteri» e «poteri necessari» nella teoria del diritto. – 4. Considerazioni conclusive: quali 'limiti' per le *limitazioni*? – 5. Considerazioni conclusive: quali 'limiti' per le *limitazioni*?

Introduzione: dalla crisi all'emergenza

È stato scritto che l'emergenza sanitaria determinata dal contagio del virus Covid-19 rappresenta l'11 settembre italiano¹. Si tratta di un'affermazione forte e forse, per alcuni aspetti, discutibile²; tuttavia, anche se l'epidemia virale è un nemico «senza volto» che mira ad un dominio sui corpi – sullo «stato microbico»³ – piuttosto che sui

* Assegnista di ricerca presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Modena e Reggio Emilia. Le riflessioni qui sviluppate sono state elaborate a partire da alcuni dialoghi – a distanza – sviluppati nell'ambito del CRID - Centro di Ricerca Interdipartimentale su Discriminazioni e vulnerabilità, Università di Modena e Reggio Emilia (www.crid.unimore.it).

L'autore ringrazia i Professori Francisco Javier Ansuátegui Roig, Francesco Belvisi, Thomas Casadei, Gianluigi Fioriglio, Leonardo Marchettoni, Vincenzo Pacillo, Federico Pedrini, Stefano Pietropaoli, Veronica Valenti, Gianfrancesco Zanetti per la lettura di una prima versione del testo nonché per le osservazioni e per i preziosi suggerimenti offerti.

**Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

¹ I. A. NICOTRA, *L'epidemia da Covid-19 e il tempo della responsabilità*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, 1-2020, 379.

² Come sottolinea M. CHIARUZZI, *Perché non si può parlare di guerra*, in *Treccani*, 1 aprile 2020.

Analogamente: D. CASSANDRO, *Siamo in guerra! Il coronavirus e le sue metafore*, in *Internazionale*, 22 marzo 2020; l'inchiesta sul portale *Vita* circa *La virilità del linguaggio bellico*, 26 marzo 2020; e l'intervento di GIANLUCA BRIGUGLIA su *Il Post* dal titolo *No, non è una guerra*, 23 marzo 2020.

³ S.R. FISHEL, *The Microbial State. Global Thriving and The Body Politic*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 2017. A questo proposito è stato osservato che «[l]a “sovrانيتà”, per quanto predicata come metafora politica e declinata nelle sue finzioni giuridiche di atti e norme con il loro linguaggio e le loro narrazioni anche costituzionali, non sarebbe più efficace sul piano della realtà “naturale”: può (forse) ancora “salvare” da un “evento” (il virus), ma non salva più dalla “condizione” (il degrado che alimenta i virus). Non a caso, nella “guerra”, come è stata chiamata, al Coronavirus,

territori, il lessico dell'attuale emergenza sanitaria richiama diffusamente gli stilemi militari tipici degli scenari bellici.

Lo Stato è descritto in «assetto di guerra»⁴ e i reportage giornalistici raccontano gli operatori, e segnatamente i professionisti del comparto sanitario, come militi impegnati eroicamente sul «fronte»⁵.

Vi è di certo che l'epidemia, proprio come l'evento che colpì gli Stati Uniti (e, utilizzando un termine sempre controverso, l'«Occidente») nel 2001, ha determinato nel campo della riflessione giuridica un ulteriore salto di qualità, almeno per tre ordini di motivi.

Innanzitutto, per la prima volta, si fronteggia un rischio sanitario dalla natura endemica (non un terremoto, non un evento atmosferico, non un c.d. grande evento) «non paragonabile alle precedenti, siano esse HIV, la Sars1, la MERS...»⁶ per la straordinaria forza e intensità del contagio che interessa trasversalmente Paesi e territori di tutti i continenti: «il popolo cessa di essere *un* popolo per diventare astratta “popolazione”»⁷.

In secondo luogo, non solo è imprevedibile l'insorgenza del fatto emergenziale (come accade, ad esempio, con un evento sismico) ma se ne ignora quasi del tutto l'eziologia (specie nella prima fase), la durata, la letalità poiché può avere un'intensità e un'estensione temporale indeterminabili e solo parzialmente governabili.

Infine, per il Parlamento si era paventata l'impossibilità di riunire fisicamente tutti i suoi componenti, e la Conferenza dei capigruppo della Camera ha approvato all'unanimità un *gentlemen agreement* individuando 350 deputati al fine di garantire la maggioranza necessaria per la votazione dello scostamento di bilancio ex art. 81, 2° comma, della Costituzione⁸ (necessario per far fronte alla connessa emergenza economica causata dal *lockdown* su scala nazionale).

Proprio come nell'orizzonte successivo all'11 settembre 2001, sembra inverarsi l'ipotesi che fu a suo tempo evocata da Bruce Ackerman quando, ricorrendo ad un esperimento mentale, in *Before the Next Attack* prospettò lo scenario di un attacco terroristico che colpisse direttamente il Presidente degli Stati Uniti⁹: cosa ne è in una circostanza simile, della democrazia, dei limiti e dei controlli, della vita stessa degli organi costituzionali?

chi condiziona la “sovranità” sul corpo è il virus, non più lo Stato: lo Stato inesorabilmente (anche se “sovranamente”) asseconda» (M. CARDUCCI, *Il corpo “malato” del sovrano*, in *laCostituzione.info*, 19 marzo 2020).

⁴ A. NICOTRA, *L'epidemia da Covid-19 e il tempo della responsabilità*, cit., 379.

⁵ Una proposta completamente diversa è venuta dal filosofo della politica Paolo Costa che ha suggerito invece di utilizzare, sul piano delle metafore, quella dei «pompieri»: *Emergenza coronavirus: non soldati, ma pompieri*, in *Settimanalenews.it*, 28 marzo 2020.

⁶ A. ARIENZO, *Salus populi suprema lex esto. La democrazia alla prova del virus*, in *Ragioni di Stato*, 31 marzo 2020.

⁷ R. RONCHI, *Teologia del virus*, in *Doppiozero*, 6 aprile 2020.

⁸ A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, in *BioLaw Journal - Rivista di Biodiritto*, Instant Forum Diritto, diritti, ed emergenza ai tempi del Coronavirus, 2-2020, 14 marzo 2020, 5. Vedi anche s. Curreri, *L'attività parlamentare ai tempi del Covid-19: fiat iustitia et pereat mundus?*, in *laCostituzione.info*, 11 marzo 2020, e R. DICKMANN, *Alcune questioni di costituzionalità in tema di voto parlamentare a distanza*, in *Federalismi.it*, 1 aprile 2020.

⁹ B. ACKERMAN, *Before the next attack: Preserving civil liberties in an age of terrorism*, New Haven, Yale University Press, 2006, 116-121 (trad. it. *Prima del prossimo attacco. Preservare le libertà civili in un'era di terrorismo globale*, Milano, Vita e Pensiero, 2008); Id., *La costituzione di emergenza*, Roma, Meltemi, 2005. Per una lettura interpretativa di questi profili: Cfr. F. LANCHESTER, *Gli Stati Uniti e l'11 settembre 2001*, in *archivio.rivistaaic.it*; e M. GOLDONI, *La costituzione rassicurante. Nota critica sulla teoria dei poteri di emergenza di Bruce Ackerman*, in *Teoria politica*, 20-2007; Id., *La Repubblica delle emergenze. Il dibattito sui poteri eccezionali nel costituzionalismo americano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2005, 1.

Questa forse è, al fondo, la domanda e la «tremendissima lezione»¹⁰ che il Covid-19 sembra impartire non solo a chi studia il diritto, ma anche ai cittadini, ai decisori politici e in generale alle istituzioni.

Peraltro, anche il ricovero in ospedale del premier inglese Boris Johnson, con il pericolo imminente e concreto di un vuoto di potere *non previsto* dalla costituzione inglese, per alcuni giorni è sembrato quanto di più vicino allo scenario ipotizzato da Ackerman.

Si palesano dimensioni del tutto sconosciute della «necessità» e il diritto sembra attraversare una «terra incognita» nella quale l'unica vera fonte di stabilità – *non giuridica* – sembra rappresentata dall'utilizzo generale di un linguaggio della responsabilità che possa sopperire ai deficit di legittimità (*recte*: di legittimazione) della decisione politica.

La *necessità* con la sua immediata e irriducibile eccedenza torna negli argomenti dei giuristi ed è invocata dal potere esecutivo come «l'ultima tavola di salvezza»¹¹ per l'adozione di provvedimenti straordinari incidenti su libertà costituzionali individuali, la cui legalità è il rovello della giuspubblicistica da sempre, soprattutto nei momenti in cui la «nuda vita» torna a rivelarsi prepotentemente sulla scena della storia.

In questa prospettiva il «diritto dell'emergenza» è anche un «diritto della crisi» (sia essa di natura ambientale, sanitaria, organizzativa) e segnala sempre un momento di *crisi* del diritto, incapace di offrire una risposta adeguata senza tradire le sue geometriche certezze.

Sul piano della teoria del diritto, in particolare, nel caso delle emergenze la natura costitutivamente duale dello spazio pubblico, sospesa tra il versante deontologico della *iurisdictio* e quello teleologico del *gubernaculum*, sembra alterarsi a favore di quest'ultimo, ossia verso una dimensione prettamente politica (il «diritto sovrano», ossia il *droit politique* di Bodin, Rousseau, Hegel), a discapito di quella giuridica e normativa (il «diritto giustizia» di matrice kantiana)¹².

Di esso si ha traccia sul piano nazionale e su quello internazionale: ne sono esemplificazione varie misure adottate dagli Stati e dalla comunità internazionale almeno negli ultimi vent'anni: il pensiero corre inevitabilmente alla lotta al terrorismo¹³ e alla risposta eccezionale che esso ha innescato a discapito di garanzie e libertà individuali; ma non meno discutibili sono alcuni strumenti adottati nel contesto dell'Unione europea in relazione, ad esempio, alla crisi del debito sovrano¹⁴ e, più recentemente, alcuni significativi

¹⁰ I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione Giustizia*, 18 marzo 2020. Vedi anche M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2-2020.

¹¹ L. ROSSI, *Il decreto-legge sui provvedimenti politici davanti al diritto e al potere giudiziario*, in *Temi veneta*, 1899, 42 - 43, 15 e 22 ottobre 1899, 525: la citazione è tratta da M. BENVENUTI, *Alle origini dei decreti-legge. Saggio sulla decretazione governativa di urgenza e sulla sua genealogia nell'ordinamento giuridico dell'Italia prefascista*, in *Studi in onore di Claudio Rossano*, Napoli, Jovene, 2013.

¹² Vedi G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, Bologna, Il Mulino, 2012, cap. V. Cfr. anche M. LOUGHLIN, *The Idea of Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003 e Id., *Foundations of Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010. Per una riflessione storico-filosofica connessa alla tragedia del nazifascismo cfr. G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe*, in *Opere di Giuseppe Capograssi*, Milano, Giuffrè, 1959.

¹³ Oltre al testo già menzionato di Ackerman, che ha suscitato un ampio dibattito nel contesto anglosassone ma non solo, si può vedere P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, Il Mulino, 2006. Cfr., per un quadro d'insieme, G. DE MINICO, *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, Napoli, Jovene, 2016.

¹⁴ Si fa riferimento alla natura giuridica quantomeno «ambigua» dei Memorandum d'Intesa, programmi di ristrutturazione del debito «concordati» tra i Paesi bisognosi di assistenza finanziaria e le istituzioni comunitarie e

segmenti della cornice normativa, nazionale e sovranazionale dedicata al fenomeno migratorio e dei richiedenti asilo¹⁵.

Riflettere su questo ordine di problemi non ha solo (né principalmente) l'obiettivo di indagare la natura giuridica dell'attuale emergenza in corso, ma soprattutto quello di trarre da essa gli elementi fondamentali che la strutturano ed impedire che essa possa diventare «arma segreta del potere»¹⁶.

In questo contributo, prendendo le mosse da alcuni rilevanti contributi della scienza del diritto pubblico in tema di emergenza e di necessità (§ I), si metterà in rilievo, in particolare, la natura delle ordinanze e la loro genealogia (§ II), con alcune note dedicate al concetto di *necessità*, inteso – come propose Santi Romano – quale «condizione di cose che...non può essere disciplinata da norme precedentemente stabilite»¹⁷ (§ III), e ai problemi di compatibilità che essa pone rispetto all'ordinamento costituzionale (§ IV).

1. Emergenza e stato costituzionale di diritto

Sul problema dell'emergenza e degli atti che essa rende *necessari*, in particolare ordinanze e decreti-legge, la scienza del diritto pubblico si giova del contributo di alcuni dei suoi più autorevoli maestri da Santi Romano a Costantino Mortati¹⁸. Il tema era peraltro intrecciato all'istituto dello stato di *assedio*, che era stato dichiarato nel 1894 per i Fasci Siciliani e i moti della Lunigiana, poi nel 1898 per i tristemente noti «giorni di Maggio», e agli albori del 1909

internazionali. Anche in questo caso è stato utilizzato il paradigma del «diritto dell'emergenza», peraltro in un discutibile carattere «permanente»: v. M. DAWSON - H. ENDERLEIN - C. JOERGES, *Beyond the Crisis. The Governance of Europe's Economic, Political and Legal Transformation*, Oxford, Oxford University Press, 2015. Cfr. anche C. MARGIOTTA (a cura di), *Europa: diritto della crisi e crisi del diritto. Austerità, diritti, cittadinanza*, Bologna, Il Mulino, 2018, e G. ITZCOVICH, *Disordinamento giuridico. Crisi finanziaria e sviluppi costituzionali dell'unione economica e monetaria europea*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 1-2017, 1.

¹⁵ Si pensi, ad esempio, al fenomeno della «detenzione amministrativa», ai processi di esternalizzazione dei confini, all'involuzione della logica sottesa al diritto di cittadinanza, ai processi, sociali e istituzionali, che innescano una moltiplicazione dei meccanismi di esclusione e marginalizzazione, tratta e riduzione in schiavitù. Cfr. S. MEZZADRA, *Diritto di fuga. Migrazioni, cittadinanza, globalizzazione*, Verona, Ombre corte, 2001; D. LOPRIENO, «Trattenere e punire». *La detenzione amministrativa dello straniero*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018; A. CALORE (a cura di), *I confini mobili della cittadinanza*, Torino, Giappichelli, 2019; A. ALGOSTINO, *L'esternalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 1-2017. Al fine di approfondire ciascuno di questi aspetti in un'ottica territoriale e contestuale il CRID – Centro di Ricerca Interdipartimentale su Discriminazioni e vulnerabilità nel 2019, con la supervisione scientifica dei Professori Thomas Casadei e Gianfrancesco Zanetti ha avviato un percorso per l'istituzione di un «Osservatorio sulle politiche di accoglienza dei migranti a Modena» (<http://www.crid.unimore.it/site/home/osservatorio-migrazioni.html>).

¹⁶ M.A. CABIDDU, *Stato di eccezione*, in *Amministrazione in cammino*, 2012, 2.

¹⁷ S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Rivista di Diritto costituzionale e amministrativo*, 1-1909, 260. Osserva in proposito Massimo La Torre: lo «stato di necessità per lo studioso palermitano non sarebbe uno spazio vuoto di diritto, bensì il momento più pieno di questo: ne è colmo e lo sparge tutto intorno a sé. Non «sospensione», ma compimento e «perfezione» del diritto» (M. LA TORRE, *La fine dell'Ottocento. Il terremoto di Messina e lo stato d'eccezione*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2009, 117). Dello stesso Autore si veda, più ampiamente, *Messina come metafora e luogo idealtipico della politica*, Soveria Mannelli (CZ), Rubbettino, 2000.

¹⁸ Oltre al notissimo lavoro di Santi Romano sui decreti legge lo stato d'assedio, si possono ricordare i lavori di FEDERICO CAMMEO (*Sulle ordinanze di urgenza del 1890*), ALFREDO CODACCI-PISANELLI (*Sulle ordinanze d'urgenza nel 1890*), GIOVANNI MIELE (*Le situazioni di necessità dello Stato del 1936*); LUIGI ROSSI (*Il decreto-legge sui provvedimenti politici davanti al diritto e al potere giudiziario*, del 1899); COSTANTINO MORTATI (nelle sue *Istituzioni di diritto pubblico*, del 1976), solo per citarne alcuni.

per la città di Messina a causa del terremoto che la colpì drammaticamente insieme a Reggio Calabria¹⁹. Alcune coordinate generali del dibattito del tempo – in relazione al fondamento di quelle che si usava chiamare «ordinanze del governo» – si ripresentano riflettendo la tensione tra la necessità di interventi immediati e la giustificazione del loro fondamento giuridico.

Se la decretazione d'urgenza, pur utilizzata in mondo abusivo e non sempre giustificato, ha definitivamente trovato la sua legittimazione nella previsione dell'art. 77 della Costituzione, con il superamento delle perplessità di quanti facevano appello al principio *delegatus non potest delegare*²⁰, il potere di ordinanza *extra ordinem* rappresenta invece, tuttora, una provincia estrema del diritto pubblico, collocato sulla frontiera costituzionalistica e, per mezzo di questa, anche su quella amministrativa: esso costituisce un territorio 'liminale' della legalità, al confine tra «fatto politico» e «diritto pubblico»²¹, tra il «disporre» e il «provvedere», e dunque in tensione con i postulati tradizionali dello Stato costituzionale di diritto, in particolare con l'asserita rigidità della gerarchia delle fonti, così come delineata dalla Costituzione repubblicana²².

Esso è invocato, e concretamente esercitato, nei contesti di crisi, come «atto politico» e «potere derogatorio necessitato»²³, connesso all'esigenza di assicurare la «sicurezza interna dello Stato, sia sotto il profilo dell'ordine pubblico che con riferimento alla prevenzione delle epidemie e alle conseguenze sociali delle crisi economiche»²⁴.

Il potere di ordinanza pone un problema specifico e declina il tema dell'emergenza tutto all'interno dei singoli ordinamenti nazionali, sul piano della gerarchia delle fonti e dei rapporti tra organi costituzionali: non solo tra Parlamento e Governo, ma anche tra questi e il giudice delle leggi, oltre alla Presidenza della Repubblica che, come è ben noto, emana (e dunque controlla) i decreti-legge (ma, ovviamente, non le ordinanze).

Si tratta, pertanto, di indagare lo spazio che le democrazie liberal-democratiche possono legittimamente assegnare ad una sorta di «diritto esecutivo» che, a differenza di quello legislativo, è istituzionalmente (ed eccezionalmente) sottratto al circuito politico-rappresentativo, pur potendo incidere su beni e principi costituzionalmente protetti.

¹⁹ Su questi profili A. MAJORANA, *Lo stato d'assedio*, Catania, Giannotta, 1894.

²⁰ Ancorché, e non è questa una valutazione marginale, il testo dell'art. 77 cominci addirittura in forma negativa: «Il Governo *non può* senza delegazione delle Camere emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria» con la conseguenza, perorata da una parte della dottrina nei primi lustri di vigenza della Costituzione repubblicana, che il decreto inizialmente illegittimo, avrebbe dovuto essere applicato dai giudici solo in seguito alla conversione parlamentare. Si veda: C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, 831-867, Milano, Giuffrè, 1962.

²¹ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003, 10. Com'è noto, Giorgio Agamben, il 26 febbraio, ha pubblicato un articolo intitolato *L'invenzione di un'epidemia* che ha fatto molto discutere per la tesi, evidente sin dal titolo, secondo la quale lo stato di emergenza decretato dal governo sarebbe l'indice di una tendenza generale a trasformare lo stato d'eccezione in «paradigma normale di governo». A questo intervento ne sono seguiti altri quattro: *Contagio* (11 marzo), *Chiarimenti* (17 marzo); *Riflessioni sulla peste* (27 marzo); *Distanziamento sociale* (6 aprile), consultabili al seguente indirizzo.

²² Su questi profili insiste M. RAMAJOLI, *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, in AA. VV., *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, 16. Cfr. anche F. LANCHESTER, *La Costituzione tra elasticità e rottura*, Milano, Giuffrè, 2011.

²³ M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, ora in *Scritti*, Milano, Giuffrè, 2002, vol. II, 952.

²⁴ G. ROLLA, *Profili costituzionali dell'emergenza*, in A. RUGGERI (a cura di), *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, Giappichelli, 2016, 1997.

Non a caso, a questo proposito, si è soliti parlare di un «diritto amministrativo dell'emergenza»²⁵, che si articola e si sviluppa *formalmente* sul piano delle fonti secondarie, che sono proprie degli apparati amministrativi, ma che esibisce inevitabili riflessi sul piano *sostanziale* dell'assetto costituzionale dello Stato, della separazione dei poteri e della tutela dei diritti e delle libertà fondamentali: dunque se è acquisizione condivisa che «i presupposti di diritto costituzionale diventano spesso concretizzabili solo attraverso il diritto amministrativo»²⁶, si può ugualmente rilevare che «il diritto amministrativo dipende da quello costituzionale, ma, nello stesso tempo lo condiziona»²⁷.

In questo senso il potere di ordinanza, deviando dalla garanzia circolare tra *legalità* e *libertà*, può essere l'indice di un *grey hole* nel sistema della legalità costituzionale che rivela, a sua volta, la natura pragmaticamente schmittiana²⁸ di un certo modo d'intendere, ancora oggi, l'autorità e i pubblici poteri²⁹.

Val la pena osservare come quello stesso diritto amministrativo che, oltre i confini ordinamentali, produce un effetto 'dissociativo' che neutralizza la forza ordinante della politica³⁰, al contrario entro quei confini funga da volano di una «rinascita» della sovranità politica in base alla quale il governo torna «signore delle fonti»³¹.

La pubblica amministrazione è costituzionalmente tenuta ad agire in conformità ai principi di tipicità degli atti amministrativi, i quali sono «nominati» dalle norme che attribuiscono il relativo potere di (e le modalità in base alle quali) emanarli: è essenzialmente questo il senso del principio di legalità³² nella fisionomia contemporanea dello Stato amministrativo di diritto, che impedisce che possa affermarsi la *negazione dei diritti attraverso il diritto*.

Decisamente diverso rispetto a quello che presiede i rapporti interprivati, per i quali tutto ciò che non è espressamente vietato è *permesso*, nell'attività amministrativa, cioè nella relazione tra l'autorità dei pubblici poteri e la libertà dei consociati, il principio di legalità esige e presuppone sempre, tassativamente, la sussistenza di una norma attributiva del potere: «la legge dice ciò che l'amministrazione può fare»³³. Occorre, in altri termini, una

²⁵ C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Milano, Giuffrè, 2006, 12 ss.

²⁶ A. VON BOGDANDY, *Il diritto amministrativo nello spazio giuridico europeo: cosa cambia, cosa rimane*, in S. CASSESE - P. SCHIERA - A. VON BOGDANDY, *Lo Stato e il suo diritto*, Bologna, Il Mulino, 2013, 103.

²⁷ Traggio questa citazione da M.R. FERRARESE, *I confini e la voglia di attraversarli*, in L. TORCHIA (a cura di), *Attraversare i confini del diritto. Giornata di studio dedicata a Sabino Cassese*, Bologna, Il Mulino, 2016, 69 che rinvia a S. CASSESE, *Il diritto amministrativo. Storia e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2010, 5.

²⁸ A. VERMEULE, *Our Schmittian Administrative Law*, in *Harvard Law Review*, 122, 2009, 1103.

²⁹ Per alcuni profili tuttora dogmaticamente rilevanti cfr. C. MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Roma, A.R.E., 1931. Sul tema delle "zone grigie" vedi anche F. LANCHESTER, *Pensare lo Stato. I giuspubblicisti nello Stato unitario*, Roma-Bari, Laterza, 2004, 152.

³⁰ B. KINGSBURY - N. KRISCH - R. B. STEWART, *The Emergence of Global Administrative Law*, in *Law and Contemporary Problems*, 68, 2005. Si vedano, inoltre, i materiali contenuti nello stesso sito <http://www.iilj.org/GAL/>.

³¹ M. CARTABIA, *Il Governo "signore delle fonti"?*, in M. CARTABIA - E. LAMARQUE - P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte Costituzionale e giudici*, Torino, Giappichelli, 2011, IX-XIII.

³² Il principio di legalità è richiamato dagli artt. 23, 97, 113 della Costituzione e dall'art. 1 della legge 241/1990; sul piano sovranazionale, ancorché non esplicitamente, dall'art. 19 del Trattato dell'Unione Europea e dall'art. 262 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

³³ G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, ora in Id., *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1955, 206.

base formale a livello – almeno – legislativo che indichi non solo la finalità da perseguire (legalità «formale» o in senso *debole*) ma anche le modalità di esercizio del potere e, in parte, anche il contenuto (essenziale) del provvedimento (legalità «sostanziale» o in senso *forte*)³⁴.

Risulta dunque cruciale individuare un punto di equilibrio tra l'intervento inevitabilmente autoritativo dei pubblici poteri e le libertà costituzionali assicurate ai consociati rispettando le garanzie dell'ordinamento e scongiurando il rischio che il potere straordinario sia indice di una incontrollata e arbitraria «volontà di potenza»³⁵.

Quando si verificano eventi noti ma dall'impatto imprevedibile – terremoti, calamità naturali, o anche solo *grandi eventi*, ad esempio di natura religiosa o sportiva – oppure insorgono fenomeni del tutto ignoti, imprevisi e sconosciuti, emerge il cosiddetto «diritto dell'emergenza», inevitabilmente connesso con alcune figurazioni tipiche della riflessione giuridica, prime fra tutte, appunto, il concetto di «necessità» e quello di «eccezione»³⁶.

Si distingue un potere *extra ordinem* radicato sul carattere 'straordinario' di un pericolo generalmente noto – poiché si è verificato già in passato – ma imprevedibile, da un potere fondato sul «principio di precauzione». La logica della precauzione è differente: in questi casi, il pericolo non è certo ma presunto; si passa cioè dal *pericolo* al *rischio* – e quest'ultimo, in definitiva, può rivelarsi anche insussistente dunque, *ex post*, nemmeno potenziale – e tuttavia determina comunque l'attivazione del principio di anticipazione della tutela. In questo caso si fronteggiano pericoli *ignoti* e ancora inesplorati (e non pericoli *noti* come quelli cui solitamente si fa fronte con ordinanze, tipicamente della protezione civile) e perciò l'amministrazione è chiamata ad esercitare una tutela anticipata mediante l'adozione di provvedimenti fondati, per così dire, sul *sospetto* (con una sorta di inversione dell'onere della prova circa l'inesistenza di pericoli³⁷).

³⁴ «Il principio di legalità assolve a una duplice funzione: di garanzia delle situazioni giuridiche soggettive dei privati che possono essere incise dal potere amministrativo (legalità-garanzia); di ancoraggio dell'azione amministrativa al principio democratico e agli orientamenti che emergono all'interno del circuito politico-rappresentativo (legalità-indirizzo)» (M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2017, 70). Sul punto cfr. anche F. MERUSI, *La legalità amministrativa fra passato e futuro. Vicende italiane*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016. Sul principio di legalità, in chiave filosofico-giuridica, nella letteratura più recente cfr. G. PINO - V. VILLA (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2016;

³⁵ G. MARAZZITA, *Il conflitto tra autorità e regole. Il caso del potere di ordinanza*, in *Rivista AIC*, 2010. Cfr. anche Margherita Ramajoli, la quale ha osservato che «la presenza delle ordinanze all'interno dell'ordinamento contraddice l'assolutezza del principio di legalità, ne revoca in dubbio il carattere di principio fondamentale. Detto in altri termini, se il principio di legalità è il principio fondamentale dello Stato di diritto, la presenza delle ordinanze di necessità e urgenza significa che l'azione amministrativa non si risolve integralmente nel modello dello Stato di diritto, essendo sempre presente un'eccedenza non integrabile entro lo schema di quella totale giuridicizzazione del potere che costituisce il fine ideale dello Stato di diritto» (M. RAMAJOLI, *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, cit., 9).

³⁶ In generale, per questi profili cfr. D. DYZENHAUS, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, Cambridge University Press, New York, 2006; e V. RAMRAJ, *No Doctrine More Pernicious? Emergencies and the Limits of Legality*, in V. RAMRAJ(ed.) *Emergencies and the Limits of Legality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

³⁷ Un ordine di problemi anche molto rilevanti per i quali si rinvia al classico C. R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura. Oltre il principio della precauzione* (2005), Bologna, Il Mulino, 2010. Cfr. G. GORGONI, *Il principio di precauzione e la governance dell'incertezza*, in *Governare la paura*, 2013; A. ZEI, *Il principio di precauzione: programma, regola, metodo*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro*, Napoli, Jovene, 2008.

2. Necessità e potere di ordinanza.

Al netto della figurazione dello «stato di eccezione», che pure ha assorbito tanta parte del dibattito in questione e che ancora oggi assicura un vasto richiamo, la scienza del diritto pubblico ha elaborato soluzioni differenti e tecnicamente anche raffinate che vanno dalla valorizzazione della *necessità* quale fonte del diritto all'esistenza di poteri e atti amministrativi impliciti³⁸, tutte invero oggetto di ampio e approfondito confronto in dottrina.

Uno strumento tipico dell'amministrazione dell'emergenza è, come si è anticipato, il potere necessitato di ordinanza della pubblica amministrazione, attribuito da «una serie di previsioni legislative che disciplinano in modo eterogeneo e sporadico il potere di emanare ordinanze di necessità ed urgenza, cioè di una serie di provvedimenti di dubbia collocazione nel sistema delle fonti e che segnano una deroga ai principi di tipicità e nominatività degli atti amministrativi»³⁹.

Le ordinanze «contingibili ed urgenti» sono uno strumento tecnico, polivalente e adattabile ad una pluralità estremamente eterogenea di circostanze che il legislatore non prevede *ex ante* in maniera tassativa, lasciando un ampio quanto discutibile margine di astrattezza e di indeterminatezza della fattispecie costitutiva del potere amministrativo⁴⁰. Esse sono un sottoinsieme delle ordinanze: a differenza di quelle che sono definite «ordinarie» e che garantiscono l'osservanza di leggi o di regolamenti, quelle «contingibili ed urgenti» esibiscono una forza derogatoria e sospensiva che può estendersi fino alle norme di rango costituzionale, col solo limite dei principi generali dell'ordinamento giuridico⁴¹: il presupposto giuridico per la loro adozione «è sempre l'opportunità di provvedere in modo tempestivo in situazioni anormali, di emergenza di vario tipo, là dove un ritardo nell'intervento (quale presumibilmente si avrebbe seguendo le procedure ordinarie) potrebbe portare a conseguenze pregiudizievoli per rilevanti valori giuridici della collettività»⁴².

³⁸ Per una mappa dei problemi e degli istituti: N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001.

³⁹ F. F. PAGANO, *Dal decreto-legge alle ordinanze di protezione civile. Ampiezza e limiti costituzionali del sindacato del giudice amministrativo sul potere extra-ordinem del Governo*, in *Rivista AIC*, 2011, 4.

⁴⁰ Lo strumento dell'ordinanza, peraltro, compare anche nei classici della letteratura; valgano, per tutti, i riferimenti che ricorrono nel classico *La Peste* di Albert Camus, quando davanti alla singolare insorgenza di una moria di topi, il dott. Rieux invoca presso gli uffici comunali una derattizzazione:

«Rieux telefonò comunque al servizio di derattizzazione del comune, di cui conosceva il direttore. Era al corrente del gran numero di topi che uscivano a morire all'aperto? Mercier, il direttore, era al corrente e nel suo stesso ufficio, che aveva sede non lontano dal porto, ne avevano rinvenuti una cinquantina. Si domandava però se era una cosa da prendere sul serio. Rieux non ne aveva idea, ma pensava che il servizio di derattizzazione dovesse intervenire.

“Sì”, disse Mercier, “ma mi serve un'ordinanza. Se ritieni che ne valga davvero la pena, posso provare a sollecitare un'ordinanza.”

“Ne vale sempre la pena” disse Rieux».

(A. CAMUS, *La peste*, [1947], trad. di Yasmina Melauouah, Milano, Bompiani, 2019, 21 [corsivo mio]).

⁴¹ A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, Il Mulino, 2008; L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi di urgenza*, Milano, Giuffrè, 1953; Id., *Teoria giuridica degli ordini amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1950; U. GARGIULO, *I provvedimenti di urgenza nel diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1954.

⁴² F. PEDRINI, *Le ordinanze contingibili e urgenti in materia di protezione civile*, in AA.VV., *La prassi e gli organi costituzionali*, a cura di A. BARBERA E T.F. GIUPPONI, Bologna, Bononia University Press, 2008, 184. Vedi anche G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Diritto amministrativo*, 2016.

Come noto in dottrina, le ordinanze di necessità ed urgenza costituiscono una delle quattro categorie espressione dei «poteri di emergenza»⁴³.

Nelle altre tre sono sistematizzati, innanzitutto, gli studi sul potere costituente; in seguito, vi sono gli studi sui poteri impliciti e sui cosiddetti «atti necessitati» (si pensi all'occupazione d'urgenza di terreni già interessati da un procedimento di espropriazione); e nella terza categoria vi sono i decreti-legge (art. 77 Cost.) e i poteri del Governo in tempo di guerra, gli unici che siano ancora espressamente previsti come «straordinari» dalla Costituzione repubblicana che, all'art. 78, appunto stabilisce: «[l]e Camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono al Governo i poteri necessari».

Nel caso delle ordinanze contingibili e urgenti si usa ricorrere alla legittima difesa come scriminante per gli organi dello Stato che agiscono *contra legem* oppure, nel solco delle riflessioni di Vittorio Emanuele Orlando, Santi Romano, Alfredo Codacci-Pisanelli, si ricorre alla meta-norma *salus rei publicae suprema lex esto*.

A seguito di un complesso dibattito costituzionale, alle ordinanze è stato definitivamente riconosciuto il carattere amministrativo, negandone quindi la natura normativa, ma ciò non ha posto termine al confronto, generato e alimentato da una prassi costante, circa i rischi di una «deriva paranormativa del potere di ordinanza»⁴⁴ che, nel corso del tempo, ha sovente superato il limite dell'urgenza e della necessità, col paradosso di trasformare la saltuaria *eccezione* nella normale *regola* generale.

In questa prospettiva certamente si collocava la formulazione dell'art. 54, 4° comma, del Testo Unico degli Enti Locali, prima della nota pronuncia della Corte Costituzionale, nel 2011, laddove consentiva l'esercizio del potere di ordinanza *anche* per motivi contingibili ed urgenti, così facoltizzando *a contrario* i sindaci a farvi ricorso anche in situazioni e per motivi non eccezionali, in un'ottica essenzialmente securitaria e di contrasto al cosiddetto «degrado urbano»⁴⁵. Il potere di adottare misure *extra ordinem*, inoltre, è attribuito a favore del Prefetto dall'art. 2 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (r.d. 18 giugno 1931 n. 773) per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica; e poteri analoghi sono previsti dalla Legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale a favore delle Regioni e del Ministro della salute (art. 32 della legge n. 833 del 23 dicembre 1978).

Il modello più significativo resta tuttavia il sistema della protezione civile che, riformato nel 2018 (c.d. «Codice della protezione civile» D. Lgs. 1/2018), si fonda sulla sedimentazione di una risalente disciplina normativa e fa riferimento alla legge n. 225 del 1992: a questa fonte gli esecutivi regolarmente, nel corso del tempo, hanno fatto ricorso

⁴³ E. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, Bononia University Press, 2019.

⁴⁴ A. CARDONE, *Il rapporto tra ordinanze del Governo e decreti-legge*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2-2012, 6. Marcello Clarich opportunamente osserva che «ove la situazione di emergenza tenda a protrarsi le ordinanze acquistano necessariamente anche un carattere di astrattezza e perdono quello della temporaneità» con la conseguenza che, specie nel caso delle ordinanze dei sindaci, «esse finiscono per assumere caratteristiche simili ai regolamenti comunali, intesi come atti normativi in senso proprio di rango sublegislativo» (M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 87).

⁴⁵ Per un'analisi critica di queste tendenze si veda T. PITCH, *Contro il decoro. L'uso politico della pubblica decenza*, Roma-Bari, Laterza, 2013.

per fronteggiare scenari eterogenei e non sempre per motivi pacificamente contingibili (si pensi, per esempio, all'organizzazione del G8 alla Maddalena, nel 2009).

L'estensione semantica del carattere dell'eccezionalità ha subito un oggettivo quanto ingiustificato ampliamento, rendendo il sistema provvedimentale delle ordinanze una vera e propria «tecnica di governo»⁴⁶, parallela⁴⁷ e alternativa a quella ordinaria della legalità, che è – costitutivamente – «tecnica della libertà»⁴⁸.

Si è, cioè, «verificato un “effetto domino”»: il decreto legge al posto della legge, l'atto amministrativo al posto del decreto legge»⁴⁹.

Nel caso dell'emergenza sanitaria dei mesi scorsi, com'è noto, il Consiglio dei Ministri 31 gennaio 2020 ha deliberato lo «stato di emergenza» ai sensi dell'art. 24 del Codice della protezione civile e per i motivi previsti dall'art. 7, comma 1, lett. c, con ciò dando facoltà al Presidente del Consiglio all'esercizio del potere di ordinanza *extra ordinem*⁵⁰. L'art. 24 prevede che con la dichiarazione dello stato di emergenza il Consiglio dei Ministri autorizzi l'emanazione delle ordinanze di protezione civile per affrontare le «emergenze di rilievo nazionale connesse con *eventi calamitosi* di origine *naturale* o derivanti *dall'attività dell'uomo* che in ragione della loro *intensità* o *estensione* debbono, con *immediatezza* d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e *poteri straordinari*» da esercitare nei limiti stabiliti dal medesimo articolo.

Le ordinanze possono derogare alla legge purché si conformino ai principi generali dell'ordinamento e alle norme del diritto comunitario: esse dunque sono sindacabili solo per i profili di «eccesso di potere» *sub specie* irragionevolezza⁵¹.

⁴⁶ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., p. 16. Peraltro, come è stato osservato, «alle emergenze derivanti da cause e fattori esterni all'amministrazione o da “grandi” eventi si sommano quelle causate da “consolidate disfunzioni degli apparati pubblici”, sicché anche il quotidiano rapporto con gli immigrati o la routinaria raccolta dei rifiuti diventano occasione di commissariamenti, sostituzioni, sospensioni, deroghe, per non dire della dichiarazione “preventiva” – o, come è stato detto, “ipotetica” – di grande evento, formula immaginifica adottata per l'Expo 2015, quando ancora mancava la decisione del Bureau International des Expositions (BIE) e si era in presenza della semplice candidatura del Comune di Milano quale sede della manifestazione» (M.A. CABIDDU, *Stato di eccezione*, cit., 7-8).

⁴⁷ C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-leggi e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Rivista AIC*, 25 gennaio 2010.

⁴⁸ N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà: storia del costituzionalismo moderno* (1976), Bologna, Il Mulino, 2016; Id., *Costituzionalismo*, in N. BOBBIO - N. MATTEUCCI - G. PASQUINO (a cura di), *Il dizionario di Politica*, Torino, Utet, 2004, 201-202.

⁴⁹ G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost. Unità per la Costituzione*, 4 aprile 2020.

⁵⁰ «Quando però la diffusione del contagio ha assunto le proporzioni di un'epidemia, a partire dalle giornate del 20 e 21 febbraio 2020, in seguito all'infezione di alcuni pazienti ricoverati negli ospedali di Codogno e di Lodi, i primi provvedimenti sono stati adottati in un quadro normativo diverso: quello di cui all'art. 32 della legge n. 833/1978, che attribuisce al Ministro della sanità il potere di emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente in materia di igiene e sanità pubblica, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a una parte di esso, comprendente più regioni; lo stesso potere è attribuito al Presidente della giunta regionale e ai sindaci con efficacia estesa ai rispettivi territori di competenza»: così M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it*, 13 marzo 2020, 3.

⁵¹ Antonio Ruggeri, tuttavia, a questo proposito osserva che «l'esperienza (...) insegna che anche in situazioni di emergenza non è, per ciò solo, esclusa la sindacabilità degli atti adottati per farvi fronte, in specie alla luce del canone della ragionevolezza (...) solo che, a tirar delle somme, gli organi di garanzia tendenzialmente sono portati ad adottare una linea – per dir così – “giustificazionista”, offrendo sia pure *obtorto collo* il loro generoso avallo alle misure poste in essere...»: A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, 21 marzo 2020, 369-370.

Dichiarato lo stato di emergenza, il Governo ha emanato il decreto-legge n. 6/2020 (convertito in legge n. 13/2020) che autorizzava genericamente il Governo ad adottare misure urgenti per il contrasto al virus Covid-2019.

Gli strumenti adottati per fronteggiare l'emergenza fanno riferimento a livelli differenti nella gerarchia delle fonti, trattandosi di fonti primarie, quale è appunto il decreto-legge, e di fonti sub-secondarie, quale è l'ordinanza che possono emanare il Presidente del Consiglio, il Ministro della Salute e i Presidenti di Regione. È evidente come lo strumento del decreto-legge sia decisamente più garantista rispetto al decreto del Presidente del consiglio (DPCM), per l'ovvio motivo che solo il primo consente il controllo da parte del Presidente della Repubblica, che lo emana, e del Parlamento, che lo converte.

Come ha ricordato Beniamino Caravita il DPCM, inevitabilmente più duttile, sembra avere una doppia legittimazione: quella che deriva dal decreto-legge n. 6/2020 e quella che deriva direttamente dal suo carattere di ordinanza necessitata⁵², in quanto tale già previsto dal Codice della Protezione Civile e dalla legge n. 833 del 1978 per le competenze del Ministro della Salute.

Le libertà costituzionali incise dal decreto-legge del 23 febbraio («Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19») sono: la libertà personale (art. 13 Cost.); la libertà di circolazione e soggiorno (art. 16 Cost.); la libertà di riunione (art. 17 Cost.); la libertà di professare la propria fede religiosa (art. 19 Cost.); il diritto all'istruzione e alla cultura (artt. 9, 33 e 34 Cost.); la libertà d'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.); il diritto al lavoro (artt. 4 e 35 Cost.).

3. «Pieni poteri» e «poteri necessari» nella teoria del diritto

A questo punto è utile chiedersi come sia (ancora) possibile che un decreto-legge o addirittura un'ordinanza contingibile ed urgente, dunque una norma di rango secondario, possa comprimere, per un tempo anche non breve, una libertà fondamentale di rango costituzionale. In dottrina è pressoché inevitabile il riferimento ad una risalente teoria che utilizza l'argomento della *necessità* e in particolare, come anticipato in precedenza, all'«istituzionalismo» di Santi Romano⁵³.

Raccogliendo i frutti di una riflessione che aveva un respiro ampio, a carattere europeo, e che in Italia trovò in Alfredo Codacci-Pisanelli e in Oreste Ranelletti gli interpreti più acuti, Romano individua nella «necessità» la fonte che legittima le ordinanze del Governo, indipendentemente dal fatto che esse siano previste o, all'opposto, vietate, da una specifica disposizione dello Statuto⁵⁴.

⁵² B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, 6-2020, VI.

⁵³ Cfr. A. TARANTINO, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 1980, 12. Per una recente disamina del pensiero di Santi Romano si vedano i contributi contenuti nel fascicolo di *Jura Gentium*, 2-2018, a cura di THOMAS CASADEI e STEFANO PIETROPAOLI.

⁵⁴ «Nella concezione romaniana, quindi, il problema del fondamento delle ordinanze contingibili ed urgenti si risolve nel problema della validità dell'ordinamento: nella misura in cui l'ordinamento è valido perché riposa sull'effettività

Santi Romano, in particolare, intuisce la rilevanza della regola della *necessità* negli anni della formazione e degli scritti giovanili, cioè in quell'intervallo di tempo che, convenzionalmente, si può far cominciare nel 1894, con il saggio *Il concetto di istituzione di pubblica beneficenza*, e terminare nel 1909, con il saggio *Sui decreti-legge e lo Stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*.

Si possono individuare, più precisamente, tre significati, adiacenti ma concettualmente distinti, nei quali Romano utilizza il concetto di necessità come fonte ampia: come *urgenza*, come *limite*, e come *fonte*.

Nel primo senso la necessità si ricollega all'interpretazione (ovviamente non letterale) dell'art. 6 dello Statuto Albertino e ai poteri del Governo in relazione alle ordinanze d'urgenza, difese e avallate in particolare da Codacci-Pisanelli (in contrapposizione alla visione eccezionalista di Carl Schmitt)⁵⁵.

Fedele alla sua impostazione anti-volontaristica, Santi Romano sostiene che alcune opzioni giuridiche sono rese indispensabili dalla condizione concreta dei bisogni e delle forze sociali, senza possibilità di sottrarvisi. *Necessità*, in questa prospettiva, non è propriamente «straordinarietà», ma mancanza di alternative *possibili*. Ciò, soprattutto, nei casi in cui sia indispensabile salvaguardare la struttura politica e giuridica dello Stato e appaia dunque doveroso il ricorso non tanto a poteri *extra ordinem* quanto alla 'disapplicazione' delle leggi vigenti, costituendo una 'eccezione' alla regola.

In questa prima accezione la necessità costituisce la fonte per i decreti nei casi di «urgente ed assoluta necessità» in forza dell'art. 3, n. 3 della legge n. 100 del 31 gennaio 1926.

Questo tuttavia non significa che la 'necessità' fondi la validità dei soli decreti: essa è, invece, fonte del diritto scritto e del diritto non scritto (è evidente quando Romano parla della consuetudine e dello Stato come istituzione necessaria) e nei *Principi di diritto costituzionale generale* (1945), Romano osserva che persino quando nelle leggi scritte manchi l'autorizzazione all'utilizzo di poteri "derogatori", la necessità funge da fonte legittimante, che vince la legge («*necessitas non habet legem*»)⁵⁶.

In questa convinzione, in fondo, si può ravvisare il dualismo tra *diritto* e *legge*, tra ordinamento e poteri legislativi: la disposizione singolare prevista dalla legge non può esaurire la «carica» normativa dell'istituzione generale; quest'ultima *eccede* rispetto alla norma e si irradia nei principi giuridici, nella prassi, nell'«effettività delle regole sociali»⁵⁷. È in virtù di questo dualismo che Romano afferma «lo stato d'assedio è atto giuridico, ma illegale»⁵⁸, conforme al diritto positivo non scritto e perciò giuridico e costituzionale.

sociale, così le ordinanze sono legittime poiché si fondano su quella stessa effettività»: così A. CARDONE, *Il rapporto tra ordinanze del Governo e decreti-legge*, cit., 8.

⁵⁵ A. CODACCI PISANELLI, *Sulle ordinanze di urgenza*, in *Scritti di diritto pubblico*, Tip. Lapi, Città di Castello, 1900, 98.

⁵⁶ S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, in L'«ultimo» Santi Romano, Milano, Giuffrè, 2013, 285. «In questa prospettiva, il potere di ordinanza, anche nella sua accezione di potere autenticamente *extra ordinem*, non pone alcun problema particolare, perché è proprio quella necessità che si afferma nell'effettività sociale che conferisce alle ordinanze il crisma della giuridicità»: così A. CARDONE, *Il rapporto tra ordinanze del Governo e decreti-legge*, cit., 8.

⁵⁷ G. CIANFEROTTI, *Gli scritti giovanili di Federico Cammeo (1892-1899)*, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 22-1993, 163. Cammeo, come accennato, è autore di uno studio sulle ordinanze di urgenza.

⁵⁸ S. ROMANO, *Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione*, in *Il Filangieri*, XXIII, 1898, ripubbl. in *Scritti minori*, I, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1950.

Il fatto emergenziale, in questo senso, sembra imporsi nella sua immediata urgenza, con una forza (normativa) *indecidibile*, che si è già *posta* e non lascia spazio ad alternative, condizionando tutto. *Eccezione* rispetto alla regola, e non come «*stato di*».

Dello stesso tenore sarà anche, per inciso, l'avviso di Giovanni Miele, che parla di «necessità politica»⁵⁹ e di atto politico: in questa prospettiva l'emergenza determinerebbe una situazione di «illegalità necessaria»⁶⁰.

Nel secondo senso la necessità è intesa come *limite* della sovranità statale. Nelle *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano* (1902) Romano scrive che è possibile derogare allo Statuto quando ciò sia dettato dalla «necessità», sicché la modificazione che ne deriva è «*un prodotto immediato e, per dir così, di primo grado; il legislatore non fa che prenderne atto e consacrarla*»⁶¹. Per Romano l'instaurazione di un ordinamento comporta necessariamente il riconoscimento di limiti e principi (giuridicamente) dati: questi, nella misura in cui consentono di derogare allo Statuto *solo* in caso di necessità, costituiscono limitazioni all'attività legislativa dello Stato.

Tale assunto emerge chiaramente ne *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale* (1901): lo Stato, per potersi qualificare in termini giuridici, deve riconoscere determinate garanzie e principi fondamentali «che il nuovo ordinamento non può non considerare suoi, perché nasce con essi e senza di essi la nascita non si avrebbe, giacché sono essenziali alla sua vita»⁶². In questo senso, a differenza della prospettiva di Georg Jellinek⁶³, il limite che vincola la potestà legislativa non deriva da una «auto-obbligazione» dello Stato ma dal processo di giuridificazione dell'ordinamento: lo Stato è *sovrano* se e nella misura in cui è anche *giuridico*⁶⁴.

⁵⁹ G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1936; rist. in *Scritti giuridici*, Milano 1987, vol. I, 377.

⁶⁰ G. ROLLA, *Profili costituzionali dell'emergenza*, cit., 1997.

⁶¹ S. ROMANO, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in *Archivio del diritto pubblico e dell'amministrazione italiana*, 1, 4, 1902, ora in Id., *Scritti minori*, Giuffrè, Milano, 1950, 194.

⁶² S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione*, in Id., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969, 94-95.

⁶³ Si veda, in particolare, G. JELLINEK, *La dottrina generale dello Stato* (1900), trad. it. della II edizione tedesca, con introduzione e capitoli aggiunti di V.E. ORLANDO, Milano, Società editrice libraria, 1921. Per un raffronto su questi e altri aspetti tra Romano e il giurista austriaco si veda C. PINELLI, *La Costituzione di Santi Romano e i primi maestri dell'età repubblicana*, in *Rivista AIC*, 2012, 2, 17 aprile 2012, in partic. 1-5. Jellinek, come è noto, aveva elaborato la teoria dei diritti pubblici come auto-obbligazione dello Stato. Tra i molti lavori consultabili a questo proposito, L. KRIEGER, *The German Idea of Freedom. History of a Political Tradition*, Boston, Mass., Beacon Press, 1957, 250 ss.; S. LAGI, *Georg Jellinek storico del pensiero politico (1883-1905)*, Firenze, Centro Editoriale Toscano, 2009.

Gianfrancesco Zanetti di recente ha ipotizzato che nell'elaborazione di detta teoria abbia svolto un ruolo non secondario la cultura ebraica del giurista: la «prima (in senso logico) nozione di autolimitazione nella tradizione ebraico-cristiana, è infatti, molto probabilmente, implicita in modo vago nell'idea di *tzimtzum* [...] ovvero nell'idea di una «autolimitazione» di Dio che si «ritrae» nell'atto della creazione del mondo» (GF. ZANETTI, *Problemi di eguaglianza e religione nell'età dei diritti umani*, in S. Ferrari [a cura di], *Ebraismo e Cristianesimo nell'età dei diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2018, 71-83).

⁶⁴ Come ha osservato Maurizio Fioravanti: «attraverso la nozione giuridica di 'necessità', si conferma (...) che nelle norme scaturenti dagli atti d'imperio dello Stato è contenuto anche il requisito della limitatezza, necessario per l'integrale costruzione dello 'Stato giuridico'; è contenuta cioè una vera e propria *adesione implicita e necessaria* ai principi e agli istituti fondamentali, sui quali si regge l'esistenza stessa del potere politico» (M. FIORAVANTI, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive della ricerca*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 10-1981, 168-219 [corsivo nel testo]).

Questo richiamo deciso e quasi enfatico al limite giuridico tradisce, piú che una preoccupazione *positiva*, forse un'avversione *negativa* nei confronti del potere costituente, della sua immediata volontà di potenza, di marca giacobina⁶⁵. Soprattutto questa dimensione del 'limite' è particolarmente interessante e produttiva di ulteriori riflessioni perché, a differenza di altre teorie della necessità, individua non solo il fondamento del potere *extra ordinem*, ma anche una irriducibile delimitazione genetica del suo esercizio.

L'emergenza, secondo Romano, non può mai costituire l'occasione per una *auto-investitura*, in forma costituente, ma deve articolarsi nel solco tracciato dallo Stato, il quale deve sottoporsi comunque alla sua stessa legge, secondo i postulati dello «stato legislativo di diritto».

Il tema del limite e della previsione delle opportune garanzie emerge nettamente nel pensiero di un altro grande maestro del diritto pubblico, Federico Cammeo, il quale – al contrario di Romano – riconosceva nel concetto di 'necessità' una riformulazione del principio della *ragion di stato*, per dir così, sotto mentite spoglie:

«Se la necessità, vera o presunta, è una ragione sufficiente e giuridica per non applicare le leggi, se di questa necessità non può farsi giudice l'autorità giudiziaria, e se quindi al governo basta invocarla per rendere incensurabile ogni suo atto, è evidente che tutto il diritto pubblico e con esso il diritto privato *qui sub tutela juris publici latet*, è in piena balia del governo. Oggi si sono soppresse alcune libertà statutarie e si sono sostituiti i tribunali militari a quelli ordinari: domani si aboliranno in omaggio alla necessità, anche queste poche garanzie formali di giustizia e si metterà la vita e la sostanza dei cittadini nelle mani dell'amministrazione attiva militare o civile»⁶⁶.

Il pensiero, in questa prospettiva, non può non andare alla sentenza della Corte Costituzionale n. 115 del 2011 con la quale il giudice delle leggi, ancorché in riferimento alle ordinanze dei sindaci, indicò nei principî dell'ordinamento giuridico il limite strutturale del potere amministrativo di «emergenza». Quest'ultima risulta «materialmente circoscritta dai confini dello stesso fatto emergenziale, che integra la fattispecie normativa» e soprattutto «consente di far funzionare – anche in questo caso anomalo – un sindacato fondato sul principio di legalità»⁶⁷.

Strettamente collegata alle prime due, la terza declinazione di necessità è quella di *fonte* prima che interrompe la catena della validità delle norme: l'iter logico s'arresterà solo grazie

⁶⁵ M. FIORAVANTI, *Passato, presente e futuro dello stato costituzionale odierno*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2-2018, 5. Cfr. anche F. LANCHESTER, *Santi Romano e le ideologie giuridiche italiane nella transizione allo stato di massa*, in *Rivista AIC*, 2011, 1.

⁶⁶ F. CAMMEO, *Lo stato d'assedio*, cit., col. 373. Riprendo la citazione da G. CIANFEROTTI, *Gli scritti giovanili di Federico Cammeo (1892-1899)*, cit., 164.

⁶⁷ E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus*, in *BioLaw Journal - Rivista di Biodiritto*, Instant Forum Diritto, *diritti, ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 2-2020, 5. Di conseguenza oggi il potere di ordinanza può essere esercitato in deroga ad ogni disposizione vigente ma «nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea»: cfr. art. 25 del Codice della protezione civile.

a quella «prima legge, la quale avrà ricavato la sua forza solo dalla necessità che l'ha determinata»⁶⁸, quale suo ultimo fondamento obbligatorio. Com'è evidente soprattutto nella prospettiva della fonte consuetudinaria, il diritto *emerge* in tal modo direttamente dal fatto che l'ha reso *necessario*. Da questo punto di vista essa istituisce collegamenti materiali tra la dimensione sociale e la dimensione giuridica, ma stabilisce anche un collegamento formale tra le fonti del diritto, una catena di autorizzazioni che giustifica la validità delle norme ⁶⁹.

Se per Ranelletti alcuni provvedimenti del governo, apparentemente contrari alla legge, sono scusati dallo stato di necessità che diviene «suprema ragione di diritto», alla stregua delle cause di esclusione della colpevolezza, secondo Romano in realtà la necessità diventa fonte di un «nuovo ed eccezionale ordinamento giuridico (...) che determina in modo diverso i confini rispettivi della potestà dello Stato e dell'attività dei singoli»⁷⁰.

4. Considerazioni conclusive: quali 'limiti' per le limitazioni?

L'istituto dell'ordinanza, al quale sembra potersi associare lo strumento del Decreto del Presidente del Consiglio, deriva direttamente dalla risalente giuspubblicistica dello Stato liberale e, anche in questa prospettiva, esso è «un prodotto giuridico del secolo scorso»⁷¹.

Il problema di ogni situazione di emergenza è sempre quello di individuare con esattezza la delimitazione dei diritti che occorre comprimere o ai quali è necessario derogare, attivando precise garanzie circa il carattere temporaneo delle misure adottate, anche grazie alla previsione di appositi controlli parlamentari e alla giustiziabilità dei provvedimenti⁷².

Oltre a questo ordine di problemi, oggi comincia a profilarsi un tema inerente al bilanciamento dei diritti, non tanto per mettere in discussione il bene supremo del diritto

⁶⁸ S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, cit., 261.

⁶⁹ *Ibidem* (corsivo aggiunto). Su questi aspetti sia consentito rinviare a F. DE VANNA, *Dalla pluralità delle fonti al rapporto tra ordinamenti. Itinerari "imprevisti" del pluralismo giuridico*, Modena, Mucchi, 2019, 65-67.

⁷⁰ S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, cit., 257.

⁷¹ F. PEDRINI, *Le ordinanze contingibili e urgenti in materia di protezione civile*, cit., 207.

⁷² Come osserva Francisco Javier Ansuátegui Roig: «Tra le molte possibilità di riflessione che ci offre questo momento storico, vale la pena sottolineare due questioni. Da una parte, quella che ha a che fare con il carattere limitato dei diritti. Ciò è stato messo in evidenza durante la pandemia, per quanto si trattasse di un assunto già generalmente accettato dal punto di vista teorico. Abbiamo assistito a limitazioni la cui massima espressione probabilmente sono state quelle relative alla libertà di circolazione, giustificate dalla collisione puntuale con altre libertà o beni giuridici, come la salute pubblica. La sfida, estremamente difficile, per coloro che hanno avuto la responsabilità di decidere tali limitazioni è determinata dall'esigenza di proporzionalità e dall'adeguamento alle circostanze specifiche del caso concreto. Tutto ciò in uno scenario caratterizzato dalla variabilità delle condizioni. E in un contesto sociale e politico in cui le misure eccezionali devono essere esattamente tali: eccezionali. È importante ricordare che in democrazia le situazioni di eccezionalità o emergenza non esimono dal dovere di giustificazione in relazione ai limiti dei diritti. La vocazione dello Stato di diritto dev'essere anche quella di regolare l'eccezionalità. Ciò pare un buon antidoto di fronte alle tentazioni antidemocratiche che possono affiorare in circostanze come quelle attuali. Il caso di Viktor Orbán in Ungheria è un buon esempio in tal senso. Ad ogni modo, ciò che ci dimostra la situazione presente è che, probabilmente, la gestione degli scenari eccezionali nelle società democratiche è molto più complessa che in altri modelli di società, per almeno due motivi: da una parte, l'esistenza di un sistema di limiti a cui il potere politico deve essere sottoposto e, dall'altra, l'esistenza di una cittadinanza critica che sottopone costantemente a scrutinio l'azione dei poteri dello Stato» (F. J. Ansuátegui Roig, *Una riflessione su pandemia, diritti e società*, in *Scienza&Pace Magazine*, 18 giugno 2020).

alla salute, quanto per problematizzare la limitazione e la compressione di altri diritti che rischierebbero di essere «sacrificati» oltre il normale parametro della adeguatezza e della proporzionalità, anche sotto il profilo della temporaneità: in questo senso la riflessione comincia a spostarsi sul piano delle garanzie di tutela almeno di un «nucleo duro» del *diritto alla privacy*⁷³, del *diritto alla libertà di culto*⁷⁴, o ancora del *diritto d'asilo e del divieto di non-respingimento*⁷⁵, solo per citare alcuni importanti esemplificazioni.

Occorre, cioè, individuare criteri adeguati e stringenti per gli inevitabili bilanciamenti ma occorre soprattutto individuare *limiti* inderogabili alle *limitazioni* delle libertà.

⁷³ O. POLLICINO - F. RESTA, Data tracing, *no a deleghe in bianco all'algoritmo*, in *Corriere comunicazioni*, 24 marzo 2020 («Se, dunque, le esigenze di contrasto epidemiologico ben possono legittimare trattamenti di dati comuni e particolari, la legittimità complessiva di questi ultimi dipende da ulteriori fattori quali, in primo luogo, la loro necessità, proporzionalità, adeguatezza, nonché la loro idoneità a salvaguardare il contenuto essenziale del diritto, come anticipato, ex art. 52 Cdfue»). In prospettiva critica e nel senso della incompatibilità della geolocalizzazione forzata dei cittadini con il diritto italiano S. PIETROPAOLI, *La scia dell'untore: privacy, ICT e virus non informatici*, in *la Fionda*, 10 aprile 2020. Si vedano anche G. DELLA MORTE, *La tempesta perfetta Covid-19, deroghe alla protezione dei dati personali ed esigenze di sorveglianza di massa*, in *SIDIBlog*, 30 marzo 2020, ed E. ORRÙ, *La sorveglianza ai tempi della crisi. Alcune coordinate filosofiche*, in *Philosophie.ch*, 30 aprile 2020.

⁷⁴ Si vedano in proposito le puntuali osservazioni di Vincenzo Pacillo il quale, ricordando l'appello dell'Istituto «Bruno Leoni» per una interpretazione delle restrizioni alla luce del diritto alla libertà di culto («L'emergenza non può diventare la scusa per multare sacerdoti che cercano di portare conforto alle persone che credono e che nella loro fede cercano un ancoraggio in tempi difficili. L'emergenza non può essere la ragione per umiliare un cittadino musulmano o ebreo, che ha abitudini e consumi coerenti con le sue credenze religiose»), mette in guardia rispetto al rischio che si possa passare da un «diritto ecclesiastico dell'emergenza» ad un «diritto ecclesiastico del nemico» (V. PACILLO, *La libertà di culto ai tempi del Covid-19*, in *il Mulino*, 10 aprile 2020). Per una riflessione più ampia sui medesimi temi dello stesso Autore si vedano *Il diritto di ricevere i sacramenti di fronte alla pandemia. Ovvero l'emergenza da COVID-19 e la struttura teologico-giuridica della relazione tra il fedele e la rivelazione della Grazia*, in *Oliv. Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose*, e *La libertà di culto al tempo del Coronavirus: una risposta alle critiche*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 8-2020, 85-94.

⁷⁵ Si veda il Decreto Interministeriale emesso lo scorso 7 Aprile 2020 n. 150, in cui il Ministro delle Infrastrutture e Trasporti di concerto con altri Ministri, dichiara che per l'intero periodo dell'emergenza sanitaria nazionale i porti italiani non assicurano i necessari requisiti per la classificazione e definizione di Porto Sicuro (*Place of Safety*) solo per le navi soccorritrici battenti bandiera straniera che abbiano soccorso esseri umani fuori dalle nostre acque SAR. Anche in questo caso un atto amministrativo, di rango sub-secondario, sospende le superiori norme del diritto internazionale: come osserva Letizia Mancini se «da un lato, c'è da confidare che i principi e le norme del diritto internazionale, i principi e le norme di rango costituzionale e le pronunce che hanno ripetutamente affermato l'incomprimibilità dei diritti fondamentali dei migranti prevalgano – non solo formalmente, ma anche nei fatti – su questi ultimi provvedimenti, dall'altro non si può sottovalutare il rischio, sempre presente, di una indebita compressione, attuata mediante decreti e circolari, divenuti ormai strumenti ordinari, un infra-diritto con il quale nel nostro paese viene regolata buona parte della vita e dei diritti dei migranti» (L. MANCINI, *Diritti fondamentali, porti non sicuri ed emergenza sanitaria. Brevi note su due recenti decreti*, in *Escapes – Laboratorio di studi critici sulle migrazioni forzate VI Conferenza nazionale – edizione online*, 26 giugno 2020). Cfr. anche I. GJERGJI, *Circolari amministrative e immigrazione*, Milano, Franco Angeli, 2013.

La vicenda ungherese⁷⁶ e slovena⁷⁷, e prima ancora quella turca, insegnano che la previsione di «valvole» emergenziali nei sistemi costituzionali rischia di comprometterne la rigidità e la funzione di tutela delle garanzie fondamentali, a partire da quelle delle minoranze politiche e parlamentari.

Se le costituzioni del Novecento sono state funzionali alla individuazione di limiti progressivamente più rigorosi nei confronti del potere politico, all'alba di questo nuovo secolo sembra invece che la politica possa costituire un «limite al diritto»⁷⁸ con il ritorno a concezioni sostantive di un non meglio definito «bene comune» della cui realizzazione si auto-investono gli stessi esecutivi nazionali.

Come per l'art. 48 della Costituzione di Weimar, i poteri di natura «dittatoriale» possono riprodurre dinamiche simili a quelle sviluppatesi all'inizio del Novecento, in Europa, quando una concezione formale e legalistica dello Stato di diritto (*Rechtsstaat*) produsse (o non impedì) la negazione sistematica dei diritti⁷⁹.

Il fenomeno del potere di ordinanza è concettualmente distinto da questa recente dinamica, ma non vi è dubbio che il suo esercizio possa rappresentare, in circostanze eccezionali, l'indice di un allentamento non già (e non solo) delle *libertà* che la Costituzione protegge quanto del *sistema* complessivo delle *garanzie* che essa predispone per affrontare l'emergenza sanitaria attuale, ma anche tutte le emergenze future.

In altri termini, occorre verificare la tenuta del nostro sistema istituzionale di controlli formali e garanzie sostanziali al fine di assicurarne la funzionalità anche in prospettiva futura, senza compiacersi del limite rassicurante – ma di per sé vago, «del tutto generico e di incerta interpretazione»⁸⁰ – della proporzionalità.

⁷⁶ Il 30 marzo 2020 il Parlamento monocamerale ungherese ha approvato una legge («Misure di emergenza necessarie per prevenire ed eliminare l'epidemia causata dall'infezione Covid-19», 137 voti a favore e 53 contrari) che conferisce «pieni poteri» al Governo.

Come è stato opportunamente segnalato, si «tratta di misure abnormi, che non possono certo esser fatte rientrare nel novero delle decisioni che gli Stati dell'Unione sono legittimati ad adottare, in situazioni di emergenza, per derogare all'applicazione del diritto sovranazionale. (...) In effetti, tali misure, che vanno a sommarsi ad una serie di riforme introdotte nel Paese europeo a partire dal 2011 – l'ultima delle quali, sostanzialmente contestuale alla legge del 30 marzo, volta a proibire la registrazione sui documenti di identità del cambio di sesso –, sembrano dar corpo in via definitiva (o quanto meno per un periodo di tempo indefinito) a quel modello di democrazia illiberale promosso con forza da Viktor Orbán, ponendosi così in netto contrasto con l'impianto valoriale su cui si fonda l'Unione europea» (F. CASOLARI, *La protezione dello stato di diritto nell'Unione europea ai tempi del Coronavirus: se non ora, quando?*, in *SIDIblog*, 7 aprile 2020).

⁷⁷ Con la motivazione del contrasto al Covid-19, il premier sloveno Ivan Janša ha proposto di assegnare poteri di polizia giudiziaria alle forze armate e ha istituito una unità di crisi che ha esautorato le funzioni delle autorità medico-scientifiche nazionali nel controllo dell'emergenza.

⁷⁸ G. PALOMBELLA, *La politica come limite al diritto? Contrasti normativi oltre lo Stato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

⁷⁹ Sul punto un riferimento resta il classico E. FRAENKEL, *Der Doppelstaat: ein Beitrag zur Theorie der Diktatur* (1941), Frankfurt a.M. 1974 (tr. it.: *Il doppio Stato: contributo alla teoria della dittatura*, con una introduzione di N. Bobbio, Torino, Einaudi, 1983). Cfr. anche F. LANCHESTER, *Alle origini di Weimar. Il diritto costituzionalistico tedesco tra il 1900 e il 1918*, Milano, Giuffrè, 1985.

⁸⁰ G. BRUNELLI, *Democrazia e tutela dei diritti fondamentali ai tempi del Coronavirus*, in *Diritto virale. Scenari e interpretazioni delle norme per l'emergenza Covid-19*, 6, la quale aggiunge: «È bene ribadirlo: la strada maestra è quella del decreto legge, pensato proprio per i casi straordinari (cioè imprevedibili) di necessità e di urgenza, che reclamano una risposta normativa immediata, senza emarginare il ruolo del Parlamento. Un ruolo, non dimentichiamolo, che viene salvaguardato dalla Carta costituzionale anche di fronte alla più grave delle emergenze, la guerra...» (Ivi).

Il Governo italiano sembra essersi auto-assunto un potere *extraordinem* che è stato giustificato «per via di necessità»⁸¹ alla luce dell'emergenza dichiarata non solo dalle istituzioni italiane ma anche dall'Organizzazione Mondiale della Sanità; poi nel tentativo di rispondere alle persistenti obiezioni di quanti hanno censurato i DPCM (annoverabili nella categoria delle ordinanze *extra ordinem*⁸²) come inadeguati o illegittimi⁸³, col decreto-legge n. 19 del 25 marzo (che ha abrogato il d.l. n. 6 del 23 febbraio) l'Esecutivo ha in parte parlamentarizzato la crisi e si è impegnato a trasmettere i successivi provvedimenti ai Presidenti delle Camere e a riferire al Parlamento ogni 15 giorni aggiornando deputati e senatori sull'andamento dell'emergenza e sui provvedimenti adottati⁸⁴.

Com'è possibile rilevare in queste settimane, anche così la Costituzione italiana e l'ordinamento giuridico in generale assicurano poteri piuttosto ampi e incisivi, norme emergenziali implicite⁸⁵, sia in relazione alle libertà costituzionali (si pensi alla formulazione dell'art. 16 – che esplicitamente indica la sanità tra i due motivi per i quali è possibile l'introduzione di limitazioni – senza dimenticare la sua riserva di legge 'rinforzata') sia nella relazione verticale con gli altri livelli costituzionali (si pensi, a tal riguardo, al potere di sostituzione che il Governo può esercitare in base all'art. 120 della Costituzione nei confronti delle Regioni nei casi di grave pericolo per l'incolumità).

Ciò che la nostra Costituzione, differenza di altre, volutamente non contempla è uno «stato di eccezione» o di *emergenza* generalizzato, indeterminato, affidato esclusivamente all'arbitrio del Governo: e ciò non può essere legittimato dal ricorso a valutazioni tecniche offerte direttamente da comitati scientifici perché la Carta repubblicana in nessun caso ammette la pretermissione del Parlamento o «deleghe in bianco» all'autorità amministrativa, soprattutto in ambiti incidenti sulla garanzia delle libertà fondamentali. Su questo profilo è difficile giustificare in modo rigoroso valutazioni e orientamenti differenti, se non a

⁸¹ G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 1-2020, III.

⁸² E. C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus*, cit., 4.

⁸³ Peraltro vi è stato chi ha osservato che «laddove i contenuti intervengano solo nei limiti tipici delle ordinanze contingibili e urgenti, rispettando i criteri della provvisorietà, della non astrattezza, della proporzionalità con l'emergenza a cui si fa riferimento, i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (...) possono essere uno strumento adeguato; qualora invece i contenuti non rispondano a queste caratteristiche ovvero abbiano effetti permanenti o incidano sul bilancio ovvero manchi la necessaria proporzionalità e pertinenza si dovrebbe ritenere doveroso anche nel caso straordinario e urgente provocato dall'emergenza coronavirus l'intervento con atto con forza di legge» (B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, cit., VI). Questa osservazione, tuttavia, sembra aggirare il rango costituzionale dei diritti compressi dalle misure del Governo, che sempre necessitano di una fonte primaria per interventi di deroga o sospensione.

⁸⁴ Ma, a rigore, una parte (minoritaria) della dottrina, non aderendo alla distinzione tra riserva di legge assoluta e relativa, potrebbe contestare anche l'utilizzo del decreto-legge prospettando una interpretazione più restrittiva fondata sulla «riserva di organo»: «la Costituzione vuole sia l'organo rappresentativo, espressione del corpo elettorale in tutte le sue componenti, minoranze comprese, ad intervenire sui diritti individuali, appunto per garantirli dagli abusi del governo. Di conseguenza il tipo di atto eventualmente usato da quest'ultimo dovrebbe risultare in definitiva ininfluente: il rapporto è tra organi, non tra atti e un atto dotato della forza di legge non incide meno pesantemente da uno che ne sia sprovvisto. Anzi, è vero il contrario: per le fonti secondarie la legge è inderogabile, mentre decreti-legge e decreti legislativi non sono tenuti a rispettarla» (L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, Treccani, vol. XVIII, 1-3).

⁸⁵ A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, in *BioLaw Journal - Rivista di Biodiritto*, Instant Forum *Diritto, diritti, ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 2-2020, 5. Si veda anche *L'emergenza e... i suoi 'infortuni'*, in *Dirittifondamentali.it*, 26 marzo 2020.

discapito del principio di legalità sostanziale che coerentemente informa le moderne democrazie costituzionali e che non può fondarsi su una generica «autorizzazione» all'esercizio di un potere ablatorio o, peggio ancora, limitativo dei diritti costituzionali.

D'altronde persino «in vista della situazione eccezionale per antonomasia, la guerra, l'art. 78 Cost. non mette da parte la democrazia parlamentare, giacché lo stato di guerra può essere dichiarato solo dal Parlamento e prevede che quest'ultimo possa delegare al Governo i “poteri necessari”, non i pieni poteri...»⁸⁶. Anche l'avvio della c.d. “Fase 2” sembra essere centrato, ancora una volta, sull'utilizzo dei DPCM mentre, alla luce dell'allentamento solo parziale delle restrizioni fin qui imposte, avrebbe indubbiamente meritato il rango di una fonte primaria ossia un decreto-legge che consentisse il controllo del Capo dello Stato e la conversione in legge da parte del Parlamento.

Siamo lontani da un supposto «stato di eccezione» che sospende il diritto – non solo la legge – e dunque attribuisce al sovrano un potere illimitato⁸⁷ ed è ormai quasi unanimemente riconosciuto che la limitazione delle libertà costituzionali fosse proporzionata ed inevitabile; tuttavia anche questa circostanza ha dimostrato come l'ordinamento nelle fasi di emergenza rischi di andare sotto pressione, conferendo all'esecutivo poteri molto ampi senza la previsione di adeguati presidî ordinamentali a tutela dei diritti e della separazione dei poteri.

In definitiva, non si mette in dubbio la razionalità (e l'appropriatezza) delle restrizioni adottate: destano però perplessità e preoccupazione gli strumenti utilizzati per implementarle, che hanno escluso quasi del tutto il Parlamento (e, nel caso dei DPCM, anche la collegialità del Governo, oltre che il controllo del Presidente della Repubblica). Se si presta la dovuta attenzione alla lettera e allo spirito della Carta, l'istituto strutturalmente designato per la gestione di «casi straordinari di necessità e urgenza» è quello del decreto-legge previsto dall'art. 77 della Costituzione, affermazione che oggi apparirebbe di cristallina evidenza se, nel corso degli anni, non se ne fosse abusato, riconducendo l'ordinaria gestione della vita pubblica in una perenne quanto inverosimile «emergenza».

Il ricorso ai Decreti del Presidente del Consiglio sarebbe stato non solo pienamente legittimo ma anche largamente giustificabile se la straordinarietà della situazione avesse materialmente impedito al Parlamento di riunirsi o al Presidente della Repubblica (e, contestualmente, al Presidente del Senato) di valutare ed emanare i decreti-legge: scenari non del tutto improbabili ma che, nel caso specifico, non si sono verificati.

Per il futuro occorre immaginare una procedura che non marginalizzi in nessun caso il Parlamento e che consenta di distinguere sempre la *valutazione di opportunità* dalla *valutazione giuridica*: in altri termini, si tratta di impedire, non solo in modo *contingente* ma in modo

⁸⁶ G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit.

⁸⁷ Come osserva Giorgio Scichilone: «oggi siamo costretti impietosamente a considerare, dalle notizie degli ospedali con i loro crudeli bollettini giornalieri e dalla attonita visione di colonne militari che trasportano le salme dei deceduti di Coronavirus, immagini agghiaccianti e simboliche che ritroveremo nei manuali di storia al pari delle Torri gemelle o di altri eventi che descrivono un'epoca, che è la vita ad essere aggredita: è la sopravvivenza dei cittadini, e senza esagerazione, delle comunità, che è sotto attacco dalla letalità dell'epidemia. E per quanto sia banale dirlo, senza la vita non può esistere alcun altro bene che gli esseri umani hanno il diritto di godere e gli Stati, per essere riconosciuti come democratici, il dovere di assicurare» (G. SCICHILONE, *La democrazia ai tempi del virus*, in *Treccani*, 25 marzo 2020).

strutturale, che il potere *extra ordinem* possa superare e aggirare ciò che padri e madri costituenti vollero necessariamente *intra ordinem*.

ABSTRACT

Oggetto del presente contributo è l'analisi del rapporto tra 'diritto' ed 'emergenza' alla luce dei poteri normativi messi in campo dal Governo per contenere il contagio epidemiologico causato dal virus Covid-19. Le emergenze sanitarie, al pari di altri eventi calamitosi di origine naturale, legittimano il ricorso a provvedimenti amministrativi straordinari, quali le ordinanze contingibili ed urgenti, che possono derogare alla legge e, come nel caso dell'emergenza sanitaria in corso, comprimere diritti e libertà costituzionali.

Su questo fenomeno, oggi noto anche come «diritto amministrativo dell'emergenza», la giuspubblicistica s'interroga e dibatte sin dalle proclamazioni dello 'stato d'assedio' stabilite tramite 'ordinanza' tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo.

In questo panorama è stata concepita la teoria della necessità quale fonte del diritto, forse compatibile con lo Statuto Albertino, ma molto più problematica nella cornice delineata dallo Stato costituzionale di diritto che esige il rispetto del principio di legalità quale limite inderogabile per l'esercizio dell'autorità pubblica.

Alcune 'province' del diritto amministrativo rischiano dunque di essere utilizzate per allentare la rigidità dei vincoli costituzionali, tra i quali rientra il percorso tracciato dall'art. 77 della Costituzione tramite l'istituto del decreto-legge, l'unico formalmente deputato alla gestione delle situazioni di crisi per motivi straordinari di necessità e urgenza. Da ciò deriva che in nessun caso la Costituzione repubblicana prevede il conferimento di «pieni poteri» al Governo: la stessa mancanza di norme esplicitamente emergenziali è la precisa opzione tesa a negare la legittimità di «stati di eccezione» o di poteri derogatori *extra-ordinem*.

The essay aims to investigate the connection between «law» and «emergency» in light of the regulatory powers put in place by the Government to contain the epidemiological infection caused by the Covid-19 virus. Health emergencies, like other calamitous events of natural origin, legitimize the use of extraordinary administrative actions, such as contingent and urgent orders, which may derogate from the law and, as in the case of the ongoing health emergency, compress constitutional rights and freedoms.

On this phenomenon, now also known as «administrative law of emergency», public law has been questioning and debating since the proclamations of the «state of siege» established by decree between the end of the nineteenth and the beginning of the twentieth century .

In this scenario, the theory of necessity was conceived as a source of law, perhaps compatible with the Statuto Albertino, but much more problematic in the framework outlined by the constitutional state of law which requires compliance with the principle of legality as an imperative limit for the exercise of public authority.

Some areas of administrative law therefore risk being used to ease the rigidity of constitutional constraints, which include the path outlined in art. 77 of the Constitution through the institution of the decree, the only one formally appointed to manage crisis situations for extraordinary reasons of necessity and urgency. From this it follows that in no case does the Italian Constitution provide for the conferral of «full powers» to the Government: the same lack of explicitly emergency rules is the precise option aimed at denying the legitimacy of «states of exception» or of extra-order derogatory powers.

PAROLE CHIAVE: emergenza – potere derogatorio – ordinanza – necessità – eccezione.

KEYWORDS: Emergency – derogatory power – order – necessity – exception.