



Antonio Riviezzo*

Sovrano senza corona**

SOMMARIO. 1. Lo stato di emergenza *sanitaria*. – 2. Lo stato di emergenza *giuridica*: un’ipotesi di lavoro. – 3. Emergenza, urgenza, necessità, assedio, guerra. – 4. Il problema di diritto costituzionale. – 5. Le fonti dell’emergenza “COVID-19” (generali e speciali). – 6. *Discendere* la catena normativa dell’emergenza (nel rispetto dei principi di legalità e di riserva di legge). – 7. (*segue*) Principio di legalità e fonti primarie (in particolare il decreto-legge). – 8. (*segue*) Riserva di legge e fonti secondarie (in particolare il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri). – 9. (*segue*) Emergenza e potere di ordinanza. – 10. (*segue*) *Soft Law* e c.d. FAQ: il nodo del linguaggio. – 11. Il sovrano dell’emergenza: salvaguardare la democrazia (fin dove possibile).

1. Lo stato di emergenza sanitaria.

Con l’ingresso dell’Italia nella c.d. Fase Due della gestione dell’emergenza sanitaria “COVID-19” (acronimo di *CO*rona *VI*rus *D*isease 2019, “malattia da coronavirus dell’anno 2019”)¹ è forse possibile iniziare a tracciare un primo bilancio di *cosa* anche il diritto (e non solo il sistema economico, oggetto privilegiato delle attenzioni dei commentatori *à la page*) paia aver lasciato sul campo per far fronte alla pandemia tuttora in essere.

Per capire esattamente cosa sia capitato (e stia ancora capitando), mi sembra però ineludibile accennare almeno per sommi capi ai profili strettamente sanitari della vicenda.

Sul sito dell’Organizzazione Mondiale della Sanità (d’ora in avanti, anche OMS)² si

* Professore associato di Diritto Costituzionale presso l’Università di Siena.

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

¹ ‘Fase Due’ è la locuzione *mainstream* che designa la progressiva riapertura delle attività economiche e la ripresa delle comuni attività sociali susseguente al periodo di chiusura totale determinata dal confinamento domiciliare della popolazione (c.d. *lockdown*, nella *vulgata* giornalistica e non solo) disposto dal Governo italiano in funzione del contenimento della diffusione del contagio. Non si interpreti tale precisazione come un’offesa all’intelligenza di chi legge ma semplicemente come l’occasione per introdurre un *caveat*: siccome parlerò di fatti e circostanze oggi piuttosto noti, da qui in avanti mi asterrò dal precisare in maniera pignola il significato di formule linguistiche oramai entrate nel lessico comune.

² Il Portale, all’interno del quale si trovano le pagine che verranno di seguito richiamate, si trova all’indirizzo www.who.int.

apprende che, alla data del 15 giugno 2020, risultano quasi otto milioni di casi confermati di contagio e più di quattrocentomila decessi in oltre duecento paesi³.

Tutto questo – sempre in base alle informazioni reperibili in Rete – è avvenuto in circa sei mesi, ad opera di un virus appartenente al genere “corona” caratterizzato – più che dalla letalità – dalla grande facilità di propagazione e dall’estrema difficoltà di tracciamento⁴.

Il primo rapporto dell’OMS in argomento risale al 21 gennaio 2020; in esso si fa riferimento a una comunicazione del 31 dicembre 2019, proveniente dalla sede cinese dell’Organizzazione sanitaria mondiale, con la quale venivano segnalati quarantaquattro casi di sindromi polmonari (in originale: «pneumonia») di causa sconosciuta, registratisi tra il 31 dicembre 2019 e il 3 gennaio 2020 nella provincia cinese di Hubei e segnatamente della città di Wuhan; il successivo 7 gennaio, le autorità sanitarie cinesi isolavano il nuovo tipo di coronavirus, provvisoriamente denominato “2019-nCoV”, e il giorno 12 dello stesso mese rendevano pubblica la sequenza genetica del nuovo agente patogeno⁵. A strettissimo giro (tra il 13 e il 20 gennaio) arrivavano le prime conferme di casi di infezione da nuovo coronavirus in altri paesi, e segnatamente in Thailandia, Giappone e Corea del Sud⁶.

Restringendo lo sguardo al nostro Paese, il primo riferimento all’Italia è nel *Situation Report* n. 11 del 31 gennaio 2020, in cui si può leggere che risultavano confermati i primi due casi, importati da due viaggiatori cinesi provenienti dalla zona del primo focolaio⁷.

Il 22 febbraio inizia la ripida salita dei contagi nel nostro Paese, con sei nuovi casi confermati⁸, che diventano sessantasette il giorno successivo⁹ e ulteriori quarantotto il giorno dopo ancora¹⁰, per poi praticamente raddoppiare il 25 febbraio, portando il totale a duecentoventinove malati¹¹.

Da qui in avanti, la storia è abbastanza nota da esimermi dal raccontarla¹²; basterà ricordare semplicemente che nel *Report* dell’11 marzo, l’OMS dichiara ufficialmente che la malattia da Coronavirus 2019 è oramai una *pandemia*¹³.

³ *Situation Report* n. 147 del 15 giugno 2020, 1; fisso a tale momento la *dead-line* del mio monitoraggio in quanto, come verrà chiarito più avanti, è a partire da questa data che ha preso ufficialmente avvio l’ulteriore ‘Fase Tre’ di effettivo ritorno alla “normalità”, sotto l’egida della clausola *rebus sic stantibus*. Nondimeno, l’onda di contagi a livello mondiale continua la sua incessante corsa, tanto che – al momento in cui sto terminando le presenti riflessioni – il *Situation Report* n. 157 del 25 giugno 2020 conta quasi dieci milioni di malati e la cifra dei decessi si avvicina velocemente al mezzo milione.

⁴ Anche tali informazioni sono reperibili nei *Report* caricati quotidianamente nel portale dell’OMS mano a mano che la comunità medica mondiale – avendo a che fare col virus, studiandolo e “capendolo” – ne scopre i meccanismi di funzionamento e le interazioni con la specie umana. Non avendo alcuna competenza sanitaria, pertanto, mi permetto di rinviare a tali documenti, fiducioso che quanto colà riportato abbia una sua attendibilità scientifica.

⁵ Cfr. il *Situation Report* n. 1 del 21 gennaio 2020, 1.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ivi*, 1: «the first two cases of 2019-nCoV acute respiratory disease were reported in Italy; both had travel history to Wuhan City».

⁸ *Situation Report* n. 33 del 22 febbraio 2020, 4.

⁹ *Situation Report* n. 34 del 23 febbraio 2020, 3.

¹⁰ *Situation Report* n. 35 del 24 febbraio 2020, 4. A questo punto, l’Italia arriva alla tripla cifra con centoventiquattro casi accertati di positività al COVID-19.

¹¹ *Situation Report* n. 36 del 25 febbraio 2020, 3.

¹² La quadrupla cifra (con millecentoventotto casi) viene toccata il 1° marzo 2020 (*Situation Report* n. 41, 4) e la quintupla il successivo 11 marzo (diecimilentoquarantanove casi accertati: *Situation Report* n. 51, 4).

¹³ *Situation Report* n. 51 dell’11 marzo 2020, 1.

Il morbo, la cui diffusione procedeva con progressione geometrica, era stato nel frattempo rinominato ufficialmente «coronavirus disease 2019»¹⁴.

Dal punto di vista sanitario, quindi, l'emergenza è conclamata e sebbene nel nostro Paese la situazione sembri attualmente sotto controllo (da qui l'avvio della Fase Due cui accennavo in esordio), a livello globale l'infezione continua a crescere a un ritmo ragguardevole, soprattutto oltreoceano, mietendo tra l'altro molte vittime.

Ad oggi, infatti, non risultano disponibili né un farmaco antivirale *ad hoc*, né tantomeno una profilassi vaccinale, ragion per cui i malati possono essere curati solo con terapie di sostegno vitale che allevino i sintomi della malattia, sino alla spontanea guarigione; chi non abbia contratto il morbo, invece, può prevenirlo - secondo indicazioni della stessa OMS - solamente evitando di entrare in contatto coi soggetti infetti¹⁵.

Il fatto poi che l'infezione si propaghi facilmente (spiccata contagiosità) e silenziosamente (presenza di una quota imprecisata di "asintomatici" e di "paucisintomatici", quasi certamente infettivi e certamente inconsapevoli), così come una certa difficoltà diagnostica (i sintomi sono molto simili, almeno all'inizio, a quelli di una banale influenza di stagione) comportano che di COVID-19 si muoia non tanto perché "contagiati" quanto perché "non curati" (adeguatamente e tempestivamente).

In altre parole, saremmo al cospetto di un agente patogeno che mette in crisi più il sistema sanitario nel suo complesso (in termini di sostenibilità del servizio) che non l'organismo umano isolatamente considerato (in termini strettamente patologici)¹⁶.

Proprio da questo insieme di caratteristiche del virus discende l'importanza cruciale - sempre a detta dell'OMS - dell'unica profilassi oggi praticabile: quella che nel lessico comune è conosciuta come "distanziamento sociale", per l'appunto, e che costituisce per i giuristi il punto di emersione più evidente delle criticità che la presente situazione sanitaria sta portando nel sistema legale.

2. Lo stato di emergenza giuridica: un'ipotesi di lavoro.

Rispetto alle misure messe in atto dal Governo italiano per contrastare la diffusione del virus, in effetti, la letteratura giuridica che si sta formando velocemente sul tema demarca una netta divisione in due macro-schieramenti ineguali, rispettivamente *contrari* (con diverse sfumature e argomentazioni) e *favorevoli* (anche qui con diverso grado di convinzione e variegato apparato argomentativo) allo *stylus* governativo¹⁷.

¹⁴ Cfr. il *Situation Report* n. 22 dell'11 febbraio 2020, 1.

¹⁵ Anche questi, se pure non li si volesse considerare dati scientifici in senso stretto, assurgeranno per lo meno al rango di "fatti notori", mi auguro.

¹⁶ Né bisogna dimenticare che - ad oggi - chi non risulti ammalato non è detto che non si ammalerà: banalmente, in assenza di cura e vaccino, siamo tutti in attesa di ammalarci, tranne chi lo sia già stato e abbia sviluppato, in sufficiente misura, anticorpi immunizzanti.

¹⁷ Senza volermi impegnare in defatiganti rassegne bibliografiche (che tra l'altro risulterebbero fatalmente incomplete), mi limito a segnalare, per l'autorevolezza, tra gli "scettici" U. ALLEGRETTI, *Il trattamento dell'epidemia di*

Due aspetti – l'uno positivo e l'altro negativo – mi pare però accomunino tutte le riflessioni sino a questo momento proposte alla comunità degli studiosi e, più in generale, alla collettività:

a) da un lato, il riconoscimento del fatto che si sia di fronte a una situazione di inedita gravità che mette sotto forte *stress* le regole fondamentali dell'ordinamento giuridico, come accennato¹⁸;

b) dall'altro, l'assenza di uno strutturato sforzo per distinguere concettualmente il presupposto della «urgenza» *ex* art. 77, 2° comma, Cost., da quello della «emergenza» *ex* d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, «Codice della protezione civile».

Sul primo punto c'è davvero poco da aggiungere, mi sembra, mentre sul secondo c'è forse qualcosa da dire.

In effetti – acquisita la straordinarietà dell'attuale frangente – non mancano puntualizzazioni, anche particolarmente acute e calzanti, in ordine alla perimetrazione e alle reciproche aree di (parziale) sovrapposizione dei presupposti più tradizionali del diritto eccezionale (stato di eccezione, stato di guerra, stato di assedio, urgenza, stato di necessità e così via); non ho però rinvenuto – forse per mia mancanza – tracce di un'analogia operazione proprio riguardo alla relazione che mi sembrerebbe più delicata: quella tra *urgenza* ed *emergenza*, al contrario ben nota in ambito medico¹⁹.

Detto in altro modo, mi pare che le due espressioni vengano adoperate da ambo i fronti dottrinali per lo più come *sinonime*, distinguendosi – al limite – una *qualità* (poi non meglio precisata) di “questa” particolare fattispecie urgente (epidemia da COVID-19) che sembrerebbe spiegare, se non proprio giustificare, *de facto* il peculiare trattamento giuridico del problema.

La cosa non deve sorprendere più di tanto, atteso che il presupposto dell'emergenza, pur evocato nella legislazione ordinaria, mai è stato oggetto di un'esplicita definizione da parte delle autorità normative.

La Corte costituzionale, dal canto suo, ha in genere eluso la questione, preoccupandosi più che altro di delimitare gli *effetti* degli atti emergenziali sotto il profilo squisitamente temporale e codificando un vero e proprio *dovere* in capo agli organi di direzione politica di provvedere in tali frangenti²⁰.

Né in dottrina mi pare si sia poi andati molto oltre la condivisibile constatazione che la Costituzione repubblicana «contiene istituti d'emergenza, cioè [solo] la disciplina giuridica dei mezzi utilizzabili per provvedere in via d'eccezione, cosicché non 'crea', non fonda, per

“coronavirus” come problema costituzionale e amministrativo, in *Forum Quad. cost.*, n. 1/2020, 1-8 (*paper*), e, tra gli “istituzionali”, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 109.

¹⁸ Salvo poi dividersi inegualmente – come detto – tra chi predica l'illegittimità di tutte o quasi le misure predisposte per fronteggiare l'emergenza e chi, al contrario, le reputa in tutto o in parte giustificate proprio dall'eccezionalità della situazione che si è venuta a creare.

¹⁹ Si veda, a titolo puramente esemplificativo, *La Grande Enciclopedia Medica*, Milano, Utet-De Agostini, 2006. Informazioni più agili e accessibili sono peraltro facilmente reperibili in Rete, con una velocissima ricerca avente come stringa le parole 'urgenza', 'emergenza', e 'differenza'.

²⁰ Così, molto chiaramente, la sentenza n. 15 del 1° febbraio 1982.

così dire il potere d'eccezione ma attribuisce competenze eccezionali»²¹.

E nemmeno andrebbe sottovalutato, da ultimo, il rilievo più generale che «il concetto di emergenza o di stato di emergenza è grezzo e la sua utilizzazione richiede parecchi chiarimenti e specificazioni»²².

Nondimeno – e proprio nell'intento di evadere il suddetto onere di chiarificazione e specificazione nel miglior modo (a me) possibile – direi che l'ordinamento non mi sembra completamente sprovvisto di linee di risposta *sostantiva* al problema: la giurisprudenza ordinaria, ad esempio, ha già da tempo introdotto in ambito penale la distinzione tra urgenza ed emergenza, mutuandola per l'appunto dalla scienza medica.

Sussiste altresì un decreto del Ministro della sanità del 15 maggio 1992 il quale specifica che occorre ragionare di *urgenza* quando non sussista l'immediato pericolo di vita ma sia comunque richiesto in tempi brevi un opportuno intervento terapeutico; si verserebbe invece in un'ipotesi di *emergenza* quando la sopravvivenza del paziente possa essere garantita solo da un intervento *tempestivo*, ossia *senza alcuna possibilità di differimento*²³.

Il criterio discretivo tra *urgenza* ed *emergenza*, quindi, sembra riallacciarsi, anche in ambito giuridico, ai *tempi* dell'intervento conseguenti alla valutazione di gravità della situazione che richiede l'attivazione delle adeguate misure di contrasto²⁴.

È proprio sulla base di tale presupposto che la Corte di cassazione, anche di recente, ha legittimato l'intervento salva-vita di un medico su un paziente al momento non in grado di esprimere il proprio consenso al trattamento sanitario effettivamente praticato in un frangente emergenziale²⁵.

D'altro canto, la possibilità quivi adombrata di *graduare* l'urgenza sino al limite estremo dell'*emergenza* – seppur designata con parole diverse – non è forse operazione del tutto incognita neppure al legislatore ordinario, sol che si pensi, ad esempio, all'art. 697 c.p.c., ove si parla di «eccezionale urgenza» quale presupposto legittimante l'adozione di un provvedimento giurisdizionale *inaudita altera parte* in deroga alla normale tutela cautelare (che a sua volta costituisce già di per sé deroga all'ordinaria procedura di accertamento a cognizione c.d. piena); oppure alla circostanza – autorizzata dalla Costituzione stessa all'art. 21 – che sia possibile procedere, salvo convalida successiva, al sequestro della stampa periodica «quando vi sia *assoluta* urgenza» (enfasi aggiunta).

Senza dilungarmi ulteriormente sul punto, la mia idea – insomma – è che sia possibile rinvenire nell'ordinamento giuridico almeno due diverse fattispecie di *urgenza*, una comunque *differibile* e una assolutamente *indifferibile*.

²¹ P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè, 1988, 114. Sarebbe a dire che l'emergenza andrebbe ricondotta a una pura *procedura*, dato che «le norme concernenti lo stato d'eccezione sono essenzialmente previsioni di processi decisionali, cioè dispongono il procedimento attraverso cui nell'ordinamento costituzionale dato si provvede in via d'eccezione» (*ivi*, 114-115).

²² IDEM, *Lo stato d'eccezione e il decreto legge*, in L. MELICA- L. MEZZETTI- V. PIERGIGLI (a cura di), *Studi in onore di Giuseppe de Vergottini*, III, Padova, Cedam, 2015, 2399.

²³ È in tal modo giustificato l'intervento del medico che ometta di richiedere l'autorizzazione del giudice tutelare in un caso qualificato come «emergenza»: così, ad esempio, Trib. Mantova, sentenza del 13 aprile 2018.

²⁴ In buona sostanza, parrebbe che la c.d emergenza sia in un rapporto di continenza logica col concetto di *urgenza*: ciò che è «emergente», in altri termini, è *anche* (a maggior ragione!) «urgente», mentre non è (sempre) vero l'opposto.

²⁵ Cass. pen., IV, sentenza n. 31628 del 18 aprile-11 luglio 2018.

Ipotizzo pertanto che ‘emergenza’ sia sinonimo di *urgenza indifferibile* e che tale accezione ristretta sia traslabile anche sul piano prettamente costituzionale, come forma giuridica peculiare della ‘urgenza’, connotata essenzialmente dall’elemento temporale.

Prima, però, occorre effettuare un paio di precisazioni, tendenti – da un lato – a *escludere* che la situazione determinata dall’epidemia “COVID-19” sia sussumibile in una delle altre e più tradizionali figure che pure sono state evocate (stato di necessità, stato d’assedio, stato di guerra e via dicendo) e – dall’altro – a capire, in termini di stretta teoria della costituzione, se lo *stato di emergenza* di cui si sta ragionando – e che ha chiara base legale nel d.lgs. n. 1 del 2018 – vada a insinuarsi in un ordinamento costituzionale retto da una norma generale esclusiva, oppure inclusiva, ovvero in una c.d. lacuna di esso²⁶.

3. Emergenza, urgenza, necessità, assedio, guerra.

In ordine alla prima precisazione, devo procedere per sommi capi così da non allontanarmi troppo dalla linea discorsiva che intendo seguire; tuttavia, come segnalato, non difettano certo contributi di grande pregio che hanno già affrontato tali questioni (sussumibilità dell’emergenza “COVID-2019” in ciascuna di tali figure).

L’operazione in discorso, in particolare, è già stata più che autorevolmente eseguita²⁷, per cui mi limito a riportare sinteticamente le conclusioni cui tale dottrina mi pare essere già pervenuta. L’emergenza c.d. COVID-19, quindi:

a) non è riconducibile allo *stato di guerra* perché la fattispecie «non coincide con quella (per quanto evolutasi nel tempo) tipica del diritto internazionale [...] e perché la guerra fu intesa dai Costituenti come un conflitto tra esseri umani, non come un conflitto tra questi e la natura»²⁸;

b) non è riconducibile allo *stato di assedio* perché quest’ultimo «si caratterizza almeno per l’assumere a presupposto un rischio per l’ordine pubblico, per il risolversi

²⁶ Adopero il sostantivo ‘lacuna’ in senso atecnico (o lato), a fini puramente discorsivi e descrittivi, poiché lo specifico dibattito sull’emergenza sanitaria in essere pare aver preso le mosse, alternativamente, dall’assunto che l’ordinamento giuridico contemplasse, ovvero non contemplasse, una disciplina specifica per tale fattispecie. Non intendo, al contrario, prendere posizione attorno alla *natura* delle lacune dell’ordinamento giuridico, né tantomeno riguardo alla loro *esistenza* o meno. Per un inquadramento di tali questioni – che affaticano gli studiosi almeno dal Milleottocento – mi limito a rinviare a R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in A. CICU- F. MESSINEO (diretto da) e L. MENGONI (continuato da), *Trattato di Diritto civile e commerciale*, vol. I, t. 1, Milano, Giuffrè, 1998, 243 ss. e, per maggiori approfondimenti, a A.G. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino, Giappichelli, 1962; n. BOBBIO, *Lacune del diritto*, in *Nss.Dig.it.*, IX, Torino, Utet, 1963, 419; m. CORSALE, *Lacune dell’ordinamento*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, 257; F.. MODUGNO, *Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, Torino, Giappichelli, 2009, 188 ss.

²⁷ Da m. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza*, cit., 137-140.

²⁸ *Ivi*, 137. Prosegue il chiaro A. osservando poi che «la proposta *de iure condendo* di estendere alle emergenze, con revisione costituzionale, il “modello” dell’art. 78 Cost. è addirittura inquietante, considerato che la dichiarazione dello stato di “emergenza-guerra” comporterebbe il medesimo, completo, stravolgimento dell’ordinario funzionamento delle istituzioni che è determinato dalla dichiarazione di “guerra-guerra”. E priva di fondamento è da ritenere l’ipotesi di interpretare “evolutive” la nozione di guerra fatta propria dall’art. 78 Cost.: al di là dei limiti generali dell’interpretazione evolutiva delle norme costituzionali, sui quali non è il caso di soffermarsi qui, basta considerare l’impraticabilità dell’estensione di un regime giuridico che la Costituzione ha disegnato per una condizione ch’essa addirittura (sia pure nei termini dell’art. 11) “ripudia”. L’azzardo ermeneutico che già non era consentito in regime statutario è ancor meno permesso in regime costituzionale» (*ivi*, 137-138).

nell'estensione delle norme di guerra (e, in genere, dei poteri dell'autorità militare) a una condizione di pace e per la sospensione delle garanzie costituzionali»²⁹;

c) nemmeno pare invocabile lo *stato di eccezione* «perché (ammesso che si tratti di una categoria giuridica e non meramente politica) esso presuppone che “un” soggetto politico o istituzionale se ne faccia carico e lo gestisca, laddove qui, per un verso, alla catena delle fonti corrisponde, come sempre, una catena delle plurime istituzioni competenti e, per l'altro, nessuno degli atti della catena normativa sfugge al sindacato giurisdizionale, nemmeno – come s'è visto – la deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale»³⁰.

Se tutto ciò è sostanzialmente condivisibile, come a me pare, non residua che l'ipotesi più semplice, nonché l'unica giuridicamente data in maniera espressa: come da deliberazione ufficiale del Governo del 31 gennaio 2020, la Repubblica italiana si trova in un dichiarato *stato di emergenza nazionale*, qualunque cosa ciò voglia dire.

Da chiarire resterebbe quindi solo se, come ipotizzo, l'emergenza sia qualcosa di distinguibile dall'urgenza oppure, per come ho avuto modo di leggere sino a ora, si sia effettivamente al cospetto di due espressioni linguistiche sinonime; ciò che però andrebbe presuntivamente escluso, poiché il legislatore, per lo meno in teoria, non adopera le parole a caso.

4. Il problema di diritto costituzionale.

Venendo ora al secondo – e decisivo – chiarimento³¹, bisognerebbe prendere una posizione attorno all'apicale dilemma di *cosa sia* una 'costituzione' in generale, e quella italiana in particolare.

Schematizzando all'estremo, questa la si può concepire, normativisticamente, come una mera *legge* oppure, istituzionalmente, come il *patto politico fondativo di una comunità umana*³².

Nel primo caso, trattandosi di un prodotto legislativo, in essa potrebbero rinvenirsi “lacune” (almeno improprie), da colmare innanzitutto con altre leggi (costituzionali e non)

²⁹ *Ivi*, 138. Men che meno può parlarsi di *dittatura* «certo non [...] sovrana (*rei publicae con-stituenda causa*), ma nemmeno in una commissaria (*rei gerenda causa*), non tanto perché una simile magistratura (ché di magistratura si trattava) non esiste nel nostro ordinamento, quanto perché non c'è stata alcuna sospensione dei poteri costituzionali» (*ivi*, 139). E neppure sembra da evocarsi la figura del «riconoscimento di pieni poteri al Governo o al Presidente del Consiglio. Al di là dell'imprecisione tecnica dell'espressione “pieni poteri”, rilevata già dalla dottrina più risalente, l'*Ermächtigungsgesetz* che il 24 marzo del 1933 diede sostanzialmente i pieni poteri al Cancelliere del Reich, stabilendo, fra l'altro, il conferimento al Governo di un potere legislativo non previsto dalla Costituzione (art. 1) e la derogabilità delle norme costituzionali da parte delle (sole...) leggi governative (art. 2), è davvero altra cosa» (*ibidem*).

³⁰ *Ibidem*, anche se personalmente reputo dirimente solo la assoggettabilità a sindacato giurisdizionale.

³¹ *Retro*, § 2.

³² Il riferimento, noto, è alla distinzione tra *Konstitution* (o costituzione «assoluta») e *Verfassung* (o costituzione «positiva», nell'accezione appunto di 'legge costituzionale') di C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1928, trad. it. di A. Caracciolo, *Dottrina della costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984, 16 ss., 26 ss. e spec. 38: «Un concetto di costituzione è possibile soltanto se costituzione e legge costituzionale vengono distinte. Non è ammissibile lo scomporre la costituzione prima in una molteplicità di leggi costituzionali e poi definire la legge costituzionale per qualche contrassegno esteriore o addirittura a seconda del metodo della sua revisione».

e, in seconda battuta, con gli ordinari strumenti esegetici nella loro variante produttiva.

Detto in altro modo, il c.d. postulato della completezza riguarderebbe l'ordinamento giuridico *nel suo insieme*.

Nella seconda ipotesi, invece, la possibilità di integrazione mediante ulteriori atti normativi risulterebbe in principio esclusa e la completezza dell'ordinamento costituzionale andrebbe preservata *omisso medio* attraverso una clausola generale di chiusura del sistema, la quale può assumere alternativamente l'andamento *esclusivo* (in sostanza, *l'argumentum a contrario*) ovvero *inclusivo* (e cioè *l'analogia*)³³.

Sarebbe a dire che l'attributo della completezza del sistema andrebbe ricondotto direttamente all'ordinamento *costituzionale* (c.d. costituzione totale).

La qualificazione della Costituzione repubblicana del 1948 in un senso o nell'altro, come facilmente intuibile, ridonda in maniera importante sul tema che sto affrontando, dacchè – acquisito che certamente la Costituzione italiana istituisce un potere di urgenza in capo al Governo all'art. 77, 2° comma – cambierebbe, a seconda dei casi, la risposta alla seguente domanda: *quid* se in una situazione di emergenza (intesa come 'urgenza indifferibile') non si intervenisse con fonte primaria?

Se è infatti evidente, per un verso, che il potere governativo di decretazione d'urgenza potrà sempre e comunque esplicitarsi in un contesto emergenziale in senso tecnico (*a minori ad maius*)³⁴ – e ciò a prescindere, nello specifico caso, dalla teoria della costituzione che si sia inteso abbracciare – per altro verso, se vi fossero in materia *lacune* (concezione meramente normativa della costituzione), non si potrebbe escludere la possibilità di immaginare, nella più radicale fattispecie dell'emergenza (i.e.: urgenza *indifferibile*), fonti di disciplina ulteriori rispetto a quelle dell'urgenza, per così dire, ordinaria³⁵.

Viceversa, all'interno di un sistema costituzionale "chiuso" da una norma generale, la risposta dovrebbe essere diversa: "solo il decreto-legge è deputato a intervenire rispetto a situazioni di urgenza, persino indifferibile" (norma generale esclusiva), per cui – in difetto di esso – nulla si può fare³⁶; ovvero (norma generale inclusiva), "dipende".

Da che dipende? All'evidenza, dall'ideologia (*rectius*: dalle ideologie) alla base del patto

³³ Evoco qui un concetto esteso di analogia, comprensivo cioè anche dell'argomentazione c.d. per principi (o *analogia iuris*), sebbene si tratti di due sistemi di autointegrazione dell'ordinamento profondamente diversi, come evidenziato da N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993, spec. 262 ss.

³⁴ Infatti se è consentito al Potere esecutivo appropriarsi unilateralmente, quantunque provvisoriamente, di un potere che non gli spetta (quello normativo primario) quando sia necessario un suo intervento *tempestivo* (i.e.: urgente), a maggior ragione ciò dovrebbe essergli consentito in corrispondenza della necessità di un intervento *immediato* (i.e.: emergente).

³⁵ Ferma restando, lo ribadisco, l'esclusività del decreto-legge quale fonte dell'*urgenza* non qualificata, e cioè *differibile*.

³⁶ Salvo – forse – casi *assolutamente straordinari*, i quali, fatalmente, non potrebbero che rientrare nel novero della c.d. necessità assoluta quale fonte *extra ordinem* di romaniana memoria, del tutto svincolata dal diritto legislativo: cfr. S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Rivista di diritto costituzionale e amministrativo*, 1909, 251; l'A. (259), si chiede: «al di là della legislazione esiste una fonte di diritto vera e propria, nella quale possano trovare radice e legittimità i poteri del Governo, di cui è parola?»; la risposta la sappiamo, ma poche righe dopo (260), per fugare ogni dubbio, Santi Romano sente comunque il bisogno di precisare che la necessità è «da fonte prima ed originaria di tutto quanto il diritto, in modo che rispetto ad essa, le altre sono da considerarsi in certo modo derivate». Va da sé, peraltro, che nelle drammatiche circostanze prospettate in un siffatto quadro, il problema del rispetto delle forme legali sarebbe verosimilmente percepito come del tutto trascurabile.

politico³⁷.

Sarebbe a dire che, per prendere posizione, occorrerebbe esaminare il *contenuto* della Costituzione, né è detto che ciò basti.

In particolare, dato che il nostro ordinamento risulta ispirato ai valori della democrazia liberale (o almeno questa è l'opinione pressoché unanime degli addetti ai lavori), all'interno di un siffatto sistema costituzionale la risposta potrebbe essere negativa come nel caso precedente, qualora prevalessero considerazioni incentrate sulla relazione di potere tra governo e cittadini; nondimeno, ragioni altrettanto buone parrebbero militare in favore della soluzione opposta (*salus populi suprema lex esto*)³⁸, senza per questo sconfessare i principi basilari del costituzionalismo³⁹.

È il dilemma classico che pone l'idea della costituzione come *tavola di valori* chiamati a inverarsi nell'ordinamento irradiandosi da essa e da essa soltanto⁴⁰.

Intendo, anche per questo, trattare il problema a partire dalla prima concezione (costituzione come mera legge); non perché disconosca la cifra politica della Costituzione italiana (tutt'altro), ma perché ritengo di poter elaborare una organica tesi esplicativa basata esclusivamente su atti giuridici senza debordare in ambiti che – sebbene limitrofi – mi risultano fondamentalmente alieni e comunque non meno problematici⁴¹.

D'altro canto, quantunque sia largamente diffusa e accettata la prospettazione della Costituzione repubblicana come patto politico caratterizzato dai valori propri delle forze antifasciste, in ottica eminentemente logico-formale rileva soprattutto la *ratio* sottesa al suo irrigidimento: la “messa in sicurezza” di quei valori, certo, attuata però attraverso un meccanismo prettamente legale (aggravio procedurale) idoneo a preservare tali contenuti a fronte delle volontà modificative di una maggioranza parlamentare del tutto episodica⁴².

³⁷ Espone con mirabile chiarezza e sintesi i termini della questione R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quad. cost.*, 2007, 11, spec. 24: «Vi sono principi che nessuno ha avvertito in pericolo né ha sentito il bisogno di “congelare” in costituzione (si pensi al principio di legalità, alla divisione dei poteri, alla libertà di coscienza); altri per cui nulla impediva di fissare direttamente la “regola” che segnasse da subito il punto di equilibrio tra interessi contrastanti (i limiti della carcerazione preventiva, per esempio, o il divieto di censura per la stampa accompagnato dalla legittimazione “condizionata” del suo sequestro successivo): ma per la maggior parte dei principi più caratterizzati ideologicamente non era possibile concordare su una “regola di prevalenza” precisa. È così che si è usciti dalla lunga “guerra civile” che aveva dilaniato l'Europa durante e attraverso i conflitti mondiali, sottraendo alla decisione di una parte i diritti e gli interessi dell'altra e trasformando la lotta per la costituzione in una lotta nella costituzione».

³⁸ M.T. CICERO, *De Legibus*, IV. La più conosciuta variante che sostituisce ‘*populus*’ con ‘*res publica*’ costituisce il motto dell'Esercito italiano e – visto l'attuale clima sociopolitico – non mi sembra il caso di alimentare inutilmente le già legittime preoccupazioni di molti di noi.

³⁹ Per una sintetica esposizione dei caratteri salienti di tale dottrina politica, può vedersi N. MATTEUCCI, *Costituzionalismo*, in N. BOBBIO- N. MATTEUCCI- G. PASQUINO (et al.), *Dizionario di politica*, Torino, Utet, 2004, 201.

⁴⁰ Rispetto alla specifica inclinazione del ragionamento qui impostato, v. soprattutto F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, I, *Teoria della Costituzione e parametro del giudizio costituzionale*, e II, *Teoria dell'atto legislativo e oggetto del giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1970 (in quest'ultimo, spec., 343 ss., in riferimento al c.d. eccesso di potere legislativo corollario della sua concezione “totale” della Costituzione). Per una critica, tra le tante, v. invece quella particolarmente centrata di A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it*, n.2/2006, 1-28 (paper).

⁴¹ *Retro* § 3. Del resto, anche la legge ordinaria – che presumo di poter utilizzare per colmare la ipotizzata lacuna sulle fonti proprie dell'emergenza – è un atto giuridico caratterizzato dalla *politicità* proprio come la costituzione, per lo meno nei sistemi c.d. monisti, qual è il nostro; sul valore politico della legge in contesto monista v. in particolare L. DUGUIT, *Traité de Droit constitutionnel*, II ed., vol. II, Parigi, Boccard, 1923, spec. 404 ss.

⁴² Il punto è ampiamente evidenziato dalla dottrina e, con specifico riguardo proprio all'incompletezza dell'ordinamento costituzionale, da A. BALDASSARRE- C. MEZZANOTTE, *Introduzione alla Costituzione*, Bari-Roma, Laterza, 1998. Il carattere episodico e straordinario della promulgazione della Costituzione repubblicana, in altre parole,

Il che non può non suggerire l'idea – per l'appunto – che la Costituzione sia (senz'altro e forse innanzitutto) la *prima lex* tra le leggi e quindi presenti una naturale – e in certo senso salutare⁴³ – incompletezza che rende ragione in maniera del tutto lineare sia della generica delega a legiferare contenuta nell'art. 70, sia, soprattutto, dell'esistenza di «altre leggi costituzionali» distinte dalle leggi di revisione della Costituzione medesima (art. 138)⁴⁴.

In tale prospettiva, si aprirebbe uno *spazio* per fonti di disciplina *ulteriori* dello stato di emergenza al di là del decreto-legge, naturalmente e pur sempre nel rispetto del principio di legalità e delle riserve di legge stabilite nella nostra Carta⁴⁵.

Condizioni *per lo più* ricorrenti nel caso del d.lgs. n. 1/2018, che rappresenta la fonte di disciplina fondamentale del diritto *generale* dell'emergenza⁴⁶, e del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, poi convertito nella legge 5 marzo 2020, n. 13, che qui considererò paradigma specifico dello *stylus* con cui la *specifica* emergenza da “COVID-19” viene tuttora governata⁴⁷.

Sono naturalmente a conoscenza – come tutti – del fatto che sono intervenuti successivamente numerosi ulteriori atti, di varia forza e instabili a diverse autorità (i quali, sommati, superano ormai abbondantemente il centinaio).

Tali disposizioni successive, inizialmente focalizzate sulla questione sanitaria⁴⁸, si sono progressivamente allargate agli altri ambiti del vivere sociale comunque incisi dal confinamento domiciliare della popolazione (economia, istruzione, giustizia e via enumerando⁴⁹); esse hanno ora completato, ora corretto e non di rado superato le originarie

porta a leggere tale vicenda nei termini di un inserimento *una tantum* in un tessuto normativo preesistente e, quanto a tutto il resto, immutato (come attestato da plurimi fatti oggettivi, dalla mancata abrogazione della totalità delle norme previgenti incompatibili con la nuova Carta alla circostanza che le vecchie leggi vengano pacificamente sottoposte a interpretazioni adeguatrici da parte dei giudici e della Corte costituzionale).

⁴³ La tesi che sostengo dimostrerebbe appunto che non è necessariamente un male che non tutto sia previsto in Costituzione, poiché un sistema iper-rigido è costantemente a rischio di collasso. In senso analogo v. più diffusamente v. ANGIOLINI, *Costituzione tollerante, costituzione totale ed interpretazione della disciplina della libertà*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1994, 15.

⁴⁴ Il che non può non implicare l'idea di una possibilità di *ampliamento* dell'ordinamento costituzionale, (ampliamento) concettualmente improponibile qualora questo venga considerato *completo* sin dall'origine.

⁴⁵ La tesi della “decostituzionalizzazione” dell'emergenza nell'ordinamento italiano non è una novità; per una (relativamente) recente riaffermazione v. G. ROLLA, *Profili costituzionali dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015, 1, 4.

⁴⁶ Soprattutto gli artt. 5, 7, 13, 16, 23 ss. (*amplius* §§ 6-9).

⁴⁷ La sequenza (o catena) che prendo in considerazione per sviluppare il discorso è quindi limitata alla vicenda della *prima emergenza*, che si apre con la deliberazione del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, «Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili», passa per il d.l. n. 6 del 2020 e si chiude con la sua conversione nella legge n. 13 del 2020, oggi peraltro abrogata e sostituita dalla legge 22 maggio 2020, n. 35 (di conversione del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19).

⁴⁸ Solo per limitarsi agli atti del Governo nazionale (facendo quindi grazia al lettore del profluvio di ordinanze regionali e locali), si vedano, a puro titolo esemplificativo: il DPCM 8 marzo 2020, «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19»; il d.l. 9 marzo 2020, n. 14, «Disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale in relazione all'emergenza COVID-19»; il DPCM 9 marzo 2020, «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 applicabili sull'intero territorio nazionale»... su alcuni di tali atti tornerò nei prossimi paragrafi in sede di commento.

⁴⁹ Come attesta il d.l. 8 marzo 2020, n. 11, «Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria»; o il d.l. 17 marzo 2020 n. 18, «Misure di potenziamento del servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19»; o ancora il DPCM 28 marzo 2020, «Criteri di formazione e di riparto del Fondo di solidarietà comunale 2020»... anche su alcuni di questi documenti mi attarderò a tempo debito.

determinazioni portate negli atti che ho preso a riferimento.

Nondimeno, un censimento pignolo di una simile alluvione normativa (oltretutto ben lungi dal potersi dire esaurita), sarebbe opera improba e tutto sommato poco utile ai miei limitati scopi⁵⁰: la tesi che intendo sostenere, infatti, è – banalmente – che si possa giungere a razionalizzare in buona parte la fenomenologia giuridica palesatasi con la presente crisi sanitaria sulla base di una concezione meramente normativa della Costituzione italiana; per di più, ritengo che se si aderisse all’accezione tecnica di ‘emergenza’ delineata nel § 2, tale razionalizzazione potrebbe addirittura essere contenuta nel perimetro del diritto, per così dire, ordinario, senza evocare le altre figure giuridico-politiche *extra ordinem* che – come visto – risultano in genere di difficoltosa configurazione rispetto al caso che sto esaminando⁵¹.

5. Le fonti dell’emergenza “COVID-19” (generali e speciali).

Come anticipato nel § 4 (nota n. 47), la catena normativa che intendo considerare per sviluppare il discorso è limitata *per lo più*⁵² alla “prima emergenza”, che si apre con la deliberazione del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, «Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all’insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili» e si chiude con la conversione nella legge n. 13 del 2020 del decreto-legge n. 6 del 2020.

Medio tempore, solo in questa primissima fase, sono però intervenuti non pochi altri provvedimenti governativi e precisamente:

- a) il DPCM 23 febbraio 2020, «Disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell’emergenza epidemiologica da COVID-19»;
- b) il DPCM 25 febbraio 2020, «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell’emergenza epidemiologica da COVID-19»;
- c) il DPCM 1° marzo 2020, «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione

⁵⁰ Chi fosse interessato ai profili disciplinari più minuti e attuali della vicenda, potrà considerare, se vuole, le rassegne – alle quali ho personalmente attinto – nel portale della presente rivista telematica e in quello di *Diritti regionali* (www.dirittiregionali.it), rispettivamente per la produzione statale (curata da G. STEGHER) e – anche – per quella regionale-locale (curata da C. DRIGO e A. MORELLI).

⁵¹ Ciò vale in particolare per quella più spesso evocata: lo «stato di eccezione» (*Ausnahmestand*) di C. SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Monaco-Lipsia, Duncker & Humblot, II ed., 1934, in IDEM, *Le categorie del ‘politico’*, trad. it di P. Schiera, Bologna, Il Mulino, 1998, 27. Contro tale configurazione dell’emergenza sanitaria in essere v. più ampiamente S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista Aic*, n. 2/2020, 531, anche per i rilievi comparatistici.

⁵² L’approssimazione è doverosa nella misura in cui dovrò inevitabilmente tener conto delle variazioni che incidano sull’impianto esplicativo che andrò a predisporre: senza anticipare troppo di quanto si dirà a tempo debito, ad esempio, andrà considerata rilevante la convalida degli atti dei governatori regionali e dei sindaci disposta con apposito decreto-legge, in deroga (a mio modo di vedere) rispetto alla regola generale disegnata dal Codice della protezione civile.

dell'emergenza epidemiologica da COVID-19»;

d) il d.l. 2 marzo 2020, n. 9, «Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19»;

e) il DPCM 4 marzo 2020, «Ulteriori disposizioni attuative del decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale».

Il tutto, tenendo poi comunque sempre ben presenti *ratione materiae* almeno le seguenti fonti di disciplina generale:

f) il già pluricitato Codice della Protezione civile, d.lgs. n. 1 del 2018 (spec. gli artt. 5, 7, 13, 16, 23 ss.), d'ora in avanti anche 'Codice';

g) la l. 23 dicembre 1978, n. 833, «Istituzione del servizio sanitario nazionale» e s.m.i. (spec. gli artt. 6 e 32);

h) il d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, «Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali» e s.m.i. (spec. gli artt. 50 e 54), d'ora in avanti anche 'TUEL';

i) la l. 23 agosto 1988, n. 400, «Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri» e s.m.i. (in particolare, l'art. 17).

Tali disposizioni, infine, andrebbero volta a volta integrate con:

l) i provvedimenti, ora esecutivi, ora attuativi, ora derogatori, portati dalle ordinanze delle autorità territoriali che ne hanno modulato la cogenza in riferimento alle peculiarità che la curva epidemica mostrava in ambito locale.

6. Discendere la catena normativa dell'emergenza (nel rispetto dei principi di legalità e di riserva di legge).

Contrariamente all'operazione già autorevolmente svolta "in risalita" (dal basso verso l'alto) su tale plesso normativo⁵³, intendo qui procedere a una sistemazione delle fonti emergenziali (*proprio sensu*) in termini di gerarchia e di competenza; ciò che implica il percorso inverso: dall'alto verso il basso.

Acclarata la porosità del testo costituzionale riguardo alle fattispecie *stricto sensu* emergenziali (§ 4), occorrerà pertanto iniziare tale discesa dal livello normativo primario, esponendo dapprima la regola generale in tema di emergenza (quella del Codice) e quindi la *lex specialis* che il Governo italiano ha forgiato per l'epidemia "COVID-19"; la discesa proseguirà verso il livello secondario – ove inizieranno le intersezioni più delicate tra le varie autorità normative che si sono sentite, a torto o a ragione, chiamate in causa – per esaurirsi, con andamento centrifugo (ordinanze di vario genere: prefettizie, regionali, comunali), in ambito prettamente amministrativo; registrerò infine un significativo "ritorno di fiamma",

⁵³ Cfr. nuovamente M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 109, ove si propone esplicitamente di «risalire la catena normativa» nell'ambito di un'analisi guidata dal principio di legalità *sostanziale* così da vagliare la legittimità di quanto *disposto*; essendo diverso il mio intendimento (indagare sulla *titolarità del potere di disporre*, come ho già chiarito in fine del § 4), diversa – anzi: opposta – risulterà la direzione da me seguita nell'esame del medesimo materiale normativo.

stavolta centripeto, che si svilupperà prevalentemente in chiave esegetica attraverso il poco ortodosso strumento delle c.d. FAQ (acronimo di “Frequently Asked Questions”) consultabili nel portale www.governo.it.

In questo percorso si noteranno soprattutto due fenomeni:

a) la *costanza* del principio della riserva di legge (la limitazione dei diritti inviolabili è stabilmente presidiata da tale istituto, né mi pare nello specifico caso necessario – come pure la giurisprudenza costituzionale ha da tempo concesso⁵⁴ – tirare in ballo la variabile temporale quale fattore giustificante la deroga alle regole ordinarie poiché si versa a mio giudizio in una situazione certo inusuale, ma non *extra ordinem* in senso proprio⁵⁵);

b) il *progressivo irrigidimento* del vincolo portato dal principio di legalità, *minimo* nella relazione Costituzione-fonti primarie, *medio* in quella tra fonti primarie e livello secondario, *massimo* in quella tra fonti secondarie e ordinanze amministrative; segnatamente, nel primo caso il precetto sarà quello della non contraddizione (per cui il principio di legalità si risolverà in quello di gerarchia); nel secondo entrerà in gioco la previa autorizzazione legislativa all’esercizio delle potestà normative e attuative subordinate (legalità formale); in fondo alla catena, l’andamento del principio in discorso arriverà all’intensità massima (legalità sostanziale)⁵⁶.

7. (segue) Principio di legalità e fonti primarie (in particolare, il decreto-legge).

Orbene, tutto ha inizio, come detto, con la deliberazione del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, adottata ai sensi dell’art. 7, comma 1, *lett. c* e dell’art. 24, comma 1, del Codice.

Si tratta pertanto di una dichiarazione di emergenza *nazionale*; inoltre, tale dichiarazione risulta esplicitamente collegata alla necessità di un intervento *immediato*⁵⁷; infine, il potere di governo dell’emergenza è attribuito Capo del Dipartimento della protezione civile⁵⁸.

I tratti salienti del provvedimento in questione sembrano perciò rientrare tutti nello schema esplicativo che ho proposto: il Codice *non contraddice* la Costituzione (intesa come norma) ma la integra, prevedendo uno statuto generale dell’emergenza (principio di legalità

⁵⁴ Così, in particolare, la sentenza n. 617 del 16-30 dicembre 1987 (sulla legittimità del potere di ordinanza) e la sentenza n. 115 del 4-7 aprile 2011 (sulla forza secondaria e temporanea di tale potere); con specifico riferimento all’ordinamento della protezione civile si può vedere invece la sentenza n. 418 del 22 ottobre-9 novembre 1992, con la quale venne scrutinata l’identica disposizione, allora contenuta nella legge 24 febbraio 1992, n. 225, oggi riversata nel Codice.

⁵⁵ Del resto, se esiste una disciplina – e cioè un “ordinamento” – per una data situazione, troverei contraddittorio dire che si è “fuori dall’ordinamento” (*extra ordinem*); sarebbe come affermare che il legislatore ha previsto ciò che era imprevedibile: più facile pensare, invece, che si stiano designando col medesimo sintagma fenomeni diversi. Nel lessico qui adottato, insomma, l’*“extra ordinem”* in senso stretto, l’imprevedibile, è legislativamente muto.

⁵⁶ Fermo restando, come detto, che ove una certa materia sia presidiata da una riserva legislativa, il principio di legalità sarà da intendersi in senso sostanziale lungo l’intera catena.

⁵⁷ Cfr. il primo “ritenuto” della premessa della deliberazione in parola.

⁵⁸ *Ivi*, n. 2 del dispositivo.

minimo); il Governo ritiene che ricorrano i presupposti per un intervento non “semplicemente” urgente ma *immediato* (e quindi dichiara l'emergenza, nel rispetto della procedura prescritta); il potere di ordinanza – forma necessaria dell'intervento stesso – deve rispettare, secondo quanto testualmente riportato, i principi generali dell'ordinamento giuridico (quindi, direi, anche di quello di legalità e di riserva di legge)⁵⁹: sembra tutto “straordinariamente” *in ordine* più che *extra ordinem*.

Una volta adempiuto al presupposto procedimentale (lo «stato di emergenza», in base all'art. 7 del Codice, deve essere formalmente «dichiarato» dal Consiglio dei ministri con apposita deliberazione, ribadisco), si entra nella fase emergenziale vera e propria.

A questo punto le cose diventano però un po' meno lineari.

Acclarata la lacunosità della disciplina costituzionale, infatti, la regolamentazione generale dell'emergenza delineata nel Codice può sempre essere corretta, adeguata o integrata da un atto normativo dotato di analoga forza.

Ciò che in effetti è avvenuto, ponendo capo a una *lex specialis* composita che ha governato (e governa tuttora) l'emergenza “COVID-19”.

Segnatamente, l'art. 2 del decreto-legge n. 6 del 2020 ha previsto, tra l'altro, che «le autorità competenti possono adottare *ulteriori misure* di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 *anche fuori dei casi di cui all'articolo 1, comma 1*» (enfasi aggiunte).

Sarebbe a dire che il decreto-legge n. 6 del 2020 – legittimamente quantunque inopportuno, come si vedrà (§ 9) – *ha rotto* lo schema generale del d.lgs. n. 1 del 2018, che – ricordo – individua nel Presidente del Consiglio dei ministri (trattandosi di «emergenza nazionale») il titolare *unico* del potere di ordinanza in tali frangenti, riservando alle altre autorità territoriali un ruolo meramente gregario⁶⁰.

La disposizione in parola, al contrario, apriva al concorso (soccorso?) di soggetti dotati di analoghi poteri (in specie, i governatori delle Regioni e i Sindaci dei Comuni, in base al TUEL), nella prospettiva di una diversa modulazione degli interventi in ragione delle peculiarità di ciascun contesto territoriale.

L'infausta decisione, che ha generato le disfunzioni note, è stata corretta poco dopo, con l'art. 2 del d.l. 25 marzo 2020, n. 19 (poi convertito con modifiche nella legge 22 maggio 2020, n. 35), il quale ha tentato di neutralizzare le disomogeneità disciplinari portate dalle ordinanze delle amministrazioni territoriali (che avevano usato di tale autorizzazione con notevole solerzia e buona dose di creatività) apponendo a tale potestà una condizione

⁵⁹ *Ibidem*, ove si fa riferimento espresso all'attribuzione di un potere straordinario «in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico». Ciò in conformità dell'univoca giurisprudenza amministrativa in materia: cfr., anche recentemente, TAR Calabria, sentenza n. 489 del 30 luglio 2019; TAR Lombardia, sentenza n. 1238 del 5 giugno 2017; TAR Abruzzo, sentenza n. 290 del 28 novembre 2019; TAR Campania, sentenza n. 5199 del 4 novembre 2019.

⁶⁰ Cfr. art. 6 del Codice. In senso analogo, v. nuovamente S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, cit., 133 e, sebbene in chiave critica, F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020, 131 spec. 139.

risolutiva⁶¹.

Le specifiche misure di contrasto dell'emergenza "COVID-19" erano poi esplicitate nell'art. 1 del d.l. n. 6 e sono abbastanza note per dispensarmi dall'illustrarle: basterà sottolineare come tale circostanza vada a corroborare la prognosi di conformità a diritto del provvedimento legislativo in discorso.

Infatti è proprio in tale punto che il nostro tema interseca con particolare evidenza il secondo andamento (quello che poc'anzi ho definito 'medio') del principio di legalità: se la fonte primaria *generale* (il Codice) si limita infatti a esigere che siano elencati i presupposti di esercizio del potere e i fini da perseguire, lasciando per il resto la massima libertà all'autorità amministrativa in vista della realizzazione dello scopo indicato dalla norma attributiva (legalità formale)⁶², l'indicazione delle specifiche misure da adottarsi contenuta nell'art. 1 del d.l. n. 6 del 2020 costituiva un *quid pluris* rispetto al suddetto *standard*, e questo non può che rafforzare la già anticipata conclusione in termini di validità della conseguente disciplina⁶³.

Nel diritto italiano, quindi, la norma attributiva del potere straordinario di ordinanza è sempre primaria, ossia rispettosa del principio di legalità, se inteso – come a me pare corretto – in senso meramente formale⁶⁴.

Un'autorevole opinione ritiene tuttavia che sin da questo primo livello della gerarchia il principio di legalità debba rispettare un andamento *sostanziale*⁶⁵.

Tale assunto risulta in parte ultroneo e in parte irrilevante.

Ultroneo, in quanto si è visto come la stessa *ratio* degli atti amministrativi di cui si sta parlando è ontologicamente incompatibile con la piena e completa predeterminazione legislativa⁶⁶.

Irrilevante, perché nella fattispecie in esame si è comunque fatto qualcosa in più di quel che esigerebbe il principio di legalità formale, sia esplicitando il vincolo dei principi generali dell'ordinamento giuridico, sia, soprattutto, individuando le *specifiche misure* da adottarsi.

⁶¹ Il Governo immaginava infatti di razionalizzare il sistema dell'emergenza "COVID-19" attraverso la caducazione delle disposizioni provenienti da autorità amministrative diverse da quelle statali in corrispondenza dell'adozione di un successivo DPCM; predisponendo all'uopo altresì una convalescenza degli atti sino ad allora emanati, sempre col meccanismo della perimetrazione temporale dei loro effetti. Il successivo corso degli eventi ha purtroppo attestato come il ritorno alla gestione unitaria della pandemia sia stato tutt'altro che lineare.

⁶² E proprio tale caratteristica distingue in linea generale le ordinanze in discorso dai c.d. atti necessitati, il cui contenuto è predeterminato dalla fonte primaria: M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, 388.

⁶³ Del resto, su un piano più generale, è la stessa evoluzione storica del potere di ordinanza a suggerire che una compiuta predeterminazione del contenuto degli atti espressivi di tale potestà sarebbe con ogni probabilità impossibile: nella transizione dallo stato assoluto a quello di diritto il termine 'ordinanza' ha infatti cessato di indicare *qualsiasi* manifestazione di volontà precettiva del sovrano e ha assunto una connotazione *residuale*, per cui oggi rientrano in tale categoria per lo più gli atti di esercizio di poteri amministrativi, pur innominati, che sia nondimeno necessario adottare per fronteggiare tempestivamente una situazione imprevista. *Amplius* R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, Giuffrè, 1990.

⁶⁴ Conclude espressamente per la legittimità del Codice E. ZAMPETTI, *Legalità e potere straordinario di ordinanza*, in *Dir. Soc.*, n. 3/2019, 477, spec. 495 ss.

⁶⁵ Vedi di nuovo soprattutto M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 112.

⁶⁶ Cfr. recentemente TAR Trento, sentenza n. 175 del 19 dicembre 2019.

Andrebbe semmai precisato che, per non violare l'ordinamento delle fonti, il potere di ordinanza – per lo meno all'interno del paradigma che si sta esaminando – non dovrebbe comunque andare a incidere su materie coperte da riserva di legge, né assoluta, né relativa (qualora difetti la normazione legislativa di principio).

Detto in altro modo, il tipico effetto derogatorio dovrebbe risultare circoscritto alle situazioni non coperte da riserva⁶⁷.

In sintesi: *tutte* le ordinanze necessitate (comprese quelle che qui interessano)⁶⁸ si caratterizzano, ontologicamente, per la mancanza di un contenuto determinabile *a priori* e, strutturalmente, per la capacità derogatoria della normativa comune attribuita dalla fonte legislativa⁶⁹; ciò che rende problematico evocare per esse un vincolo più intenso di quello posto dalla legalità formale (cfr. art. 24 del Codice).

Entro tale schema, poi, l'art. 1 del d.l. n. 6 del 2020 aggiungeva come detto ulteriori elementi; elementi che – al limite – avvicinavano l'andamento specifico del principio di legalità al livello sostanziale, rafforzandone (pur non richiesto) il predicato di validità.

Alla luce di tutto ciò, la Corte costituzionale, se chiamata a sindacare la specifica norma attributiva del potere di ordinanza, difficilmente potrebbe scrutinarla negativamente, avendo essa già effettuato, con esito positivo, analoga valutazione rispetto a disposizioni ben più laconiche, come visto (*retro*, nota n. 20 e nota n. 54).

Oggidì vige comunque in materia la più permissiva regolamentazione della legge n. 35 del 2020, che ha abrogato quasi del tutto le disposizioni del d.l. n. 6 del 2020 che ho testè richiamato.

8. (segue) Riserva di legge e fonti secondarie (in particolare, il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri).

Il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (DPCM) è individuato dal Codice come lo strumento *proprio* di gestione delle emergenze di rilievo nazionale, (semberebbe) *in deroga* anche alle altre fonti tipiche del potere amministrativo⁷⁰.

Il Codice, in altre parole, non si limita ad attribuire il potere di emergenza a un preciso soggetto istituzionale, ma glielo attribuisce in *esclusiva*: ci si trova pertanto al cospetto di una vera e propria *competenza funzionale*, non semplicemente *ratione materiae*⁷¹.

Nell'ambito della concezione normativa della costituzione qui sposata, tale previsione

⁶⁷ Per chiarezza, va poi evidenziato che, siccome non si è in presenza di un atto normativo primario, l'invalidità del provvedimento di emergenza dovrà essere accertata dal giudice comune (ordinario ed amministrativo) e non dalla Corte Costituzionale (v. anche § 11).

⁶⁸ Si noti che non sempre l'atto amministrativo urgente riporta il *nomen juris* di 'ordinanza', ma talvolta riveste la forma del decreto (tali sono, ad es., i provvedimenti necessitati del Prefetto).

⁶⁹ Cfr. già G.U. RESCIGNO, *Ordinanze e provvedimenti di necessità e urgenza (dir. cost. e amm.)*, in *Nss. Dig. it.*, XII, Torino, Utet, 1965, 90.

⁷⁰ Cfr. art. 25 del Codice.

⁷¹ Sulla prevalenza del criterio della competenza funzionale (o per grado) su quella territoriale o per materia in ambito amministrativo può vedersi Cons. Stato, *Ad. plen.*, decisione n. 4 del 4 febbraio 2013.

risulta del tutto legittima, essendo il DPCM di uno strumento *tipicamente* emergenziale, non necessariamente in concorrenza col decreto-legge (sempre negli ambiti non coperti da riserva di fonte primaria, *scil.*).

Restano le criticità collegate a questa *specificità emergenziale*, poiché la misura amministrativa più “celebre”, il confinamento domiciliare (*‘lockdown’* nel lessico comune), impinge certamente nelle libertà costituzionali inviolabili, presidiate – come già rilevato – dalle riserve di legge e quindi comportanti un’accezione *sostanziale* della legalità.

Due sono in particolare le disposizioni costituzionali maggiormente implicate: l’art. 32 (che tutela la salute, diritto «fondamentale» dell’individuo oltre che «interesse della collettività») e l’art. 16 (che garantisce la libera circolazione dei cittadini, salvo che la legge ne preveda la limitazione per specifiche ragioni: riserva *rinforzata*)⁷².

D’altra parte, in base alle informazioni mediche sul virus ad oggi in nostro possesso, specialmente quanto alle sue modalità di trasmissione da individuo a individuo, va detto che l’unica strategia di contrasto epidemico efficace pare tuttora consistere nell’azzeramento del contatto umano, occasione privilegiata per la circolazione della malattia (come ogni virus, infatti, pure il coronavirus si trasmette “per contatto”).

In tale situazione, l’unico dispositivo giuridico in grado di tradurre efficacemente la soluzione medica del c.d. distanziamento (sociale) come ha consigliato l’OMS, è per l’appunto il “confinamento domiciliare”, per quanto sgradevole esso possa apparire, e sia in effetti a molti apparso⁷³.

Una precisazione, forse superflua: commento la restrizione più nota (*‘lockdown’*) assumendola a *paradigma* di un discorso complessivo, in base alla logica che – legittima la misura più invasiva – *a fortiori* lo sarà quella meno invasiva.

Tanto precisato, occorre osservare che la misura del confinamento ai fini del distanziamento compare, nei suoi tratti essenziali, sin dal d.l. n. 6 (art. 1); di conseguenza, il ruolo del DPCM – nella fattispecie, due su tutti: quello del 23 febbraio 2020 e quello del 9 marzo 2020 – risulta in linea col quadro normativo generale e soprattutto rispettoso della norma costituzionale di riserva.

Una questione di legittimità – caso mai – si pone, oggi come allora, rispetto alle *altre* figure provvedimentali dell’urgenza, ossia quelle intestabili ai Presidenti di Regione e ai Sindaci, come accennerò a breve (§ 9), nonché – in termini peculiari – all’uso interpretativo delle FAQ, che in non pochi frangenti è parso sfuggire al controllo degli estensori, con effetti talora bizzarri (§ 10).

Segnatamente, rilevano in questa sede, oltre alle ordinanze del Presidente del Consiglio dei ministri *ex artt.* 5, comma 1, e 25 del Codice (nonché art. 17 della legge n. 400

⁷² Credo invece sia per lo più eccessivo invocare l’art. 13 Cost. (libertà personale), poiché caratteristica essenziale delle restrizioni ad essa è l’essere assistite dall’uso della forza, o almeno dalla minaccia di tale uso; la semplice previsione di sanzioni in caso di inottemperanza alle prescrizioni date, al contrario, fa invece ricadere i relativi precetti nell’area dell’art. 16 Cost.; in tema cfr. A. PACE, *Libertà personale (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, Giuffrè, 1974, 287; A. CERRI, *Libertà II) Libertà personale (Diritto costituzionale)*, in *Enc. giur.*, XIX, Roma, Treccani, 1990, 1 (*ad vocem*); P. CARETTI, *Libertà personale*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino, Utet, 1994, 231.

⁷³ Così, ad esempio, A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem?*, Modena, Mucchi, 2020, spec. 25 ss.

del 1988: i “famigerati” DPCM):

a) le c.d. ordinanze contingibili ed urgenti *ex art.* 50 TUEL (e, per quanto qui rileva, anche *ex art.* 6 del Codice);

b) quelle *ex art.* 32 della legge n. 833 del 1978;

c) infine quelle, più marginali, dell’autorità sanitaria (a seconda dei casi, il Prefetto o il Ministro dell’Interno), ai sensi degli artt. 129 e 261 del r.d. 27 luglio 1934, n. 1265⁷⁴.

È propriamente in tali sedi (fondamentalmente, in quelle riconducibili ai tipi *a* e *b*), infatti, che il cessato istituto del *lockdown*⁷⁵ ha assunto quella concreta fisionomia che ha fatto dubitare, per la proprietà transitiva, dell’illegittimità dei decreti del Presidente del Consiglio in sé, anziché di quella dei provvedimenti di loro attuazione⁷⁶.

Eppure per fugare i dubbi in questione sarebbe forse bastato porsi la domanda più semplice: *se* la Costituzione consente, in determinate circostanze, persino l’imposizione di un trattamento sanitario; *e se* tali circostanze sono tipicamente quelle epidemiche⁷⁷; *allora*, come negare la legittimità di un provvedimento adottato con fonte primaria che è *all’evidenza* meno invasivo di una terapia?

9. (segue) Emergenza e potere di ordinanza contingibile e urgente.

In fondo alla catena – Costituzione-legge-ordinanze – troviamo (*rectius*: dovremmo trovare), per l’appunto le ordinanze del Presidente del Consiglio dei ministri⁷⁸.

Viceversa, inizialmente in base a un’esplicita attribuzione normativa (§ 7), ma anche successivamente seppur in modo più sporadico, ai DPCM (e alle ordinanze attuative delle altre autorità statali, in particolare del ministro della Sanità) si sono affiancati numerosi provvedimenti dei Presidenti delle Regioni e dei Sindaci; tanto che, ad un certo punto, i cittadini si sono trovati non di rado al cospetto di prescrizioni disomogenee e divergenti, senza sapere a quali effettivamente conformarsi.

Il caso della mia città (Sassari) è paradigmatico e per questo mi permetto di citarlo.

In corrispondenza del c.d. appiattimento della curva dei contagi registrata a livello nazionale, il DPCM del 26 aprile 2020 aveva infatti disposto un allentamento delle misure restrittive in essere in base a un analitico cronoprogramma; dando seguito a tale

⁷⁴ Mi limito invece solo a ricordare, poiché non direttamente implicate nella fattispecie che sto analizzando, le ordinanze di pubblica sicurezza (artt. 2 e 216 del r.d. 18 giugno 1931 n. 773, c.d. Testo Unico delle leggi di Pubblica Sicurezza), emanabili, sempre nel rispetto dei principi dell’ordinamento giuridico (cfr. la sentenza della Corte costituzionale n. 26 del 23 maggio 1961), dal Prefetto (art. 2) o dal Ministro dell’Interno (art. 216) a seconda della dimensione dell’emergenza, e le ordinanze (*rectius*: i decreti) *ex art.* 7 della legge 20 marzo 1865 n. 2248, *all. E*, adottabili dall’autorità amministrativa qualora debba disporre «senza indugio» della proprietà privata per grave necessità pubblica, ovvero, per la medesima ragione, debba eseguire un atto in pendenza di un giudizio.

⁷⁵ Cessazione disposta dall’art. 1 del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33.

⁷⁶ Così, ad esempio, M. BELLETTI, *La “confusione” nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell’emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 1, spec. 14 ss., e, in parte, R. CHERCHI- A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell’emergenza sanitaria Covid-19: prime riflessioni*, in *Diritti Regionali*, n. 1/2020, 648.

⁷⁷ Circostanze che non credo si possa negare ricorrano nella fattispecie in esame, a meno di non entrare in un discorso – questo sì! – davvero *extra ordinem* (in senso lato).

⁷⁸ Cfr. art. 25 del Codice.

deliberazione, il Governatore della Regione autonoma della Sardegna (ordinanza n. 20 del 2 maggio 2020, emanata ai sensi dell'art. 32 della legge n. 833 del 1978) – in considerazione del basso livello di contagi nell'Isola – aveva autorizzato, tra le altre cose, una riapertura anticipata di alcune attività commerciali che non fornivano beni di prima necessità; il Sindaco di Sassari, con la sua ordinanza n. 34 del 9 maggio 2020 (emanata anch'essa ai sensi dell'art. 32 della legge n. 833 del 1978, nonché dell'art. 50 del TUEL) aveva però ripristinato a livello comunale la tempistica nazionale del rilascio, in sostanza rendendo *in parte qua* inapplicabile la deroga stabilita a livello regionale; aveva tuttavia recepito altre indicazioni contenute nell'ordinanza regionale; col che si collocava la cittadinanza sassarese in una via mediana tra *standard* nazionale e *standard* regionale tutt'altro che virtuosa (almeno agli occhi di un giurista che si preoccupi della coerenza sistematica); il guazzabuglio è stato risolto pochi giorni dopo (ordinanza n. 35 del 14 maggio 2020).

Orbene, è proprio qua che quella distinzione “forte” tra urgenza ed emergenza, da me adombrata in esordio (§ 2), potrebbe mostrarsi più utile per orientare l'interprete e l'operatore giuridico, definendo con maggior precisione i confini tra le varie potestà di ordinanza e nel contempo mantenendo la disciplina straordinaria dell'emergenza all'interno del perimetro costituzionale.

In sostanza, parafrasando la notissima frase di Carl Schmitt, *sovrano (dell'emergenza) è chi delibera lo stato di emergenza*, ossia il Governo⁷⁹.

Il Codice, poco importa se consapevolmente o meno, si è mosso all'interno di tale concezione, delineando una catena di comando molto chiara nell'art. 6, prevalente su altre simili (ma non identiche) potestà in virtù del *criterio di specialità* (essendo l'emergenza una *species* dell'urgenza) a livello primario e di quello di *competenza* (essendo il DPCM l'atto funzionalmente competente) a livello secondario e amministrativo.

Naturalmente, ciò non toglie che il legislatore dell'emergenza, nella sua discrezionalità, possa forzare tale schema, come in effetti è avvenuto col d.l. n. 6, legittimando la concorrenza di altri centri di decisione (§ 7); resta il fatto che il prezzo da pagare si è dimostrato alto, in termini di (in)coerenza complessiva del sistema, anche a seguito dell'intervento “riparatore” messo in opera col d.l. n. 19.

In definitiva, nel “silenzio” (auspicabile) di fonti primarie che dispongano diversamente, il titolare unico del potere di ordinanza *stricto sensu* “emergenziale”, quando l'emergenza dichiarata sia di livello nazionale, è l'Esecutivo statale ed esso soltanto⁸⁰.

⁷⁹ Coglie bene il punto, sebbene da una prospettiva diversa, quella dottrina che, nel registrare correttamente il diverso impatto negativo del *lockdown* sulle varie porzioni del territorio nazionale, caldeggia una normazione territorialmente differenziata ma pur sempre di matrice statale: così M. BETZU- P. CIARLO, *Epidemia e Mezzogiorno: la differenziazione necessaria*, in *Diritti regionali*, n.2/2020, 582.

⁸⁰ Agli altri apparati pubblici spetteranno invece solo funzioni di attuazione delle sue direttive; il che – si badi – non significa porre nel nulla i ulteriori poteri di ordinanza di Sindaci e Presidenti, poiché, da un lato, i relativi atti risulteranno pur sempre emanabili *in coerenza* con quanto stabilito negli atti provenienti dalla fonte competente e, dall'altro, il potere di ordinanza *ex lege* n. 833 ed *ex TUEL* potrà comunque esplicitarsi allegando un *diverso titolo giustificativo*. Ciò che non può succedere, semplicemente, è vedere adottate tali ordinanze allegando il solo presupposto della «emergenza di rilievo nazionale» delineato dal Codice.

10. (segue) *Soft Law* e c.d. FAQ.

Naturalmente, il discrimine che sostengo è solo un criterio orientativo utile per inquadrare razionalmente le problematiche poste dall'esigenza di praticare – in particolari condizioni – un diritto diverso da quello ordinario.

La risoluzione di molte criticità che la presente emergenza sanitaria ha reso evidenti passa però per un'altra strada, quella del *linguaggio* dell'autorità pubblica.

In molti – e a ragione, direi – hanno stigmatizzato la formulazione di moltissime delle disposizioni legali che hanno retto e stanno reggendo l'emergenza sanitaria “COVID-19”, dall'utilizzo di predicati verbali poco familiari al lessico del giurista (anziché “ordinare” qualcosa”, troppo spesso un comportamento è stato oggetto di “invito” o meramente “consigliato”, magari “caldamente”) all'inserimento nei testi di sostantivi che definire imprecisi è dir poco: si pensi al concetto di «prossimità» (all'abitazione) o a quello di «congiunto» (da visitare o ospitare).

E se per il primo ordine di vaghezze⁸¹ (quelle verbali) si può forse – con slancio di generosità – trovare una qualche spiegazione nella consapevolezza da parte dell'autorità pubblica che una formulazione tassativa di determinati divieti sarebbe stata a rischio di declaratoria di illegittimità quando contenuta in atti sublegislativi e incidente su diritti di libertà, per il secondo tipo (quelle sostantive) è impercorribile persino tale malferma strategia giustificazionista.

Il punto di emersione di tale problematica è tipicamente il fenomeno delle c.d. FAQ, che rendono particolarmente evidente come il linguaggio *soft* dell'autorità dissimuli spesso un atteggiamento sanzionatorio *hard*, in caso di inosservanza dei suoi *desiderata*.

La funzione delle FAQ sembrerebbe infatti quella di chiarire, con andamento peraltro *casistico*, le oscurità dei comandi propriamente giuridici portati nei decreti e nelle ordinanze emergenziali.

Tuttavia all'atto di specificare – mediante una sorta di interpretazione ufficiale, se non autentica – le vaghezze di tali atti, non si può fare a meno di notare come le “risposte alle domande frequenti” pubblicate nel portale *web* del Governo italiano vadano spesso a *completare* il comando e non solo a *spiegarlo*.

Facciamo un esempio, giusto per intendersi.

L'art. 1, comma 1, *lett. a*, del DPCM del 26 aprile 2020 recitava: «sono consentiti solo gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero per motivi di salute e si considerano necessari gli spostamenti per incontrare *congiunti* [...]» (enfasi aggiunta).

Ciò che più ha suscitato perplessità nei cittadini è stato l'uso del sostantivo ‘congiunti’ quali destinatari delle visite «consentite».

⁸¹ Non approfondisco ulteriormente il discorso sulle principali cause di incertezza del significato di un termine o di un sintagma (vaghezza di grado, vaghezza combinatoria, ambiguità, indeterminatezza) poiché non mi pare necessario per la progressione del ragionamento. Sul tema può comunque vedersi V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, Giuffrè, 2010, spec. 29-39, *passim*.

Rispetto a tale dubbio esegetico, l'apposita FAQ aveva specificato che erano da considerarsi 'congiunti' «i coniugi, i partner conviventi, i partner delle unioni civili, le *persone che sono legate da uno stabile legame affettivo*, nonché i parenti sino al sesto grado (come, per esempio, i figli di cugini tra loro) e gli affini fino al quarto grado (come per esempio i cugini del coniuge)» (enfasi aggiunta).

Eliminata una vaghezza, non si riuscì a fare di meglio che introdurre un'altra, alimentando una casistica applicativa che ha mostrato scostamenti anche significativi da territorio a territorio⁸².

Certamente va concesso che il linguaggio giuridico sia un linguaggio amministrato (quindi non puramente artificiale) e pertanto conduca fisiologicamente a dubbi di significazione⁸³.

Nondimeno esistono strumenti *formali*, quali le banalissime circolari interpretative, in grado di precisare altrettanto bene le reali istanze comunicative del legislatore.

Inoltre, faccio rilevare che le FAQ – una volta caducato l'atto cui afferiscono – “scompaiono” dall'apposita sezione del portale e diventa particolarmente difficile rintracciarle nell'archivio.

Infine, va registrato come nel caso specifico l'iscrizione degli «affini fino al quarto grado» alla (quasi) inedita categoria dogmatica dei 'congiunti' non sia nemmeno riconducibile ai principi generali dell'ordinamento, poiché - civilisticamente - la rilevanza giuridica dell'affinità si ferma in genere al secondo grado (cfr. ad es. art. 433 c.c.).

In tal modo, la FAQ in discorso mostrava una evidente vocazione *costruttiva* più che *interpretativa*: completava, appunto, un comando legale inizialmente incompleto, andando a compiere un'operazione del tutto in-giustificabile.

E non si tratta di un caso isolato.

Certo, si potrebbe essere tentati di dissolvere velocemente tutte tali perplessità evocando la figura (di crescente *appeal* tra gli addetti ai lavori) del c.d. *Soft Law* ma, a mio avviso, sarebbe una risposta errata per una serie di ragioni.

Innanzitutto, andrebbe annotato che dentro il calderone del 'diritto flessibile' ricadono fenomeni parecchio diversi e per la precisione almeno tre: il c.d. *Pre Law*, ovvero l'insieme degli atti di natura politica, propedeutici al vero e proprio *Hard Law*; il c.d. *Para Law* (o *soft Law* in senso stretto), tale essendo il circuito decisionale che tende a porsi quale alternativa informale a quello delle istituzioni tradizionali; il c.d. *Post Law*, comprendente tutte quelle fattispecie finalizzate a dare puntuale e concreta attuazione ai comandi giuridici propriamente detti⁸⁴.

Semmai, dovremmo quindi invocare, più precisamente, il *Post Law*, dato che le FAQ si collocano comunque in coda al processo nomopoietico.

⁸² Se si volesse essere pignoli, a una vaghezza di grado è subentrata una indeterminatezza.

⁸³ Cfr. ad esempio M. JORI - A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, II ed., Torino, Giappichelli, 1995, 332-339.

⁸⁴ In argomento, cfr. M. RAMAJOLI, *Soft Law e ordinamento amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2017, 147, spec. 149 ss., e – in chiave fortemente critica – R. BIN, *La scarsa neutralità dei neologismi. Riflessioni attorno a soft law e a governance*, in L. DESANTI - P. FERRETTI - A.D. MANFREDINI (a cura di), *Per il 70. compleanno di Pierpaolo Zamorani*, Milano, Giuffrè, 2009, 19.

Secondariamente, andrebbe registrata una duplice *peculiarità* del preteso “*Soft Law* dell’emergenza”, che mostra di stare e funzionare in maniera speculare rispetto a quello “classico”.

Per un verso, infatti, quest’ultimo consiste normalmente in affermazioni contenute all’interno di un *discorso* (si pensi, tipicamente, al fenomeno linee-guida in materia di appalti pubblici), mentre le FAQ accedono a un testo formalmente articolato in enunciati linguistici prescrittivi o simil-prescrittivi.

In secondo luogo – stante forse il contesto particolarmente pressante nel quale tali “consigli” o “inviti” intervengono – il tasso di perentorietà delle formule linguistiche tende a *crescere* mano a mano che dall’astratto normativo di passa al concreto amministrativo, anziché verificarsi l’inverso (come, nuovamente, è tipico del *Soft Law* “classico”).

In altre parole, il *Soft Law* “classico” – che il *Conseil d’État* ha felicemente battezzato «*droit souple*»⁸⁵ – si manifesta come un enunciato linguistico principale (prescrizione) fraseggiato come una disposizione propriamente giuridica, ma sanzionato mediante una regola secondaria (sanzione) meramente sociale⁸⁶.

In sintesi: un *chiaro* comando è *vagamente* sanzionato.

Al contrario, il fenomeno delle FAQ è connotato da (*rectius*: mantiene ferma) una chiarezza sanzionatoria che tuttavia accompagna una notevole vaghezza della prescrizione di comportamento.

Più in breve: una *vaga* prescrizione è *chiaramente* sanzionata.

L’uso, sin troppo massiccio, di tale figura (FAQ) in questa fase emergenziale andrebbe quindi ridimensionata per il futuro; come visto poco sopra, esiste infatti la *circolare*, ossia uno strumento interpretativo altrettanto efficace (in quanto formalizzato), accessibile (in quanto insensibile al c.d. *digital divide*) e molto più sicuro (visto non tende a “sparire”).

Oltretutto, la circolare è un documento certamente producibile in un eventuale giudizio, mentre una FAQ non sarei sicuro che possa godere del medesimo statuto processuale⁸⁷.

L’esperienza dell’epidemia “COVID-19”, insomma, insegna che forse non tutto ciò che è nuovo va per forza bene, e che non tutto ciò che va bene è per forza nuovo.

⁸⁵ Cfr. lo studio annuale per il 2013 del *Conseil d’État*, dedicato per l’appunto al *droit souple*. Ampi stralci di tale studio, destinati ad un’ampia divulgazione e assemblati in un apposito *Dossier de presse*, sono accessibili e liberamente scaricabili dal portale istituzionale dell’ente (www.conseil-etat.fr).

⁸⁶ Il *Soft Law* “classico” si caratterizzerebbe cioè per una «normatività graduata», nel senso che la sua violazione comporterebbe conseguenze negative «apprezzabili solo sul piano extra-giuridico». In particolare, nel succitato studio annuale del 2013 (a p. 8) il *droit souple* è definito dal *Conseil d’État* come un diritto che «non comporta obblighi» per i destinatari e nel contempo presenta «un grado di formalizzazione e strutturazione» che lo avvicina al diritto vero e proprio («*droit dur*»). Le traduzioni, e quindi anche le eventuali imprecisioni, riportate nel testo sono tutte imputabili a me.

⁸⁷ Se mi si concede una chiosa metaforica, quell’interruttore che l’emergenza sanitaria ha come acceso (“FAQ-on”) sull’onda dell’esigenza di celerità nell’attuazione delle misure di contrasto epidemico, andrebbe il prima possibile “spento” (“FAQ-off”), in quanto può portare a pericolosi corto circuiti.

11. Il sovrano dell'emergenza: salvaguardare la democrazia (fin dove possibile).

Tutti sappiamo che il nostro ordinamento si regge sul principio della sovranità popolare (art. 1, 2° comma, Cost.); e tutti sappiamo che, in circostanze particolari, il diritto “ordinario” può subire deroghe o sospensioni.

Un criterio esegetico e pratico basilare di qualsiasi ordinamento giuridico è però quello di operare in modo che i vari principi e istituti in esso contemplati possano quanto più possibile convivere senza confliggere.

In questo senso, è di tutta evidenza che la compressione del principio di sovranità popolare (e non solo) è minore se il diritto emergenziale venga forgiato attraverso decreti-legge, che comunque debbono superare il vaglio parlamentare, anziché mediante ordinanze amministrative⁸⁸.

Certo, in qualche caso può essere necessario agire con queste ultime, e comunque l'ordinamento possiede congegni idonei a preservare le sue strutture fondamentali, almeno nel breve periodo.

In generale, può infatti dirsi che mano a mano che ci si allontana dalla natura democratica del potere si ampliano le garanzie giurisdizionali; in particolare se il decreto-legge (ma questo vale anche per le altre fonti legislative) è soggetto al controllo parlamentare e a quello (tutto sommato limitato) della Corte costituzionale, le ordinanze amministrative e i DPCM, pur sfuggendo a tali controlli, sono comunque sindacabili dal giudice comune, ordinario o amministrativo⁸⁹.

Il problema sta però altrove, nella stessa *natura* del potere chiamato a controllare gli atti emergenziali: il controllo politico del Parlamento, infatti, attiva un circuito di legittimazione democratica; il controllo giurisdizionale ripristina, eventualmente ed episodicamente, un ordine giuridico che è già stato violato.

Al di là (e in certo modo *al di sopra*) dei profili di stretta legittimità già evidenziati nei precedenti paragrafi, poi, c'è il nodo comunicativo rappresentato dallo stravagante – a tratti – lessico legislativo: chi, a torto o a ragione, parla, ha aspettativa e pretesa di comprensione: diversamente, infatti, lo iato tra *speaker meaning* (significato per l'enunciante) e *sentence meaning* (significato dell'enunciato) sarebbe talmente ampio da sfociare, di fatto, in una comunicazione prelinguistica⁹⁰.

⁸⁸ Tale sembra essere il retropensiero che percorre carsicamente tutta l'analisi critica del diritto dell'emergenza “COVID-19” di A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem?*, cit., per far capolino, quasi in coda (p. 61), nei seguenti termini: «non si è adeguatamente utilizzato nemmeno lo strumento che la Costituzione individua per i casi straordinari, e cioè l'art. 77» (enfasi aggiunta).

⁸⁹ Nella fattispecie mi pare in effetti di essere al cospetto di semplici atti amministrativi (al limite, di alta amministrazione) e non di atti politici: la Corte costituzionale, con la sentenza n. 81 del 2-5 aprile 2012, ha infatti stabilito che «nella misura in cui l'ambito di estensione del potere discrezionale, anche quello amplissimo che connota un'azione di governo, è circoscritto da vincoli posti da norme giuridiche che ne segnano i confini o ne indirizzano l'esercizio, il rispetto di tali vincoli costituisce un requisito di validità e di legittimità dell'atto, sindacabile nelle sedi appropriate» (cfr. punto 4.2. della motivazione in diritto); in tal senso, di recente, anche TAR Lazio, III, sentenza n. 54 del 4 gennaio 2020. In dottrina, con specifico riguardo alla pandemia in corso, A. VUOLO, *Il sindacato di legittimità sulle misure di contrasto all'epidemia*, in *Diritti regionali*, n. 2/2020, 87.

⁹⁰ In argomento, J.R. SEARLE, *The basic reality and the human reality*, Cambridge, Harvard University Press, 2019, trad. it. di P. Di Lucia e L. Passerini Glazel, *Il mistero della realtà*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2019, 153 ss., 155-156.

Ebbene, a più riprese il Governo italiano ha ricordato ai suoi cittadini che tutte le misure di contenimento che esso ha adottato erano ispirate al criterio della «massima precauzione» sanitaria; nel senso che il diritto individuale e l'interesse collettivo alla salute presidiato dall'art. 32 Cost. è stato posto al vertice della gerarchia dei diritti costituzionali nella presente situazione.

Tuttavia – senza voler calcare eccessivamente la mano, trattandosi in effetti di un tipo di emergenza dalla portata inedita nel nostro sistema costituzionale, per lo meno a partire dalla fine del secondo conflitto mondiale – credo possa concedersi, *col senno di poi*, che probabilmente in parecchi frangenti non sarebbe stato male adottare una *maggior precauzione* giuridica, non solo intervenendo con più decisione nelle materie presidiate da riserva di legge mediante atti primari (decreti-legge) e prendendo posizione più netta rispetto alle fughe in avanti (o all'indietro) di altre autorità pubbliche, funzionalmente incompetenti nel caso di specie, ma anche – *rectius*: soprattutto – curando meglio lo stile comunicativo.

In termini sintetici, volendo considerare gli atti emergenziali sotto il profilo linguistico, è stata del tutto sottovalutata la transizione dal momento locutorio a quello perlocutorio, demandando la delicatissima fase illocutoria alla prassi amministrativa e alle FAQ⁹¹.

La conseguenza di questa poca chiarezza, nella pratica sociale, è stata, da un lato, quella che si potrebbe chiamare “vaghezza paralizzante” sul lato dei governati, per cui la restrizione *percepita* dalla cittadinanza è stata nei fatti probabilmente più afflittiva di quella *voluta* dal legislatore e, dall'altro, una sorta di “atteggiamento muscolare” delle istituzioni governanti, che si sono sentite investite di un compito, certo gravoso, ma non così grande da giustificare uno stile amministrativo che in qualche caso (riportato dalle cronache) ha travalicato la logica delle relazioni di potere propria di un contesto liberaldemocratico, seppur sotto pressione.

Il *deficit* linguistico, infatti, può sin troppo facilmente convertirsi in un serio problema istituzionale, come l'esperienza del c.d. doppio stato tedesco – fiorito forse non per caso proprio in contesto emergenziale – insegna⁹².

In definitiva, se è pur vero che il Governo è il “sovrano dell'emergenza”, è altrettanto vero che si tratta di un sovrano *senza corona*, poiché in uno stato democratico, come è il nostro, il sovrano *con la corona* è il popolo, almeno stando al diritto positivo.

In un senso diverso, ma complementare (dato che l'emergenza sanitaria “COVID-19” è stata determinata da un virus appartenente al genere ‘corona’), si potrebbero anche invertire i termini: dire cioè che il sovrano “con” corona (virus) sia il Governo e quello “senza” corona (virus) il popolo.

⁹¹ In tema cfr. J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, Oxford, Oxford University Press, 1962, trad. it. di C. Villata, *Come fare cose con le parole*, Genova, Marietti, 2019.

⁹² Il riferimento è a E. FRÄNKEL, *Der Doppelstaat*, Colonia, Europäische Verlagsanstalt, 1974, tr. it. di P.P. Portinaro, *Il doppio Stato*, Torino, Einaudi, 1983, spec. 21 ss. (stato discrezionale) e 98 ss. (stato normativo). Infatti, lo stato discrezionale (*Massnahmenstaat*) e quello normativo (*Normenstaat*) si differenziano in ultima analisi solo per il fatto che «i loro ambiti di *competenza* sono definiti in maniera diversa», nel senso che «per quanto estesa possa essere la discrezionalità di un'istanza amministrativa dello Stato normativo [...] essa può essere esercitata solo *entro i confini di una competenza univocamente determinata dalla legge*», mentre «le autorità dello Stato discrezionale non sono sottoposte ad alcuna visibile delimitazione delle competenze» (*ivi*, 101, enfasi aggiunte).

L'importante è non confondere i due usi linguistici, e qualche volta ciò sembra essere avvenuto.

ABSTRACT

Il saggio tenta una ricostruzione delle fonti del diritto dell'emergenza basata su due tesi fondamentali.

La prima, che la Costituzione sia un atto normativo incompleto.

La seconda, che vi sia una differenza tra 'urgenza' ed 'emergenza' rilevante giuridicamente.

The essay try to rebuild the legal sources of emergency law based on two fundamental theses.

The first, that the italian constitution is an incomplete normative document.

The second, that there is a difference between 'urgency' and 'emergency' and that this difference is legally considerable.