

LUCA R PERFETTI
Professore ordinario di diritto amministrativo presso
l'Università "Aldo Moro" di Bari
luca.perfetti@belex.com

**SULLO STATUTO COSTITUZIONALE
DELL'EMERGENZA. ANCORA SUL DIRITTO
PUBBLICO COME VIOLENZA O COME FUNZIONE
DEI DIRITTI DELLA PERSONA**

**ON EMERGENCY'S CONSTITUTIONAL STATUS. ONCE
AGAIN ON PUBLIC LAW AS A FUNCTION FOR HUMAN
RIGHTS OR AS EXPRESSION OF VIOLENCE**

SINTESI

L'emergenza pandemica ha reso più visibili processi già largamente in atto e destinati a non venire meno quando la pandemia sia superata. Poteri derogatori, organizzazioni ad hoc, anticipazione dell'emergenza al ricorrere di rischi ordinari e non di stretta necessità, estendersi di spazi di valutazione discrezionale sono tendenze largamente in atto da tempo. Da questo punto di vista, il dibattito sul regime costituzionale dell'emergenza finisce per approdare, da percorsi diversi, alla conclusione che essa si legittimi per via della salvezza dello Stato e dell'ordinamento. A fronte delle tendenze in atto e dei problemi che si manifestano, sembra invece necessario radicare il problema dell'emergenza – in linea con la tradizione del diritto europeo – nella sovranità e, poiché essa appartiene al popolo e la stessa autorità è resa interamente funzionale ai diritti inviolabili, il regime costituzionale dell'emergenza deve essere inteso come funzionale alla salvezza dei diritti fondamentali di fronte a pericoli imminenti e non alla salvezza dello Stato o in generale dell'autorità e del suo potere di comando.

ABSTRACT

Emergency has become, in the past years, all ordinary. Covid-19 emergency revealed more clearly the large use of emergency in the legal system.

The large use of emergency in the past years provide a wide range of legal means, mainly *in via* of exception and derogation. More specifically, Covid-19 emergency implement the various techniques, adding new measures, mainly to anticipate emergency measures based on risks instead of an actual or imminent risk, to appreciate emergency's conditions in a discretionary fashion and with legal provision vague and unsubstantiated into the legislative decrees adopted to cope with the pandemic.

In this critical situation, of derogations from normal human rights standards and alterations in the distribution of functions and powers among the different organs of the State, a discussion on constitutional status of emergency is mandatory.

Italian academic writing during Covid-19 emergency seems unsatisfactory: Literature argued mainly in two – opposite – directions: under a positivistic perspective, Italian Constitution in force grounds emergency, as a way to conserve safety of the State and fundamental principles of the Republic; on the other hand, many scholars recurred to the traditional idea of *ex facto oritur ius* – therefore, facing extreme danger, facts grounds the State with powers either not by Law or under Constitution.

The paper, maintain a positivistic approach and, under express constitutional rules on sovereignty – belonging to persons and recognizing fundamental rights as a component of people's sovereignty – affirm Constitution grounds emergency powers as much as driven to human rights protection.

PAROLE CHIAVE. sovranità – emergenza – Costituzione – diritti umani

KEYWORDS: sovereignty – emergency – Constitution– human rights

INDICE: 1. Esergo – 2. Tre premesse minime. – 3. Tre significativi dispositivi emergenziali. – 4. Sul dibattito circa il fondamento costituzionale dell'emergenza. – 5. Sulle questioni nuove che non possono non porsi e... – 6. (segue) su un (radicalmente) diverso fondamento costituzionale dell'emergenza.

1. Esergo

Questa Rivista, fin dal suo nascere, si è proposta di studiare – con il metodo del rigoroso confronto di opinioni – il profondo mutamento delle categorie costitutive del diritto pubblico che il presente richiede, muovendosi nella prospettiva della Costituzione e, per conseguenza, della ricerca di soluzioni e percorsi che si fondino sulla dimensione normativa della persona rispetto al potere, anche attraverso il ripensamento di concetti fondamentali del nostro sapere disciplinare.

Sembra utile tornare sul problema della qualificazione del potere come funzione del godimento dei diritti della persona ovvero, come irrimediabile violenza non interamente fondata sul diritto, alla luce della gestione della pandemia. Ciò, si badi, non perché in questo caso si sia assistito al dispiegarsi di dispositivi nuovi o di forme più spinte di autoritarismo. La vicenda della pandemia, infatti, non rileva se non perché ha reso massicciamente più evidente ciò che era già facilmente riconoscibile nel sistema anche prima ⁽¹⁾.

In questi termini, i dispositivi giuridici dispiegati nel corso della pandemia hanno certo il doppio merito di rendere evidente ciò che prima non da tutti veniva avvertito e di non trascurabile la discussione circa la relazione tra sovranità, diritti e poteri.

2. Tre premesse minime.

Nella prospettiva indicata in apertura, fin dappprincipio, su questa *Rivista* si è provato a mettere in luce la possibile fragilità dello Stato-di-diritto in senso

¹ Si può in questi termini rinviare a L. R. PERFETTI, *Massnahmenvorschriften and Emergency powers in contemporary Public Law*, in *The Lanyer Quarterly*, X (n. 1/2020), 23.

tradizionale, avvertendosi, invece, la necessità di radicarlo nel ribaltamento dell'idea di sovranità, riconosciuta spettante al popolo (e non all'autorità, allo Stato, al potere pubblico fatto organizzazione) nel suo permanente *trattenersi* nella garanzia dei diritti inviolabili (e nel loro ordinamento), *trasferirsi* a livello sovranazionale in funzione di beni (come la pace) sempre funzionali alla persona umana ed, infine, *delegarsi* all'autorità attraverso la rappresentanza ma sempre nei limiti delle prime due movenze della sovranità; diversamente, non sembra convincente l'idea che il potere pubblico riposi su una base legale, che gli ordini dati dall'autorità si fondino sulla legge. Infatti, se si guarda appena più in profondità, si scoprono con facilità vari elementi che rendono questo riposante convincimento fragile, che ne fanno cogliere la natura di punto di arrivo assai più che non quella di premessa scontata dalla quale partire ⁽²⁾.

Basta indicarne due.

2.1. *Anzitutto*, la libertà e la garanzia che il diritto vi appresta, se per sua natura è inestirpabile dal cuore dell'uomo, è tuttavia fragile nella dinamica dei poteri; ed, infatti, il sistema delle regole, le garanzie che l'ordinamento appresta, sono dispositivi efficaci solo se la reale e concreta domanda di libertà che sorge dalla comunità delle persone nel momento storico dato, influisca davvero sul modo in cui gli ordinamenti funzionano, sull'effettivo azionarsi e dispiegarsi dei dispositivi di potere. In altri termini, la garanzia della libertà, dell'autonomia della persona, dei suoi diritti fondamentali, ove vista nel concreto dell'ordinamento positivo, è il frutto della dialettica attiva tra persona, società e organizzazioni di potere. Da questo punto di vista, ancorché non via sia lo spazio per argomentare adeguatamente ⁽³⁾, non sembra troppo faticoso vedere come il nostro tempo sia caratterizzato da un potere autoritario, dalla crisi della democrazia, da prassi di potere largamente concentrate sui vertici, poco sensibili al sistema delle garanzie, quasi sempre brandendo strumenti emergenziali.

2.2. C'è, però, un *secondo* elemento che deve essere messo in luce adeguatamente – e sul quale maggiormente ci si concentrava su questa *Rivista* affrontando il problema del potere come violenza: la nostra convinzione che il potere pubblico riposi sul precetto della legge è vera solo se si fornisce una definizione giuridicamente pregnante della nozione di interesse pubblico e di potere discrezionale, giacché diversamente – ed in linea con quanto la più parte della letteratura occidentale ritiene – se la discrezionalità è scelta politica o volizione tra opzioni lecite, la decisione frutto di valutazione discrezionale è sempre un atto di autorità privo di disciplina legale e, quindi, violenza dell'autorità. Al contrario, solo una lettura analitica della sovranità per come disciplinata dalla Costituzione consente di fornire un concetto positivo di interesse pubblico e quindi di valutazione discrezionale, sicché questi concetti si sottomettono al diritto, inve-

² Per maggiori considerazioni, si rinvia a L. R. PERFETTI, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, in questa *Rivista*, n. 1/2017, 3.

³ Per una più ampia discussione, si rinvia a L. R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la XVII legislatura repubblicana*, in pubblicazione, Rubettino, Soveria Mannelli, 2021.

ce di rimanere appannaggio dell'autorità – e della sovranità che ad essa, pur non espressamente, si finisce per continuare ad attribuire.

2.3. Questi elementi non sono meno evidenti nell'esercizio di poteri emergenziali, da sempre da annoverare tra i dispositivi giuridici che a più dura prova costringono le categorie dello Stato-di-diritto. Tuttavia, quel che si vuole premettere è che, se nell'emergenza l'esercizio del potere solo limitatamente collegato alla legge da parte dell'autorità appare più evidente (così come nelle relazioni che un tempo si sarebbero definite di supremazia speciale – e che oggi si trattano nello stesso modo, ed anzi aumentano, senza più qualificarle come tali), se non si ricostruisce la sovranità nel rigoroso schema della lettera della Costituzione, le medesime considerazioni possono essere estese alla fisiologia non emergenziale dell'ordinamento.

3. Tre significativi dispositivi emergenziali

Perché le nostre non sembrino considerazioni “sul” diritto – volendosi limitare, piuttosto, a riflessioni “di” diritto – sembra utile mettere in luce tre dispositivi emergenziali che determinano la fortissima alterazione dello Stato-di-diritto (sempre se non integrato dalla riflessione più sopra richiamata sulla sovranità per come disciplinata dalla Costituzione) il cui meccanismo concettuale non pare così diverso (se non per enfasi ed intensità) da quanto occorre nell'ordinario.

3.1. La determinazione del fatto.

Altra volta è parso utile mettere in luce come, tra le difficoltà che la giurisdizione amministrativa incontra nel suo percorso verso l'effettività (pur continuando a mostrare, a mio avviso, ampie ragioni per ritenerla preferibile a quella del giudice ordinario), sia da annoverarsi anche la resistenza delle corti amministrative ad esercitare un approfondito sindacato sul fatto e sulla ricostruzione che ne faccia l'amministrazione ⁽⁴⁾. L'attrazione della ricostruzione del fatto nella sfera della valutazione discrezionale – frequente in giurisprudenza – sembra alterare la distinzione fondamentale tra verità e potere, sicché l'affermazione del secondo non è in grado di creare la prima.

Tuttavia, proprio nei dispositivi emergenziali questo pericolo appare estremamente evidente, per la complessità del fatto, certo, ma soprattutto per ragione della frequente incertezza scientifica rispetto ad esso ⁽⁵⁾. Attrarre nella

⁴ L. R. PERFETTI, *Cerbero e la focaccia al miele. Ovvero dei pericoli del processo amministrativo e delle sue mancate evoluzioni*, in *Il Processo*, 2020, 429

⁵ In particolare, il tema del dominio della tecnica sulle decisioni pubbliche assume un rilievo profondo perché pone in luce il paradosso contemporaneo del tramonto del positivismo scientifico collegato allo sviluppo rapidissimo della tecnica e del suo metodo pragmatico. Sulla questione occorre rammentare – per rendere evidente come la questione del potere della tecnica non sia neutrale ed anzi interroghi sovranità popolare e natura incompressibile dei diritti della

valutazione circa il potere (vale a dire nell'area della discrezionalità) la cognizione del fatto, significa legittimare il funzionamento di un dispositivo decisamente autoritario. Nella tempeste dell'emergenza, questo profilo si aggrava per via del ridursi fisiologico della tutela circa l'emergenza (giacché essa non può che condursi per le vie dei giudizi cautelari, nei quali minori possibilità istruttorie si danno al giudice) e della centralità del rischio ⁽⁶⁾.

Da questo punto di vista sembra significativo richiamare alla mente il provvedimento con il quale si è disposta l'emergenza nazionale ⁽⁷⁾.

È il 31 gennaio 2020. L'emergenza nazionale è l'*ἀνάγκη*, la necessità, la forza maggiore. È l'assedio, il terremoto, l'imminente e concreto assalto del pericolo e l'urgenza di mettere in salvo la vita.

Tuttavia, a fronte della dichiarazione dello stato di emergenza nazionale, nella sostanza non accade nulla. Non c'è il nemico alle porte, nessuna epidemia mortale, non terremoti o alluvioni. La vita nel Paese continua perfettamente normale – e senza che la dichiarazione dello stato di emergenza nazionale si accompagni a misure di precauzione – per più di un mese. Il provvedimento più grave che la convivenza civile possa tollerare è intervenuto senza che un evento di pericolo si presentasse attuale. Si presenterà solo successivamente, con una progressione formidabile e rapida; forse anche per la mancata adozione di misure di precauzione che nelle sei settimane che hanno preceduto il *lockdown* pure potevano essere adottate.

L'elemento che sembra utile mettere in luce in questa sede è quello della trasfigurazione del fatto dal quale scaturiscono i poteri. Poteri non piccoli visto che per ragione della dichiarazione, con semplice atto amministrativo, due organi amministrativi monocratici – il Presidente del Consiglio dei Ministri ed il capo della Protezione Civile – assumono su sé stessi il potere di comprimere libertà personali, di derogare alle leggi, di chiudere in casa l'intera popolazione presente nei confini nazionali.

persona – perché la tecnica è una modalità di relazione, che lega insieme l'essere quale evento (*Ereignis*) e l'esistente umano in quanto singolo esserci (*Dasein*), attraverso la riduzione dell'intero essente *Bestand*, sicché il dominio della tecnica determina che ogni realtà sia resa funzionale alle disposizioni manipolative dettate da chi dispone della tecnica, che potrà abusare indiscriminatamente di ciò che è, nella tendenza a rendere utilizzabile sia il pensiero che ciò a cui si rivolge, sicché la tecnica è una forma di pensiero, creatrice di pensiero ed un modo di stare al mondo, M. HEIDEGGER, *Die Frage nach der Technik e Wissenschaft und Besinnung*, in *Vorträge und Aufsätze*, Klostermann, Frankfurt a.M. 2000, 7-65 (ora trad. it. *La questione della tecnica*, goWare, Firenze 2017).

⁶ U. BECK, *Politik in der Risikogesellschaft - Essays und Analysen*, Berlin, Suhrkamp, 1991; sul tema anche C.S. SUSTEIN, *Laws of fear: Beyond the precautionary principle*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, ove si mette in evidenza che negli ordinamenti democratici il bisogno di protezione, legato al consenso elettorale, agisce anche di fronte a bassi livelli di rischiosità: «*a democratic society, following popular views, will embody a form of risk aversion for low-probability risks that might relust in serious harms*» (26).

⁷ Cfr. Delibera 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*».

Conviene, allora, esaminare le circostanze di fatto che sono assunte dal provvedimento in questione: ci si limita al riferimento alla «*dichiarazione di emergenza internazionale di salute pubblica per il coronavirus (PHEIC) dell'Organizzazione mondiale della sanità*» del giorno stesso – solamente citata, senza alcuna riflessione circa gli elementi di fatto che determinerebbero il sorgere dell'emergenza; si fa riferimento alle «*raccomandazioni alla comunità internazionale*» affinché siano applicate «*misure adeguate*» e, tuttavia, non si rende affatto ragione delle motivazioni per le quali codeste «*misure adeguate*» debbano consistere nella dichiarazione dello stato di emergenza e non in altri interventi di prevenzione, in ipotesi «*adeguati*», sicché manca la valutazione del fatto, ogni comparazione tra misure ed effetti: più semplicemente non c'è determinazione del fatto, istruttoria, valutazione, trovandosi innanzi ad una semplice petizione di principio. L'altro elemento che emerge immediatamente è la candida ammissione dell'assenza della necessità: la «*delibera*» che dichiara lo stato di emergenza si riferisce solo a “rischi” posti nel futuro. Pur nella brevità del provvedimento, si elencano la «*insorgenza di rischi per la pubblica e privata incolumità connessi ad agenti virali trasmissibili, che stanno interessando anche l'Italia*»; sicché «*tale contesto di rischio*» evoca la realizzazione di «*una compiuta azione di previsione e prevenzione*» - prevenzione e previsione che, per loro natura, evocano eventi probabili ma futuri, non la stringente necessità. L'emergenza nazionale è stata dichiarata a fronte «*del rischio*» sanitario «*connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*». Non della malattia (le «*patologie*»), non dell'assalto della morte. Le «*misure adeguate*» avrebbero dovuto consistere nella prevenzione della diffusione del contagio, nell'isolamento delle aree infettate, nell'intervento straordinario per dotare l'organizzazione sanitaria delle macchine e del personale necessario. Invece, senza valutare alcuna alternativa, senza evidenziare i fatti che legittimavano il sorgere di un potere così straordinario da far derogare a qualunque legge e comprimere qualunque libertà o diritto, si è dichiarata l'emergenza nazionale, in vigenza del quale «*si provvede con ordinanze, emanate dal Capo del Dipartimento della protezione civile in deroga a ogni disposizione vigente*».

Il fatto è del tutto stravolto. Nessuna emergenza era in atto. Non c'era né è stato accertato un “pericolo”, quanto, piuttosto un “rischio”. Tuttavia, a fronte di un “rischio” si è assunta una misura estrema ammessa solo in presenza di un “pericolo” attuale, della *ἀνάγκη*: potrebbe estendersi, c'è il rischio che si estenda, un'influenza particolarmente virulenta, che può dare conseguenze respiratorie in un certa percentuale di casi, tale che il sistema sanitario nazionale potrebbe non essere in grado di farvi fronte. C'è, appunto, un rischio. Un rischio rispetto al quale non ci sono certezze scientifiche.

Si tratta, quindi, della situazione tipica che impone l'esercizio doveroso dei poteri di precauzione, non di quelli d'emergenza. Non è questa la sede per una trattazione estesa – e di precauzione, prevenzione e diritto del rischio si è molto studiato e scritto in questi anni, sicché vi sono molti ottimi studi, ai quali

basterà rinviare ⁽⁸⁾. Neppure è questa la sede per discutere della progressiva affermazione della precauzione come regola, fino a trasformarsi in “diritto della paura” ⁽⁹⁾, tanto che vi è chi ha notato che «*there is no such thing as "ordinary" administrative law*» ⁽¹⁰⁾ – basta rinviare a quegli studi, che peraltro si dovrebbero presumere noti.

Tuttavia, proprio l'estensione della precauzione ⁽¹¹⁾ come strumento ordinario (cui corrisponde l'incertezza scientifica o tecnica ⁽¹²⁾ propria del rischio) avrebbe dovuto far avvertire subito come l'estrema rischiosità insita nel fatto non avrebbe legittimato l'esercizio del sommo tra i poteri d'emergenza (che richiede l'esistenza di un pericolo certo) ⁽¹³⁾. Si tratta di discorsi molto consolidati nel diritto dell'ambiente ⁽¹⁴⁾ o in quello finanziario ⁽¹⁵⁾. La sostanza, è che il fatto che innesca la fattispecie normativa dalla quale deriva l'esercizio dei poteri

⁸ Il tema è ben studiato dalla letteratura italiana, anche con i doverosi riferimenti a quella europea, sicché si può certamente rinviare, anche per ulteriori indicazioni, a F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, Giuffrè, 2005; A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano Giuffrè, 2006; M. PASSALACQUA, *Diritto del rischio nei mercati finanziari: prevenzione, precauzione ed emergenza*, Padova, Cedam, 2012.

⁹ Ovvio il riferimento a C. R. SUNSTEIN, *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005 (ma, già prima, ID., *Beyond the precautionary principle*, in *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper*, 38 (2003), e, più recentemente, ID. (ed.), *Can It Happen Here? Authoritarianism in America*, New York, Dey Street, 2018).

¹⁰ Ci si riferisce a A. VERMEULE, *Our Schmittian Administrative Law*, in *Harvard Law Review*, 122 (2009), 1095; la citazione nel testo è a p. 1139 e prosegue: «*Some accounts of counterterrorism law and policy after 9/11 decry the use of "extraordinary" military institutional forms and devices, such as military commissions and Combatant Status Review Tribunals, and argue that executive and administrative counterterrorism actions should be channeled through the ordinary administrative law. It is sometimes implicit, and sometimes explicit, in these accounts that the ordinary administrative law is less deferential to executive and administrative bodies. For some civil libertarians, military processes operate largely in a legal black hole, while ordinary administrative law embodies the thick rule of law. But these accounts rest on a mistaken premise - that the ordinary administrative law is indeed relatively less deferential to executive or administrative action. That is a plausible view about normal times, when judges reviewing the EPA's latest technical rulemaking or whatnot dial up the intensity of arbitrary and capricious review, review under Chevron and Mead, and so forth. But where judges perceive an emergency, or merely fear thwarting administrative action that might be necessary in an emergency (even if the judges are skeptical that an emergency really exists), the parameters are adjusted downwards; standards of rationality, statutory clarity, evidence, and reasonableness all become more capacious and forgiving. If administrative law itself contains a series of potential grey holes, the operational differences between the military model and the administrative law model are at least smaller than the critics assume, and in times of perceived emergency will tend not to exist at all.*»

¹¹ Sul problema dell'individuazione dei criteri metodologici, di nuovo, A. BARONE, *op. ult. cit.*, 25.

¹² Sulla questione, per utili indicazioni, N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza, 2001 – ma anche, successivamente, N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004. Su questi profili, per ulteriori indicazioni, M. PASSALACQUA, *op. ult. cit.*, 23.

¹³ A. BARONE, *op. ult. cit.*, 18-19.

¹⁴ F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *dir econ*, 2002, 217 e, poi, ID., *Introduzione allo studio del diritto dell'ambiente. Principi, concetti e istituti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013; si veda anche, G. MANFREDI, *Cambiamenti climatici e principio di precauzione*, in *Riv. Quadr. Dir. Ambiente*, 2011, 27.

¹⁵ Per ulteriori indicazioni, M. PASSALACQUA, *op. ult. cit. passim*

previsti dalla norma ha natura radicalmente diversa a seconda che si tratti di eventi rischiosi ovvero pericolosi.

La Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 è espressa nel richiamare un contesto di rischio che richiede prevenzione ⁽¹⁶⁾ e, tuttavia, vi fonda il ricorso all'emergenza («*Ritenuto, pertanto, necessario provvedere tempestivamente a porre in essere tutte le iniziative di carattere straordinario*»; «*Tenuto conto che detta situazione di emergenza*»). Naturalmente nulla esclude che una situazione di rischio possa presentare elementi di emergenza, stante l'imminenza del possibile verificarsi dell'evento rischioso e la magnitudine dei suoi effetti. È chiaro che l'esposizione ad un rischio molto grande che possa verificarsi con alta probabilità, impone di agire anche con strumenti emergenziali. Tuttavia, è lo strumento prescelto nel caso di specie ad essere totalmente errato. E siccome si tratta dell'unica norma nell'ordinamento che consente di stravolgere il sistema delle fonti e delle garanzie, non si tratta di un errore di prospettiva di poco conto. Infatti, la Delibera che dichiara lo stato di emergenza lo fa in base alla legislazione in materia di protezione civile, che è prevista per «*eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo*» che per «*ragione della loro intensità o estensione*» impongono «*immediatezza d'intervento*» e con «*mezzi e poteri straordinari*». Ora, è evidente che non si tratta di rischi, ma di «*eventi*», accadimenti intervenuti e non prospettici, che hanno una materialità, che connotano un pericolo certo.

La più grande concentrazione di potere che l'ordinamento consenta è stata attivata sulla base di una evidente alterazione del fatto.

Non si tratta di un'alterazione di poco conto: infatti, è agevole comprendere come far coincidere la situazione di emergenza con l'emergere di rischi, anche significativi, abbia la funzione di anticipare la situazione straordinaria alla fase del tutto ordinaria della vita della comunità. Ne deriva che strumenti derogatori ed autoritari, tollerabili nelle situazioni di reale ed attuale emergenza, vengono anticipati ad una fase che non richiede né legittima simili poteri, deroghe, accentramento di poteri, tendenze autoritarie, ovvero, come in un lavoro molto puntuale ed apprezzabile è stato osservato, ricorrere alla «*logica dirigista dello Stato di emergenza*» ⁽¹⁷⁾, al totalitarismo legittimo della prevenzione dei rischi («*“legitimer” Totalitarismus der Gefahrenabwehr*») ⁽¹⁸⁾. Per non dire del possibile uso

¹⁶ Richiama il tema del rischio, M. CAVINO, Covid-19. *Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi*, 18 marzo 2020, 4, ove osserva che «*i dispositivi normativi vigenti sono stati pensati per emergenze di rilievo nazionale, ma non tali da pregiudicare la sicurezza di tutto il territorio nazionale. Rispetto a un rischio “totale” il Governo ha preferito adottare un apparato normativo accentrato, che consentisse di assumere decisioni unitarie senza “interferenze” territoriali*».

¹⁷ P. PANTALONE, M. DENICOLÒ, *Responsabilità, doveri e coronavirus: l'ossatura dell'ordinamento nelle emergenze “esistenziali”*, in *Il diritto dell'economia*, 2020 (fas. 101), 125-166, i quali, a quello che mi consta, unici nel panorama della dottrina che si è occupata dei profili giuridici dell'emergenza da Covid-19, si sono puntualmente occupati del profilo del diritto del rischio, con un lavoro di cui non si può non raccomandare la lettura.

¹⁸ Per questo profilo, U. BECK, *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne*, cit., 103. Si tratta di una ricostruzione che muove dall'idea del rischio come fattore di razionalità sociale (sicché si propone l'idea che la società moderna sia caratterizzata dal rischio come elemento centrale della dialettica sociale, sostituendosi a quello della circolazione ed accumulazione della ricchezza, sicché se ne traggono conclusioni piuttosto estreme (si possono vedere anche ID.,

politico di questi dispositivi; al netto dei giudizi politici (che qui non interessano) sulla gestione della pandemia, è piuttosto chiaro che la costruzione di dispositivi derogatori che si attivano sulla base del semplice rischio e non dell'effettivo pericolo, possono essere evocati rispetto a questioni politicamente controverse come il terrorismo ⁽¹⁹⁾.

3.2. la definizione discrezionale della fattispecie concreta.

L'alterazione del presupposto di fatto non integra da sola la pericolosità del dispositivo autoritario – e di più che discutibile compatibilità con lo statuto costituzionale dell'emergenza – cui s'è dato vita. Infatti, il problema è proprio nella circostanza che il pericolo che legittima il ricorso all'emergenza è un fatto semplice, *l'ἀνάγκη* è un'evidenza oggettiva e non seriamente soggetta a smentita. Semmai, potrà esservi spazio di valutazione rispetto alla maggiore o minore adeguatezza della misura emergenziale per farvi fronte, ma non sulla circostanza che genera l'emergenza.

La pandemia, invece, è un evento che richiede di essere qualificato, che non si presenta come evidenza oggettiva. Quando la pericolosità di un morbo superi la soglia che ne consente la gestione con misure ordinarie è frutto di un apprezzamento (tecnico, a mio modo di vedere, relativo alla capacità dell'organizzazione sanitaria di apprestare cure respiratorie in unità di terapia intensiva) discrezionale. La misura del passaggio dalla situazione di ordinarietà a quella emergenziale consiste solo nella decisione pubblica intorno all'esistenza o meno della crisi che legittima l'emergenza.

Si tratta di un'osservazione non seriamente discutibile, tant'è che le soglie di rilevanza assunte dai diversi Stati occidentali differiscono anche in modo sensibile – così come nel nostro Paese a fronte di parametri simili si sono assunte misure di contenimento diverse, talune straordinarie, altre non. Il caso della pandemia, stante la sua diffusione mondiale, pone ridotti allarmi rispetto alla tenuta libertà e dello Stato-di-diritto (almeno da questo punto di vista). Tuttavia, così come l'assunzione del rischio quale fondamento dell'emergenza costituisce un dispositivo derogatorio ed autoritario estremamente pericoloso, allo stesso modo, riservare ad una valutazione discrezionale dell'autorità la circostanza che legittima l'esercizio di poteri emergenziali non pone affatto al riparo rispetto a suoi ulteriori utilizzi politici, o di discriminazione di minoranze

Politik in der Risikogesellschaft - Essays und Analysen, Berlin, Suhrkamp, 1991 e ID., B. ADAM, J. VAN LOON (eds.), *The Risk Society and Beyond*, Sage, Newbury Park, 2000, ove alcune letture della teoria della società del rischio in materia ambientale e del diritto alla salute, spingendosi su nuovi fattori di rischio, particolarmente in campo tecnologico e genetico; in italiano ID., "Mucca pazza" e la società del rischio globale, in *Iride*, 2/2001, 235.

¹⁹ I riferimenti sono moltissimi; basterà rinviare a L.A. DICKINSON. *Using legal process to fight terrorism: Detentions, military commissions, international tribunals, and the rule of law*, in *S. Cal. L. Rev.*, 75 (2001-2002), 1407; L. N. SADAT, *Terrorism and the Rule of Law*, in *Global Stud. L. Rev.*, 2004, 135; al più diffuso studio di R. L. ABEL, *Law's Wars: The Fate of the Rule of Law in the US 'War on Terror'*, Cambridge University Press, 2018.

(come tipico del terrorismo), o compressione indebita di diritti fondamentali (e basterebbe l'esempio della gestione amministrativa dei migranti).

Pertanto, non si può non osservare come se la decisione circa la sussistenza dell'emergenza è discrezionale, nel perdurare dell'emergenza stessa questa prima valutazione innesca provvedimenti amministrativi con più ampio spettro discrezionale; disciplinare il potere amministrativo in condizioni ordinarie, consentirebbe di definire puntualmente la fattispecie, la finalità d'interesse pubblico, il procedimento per giungere alla decisione, il contenuto del provvedimento. Tutto questo si attenua fortemente con l'emergenza, giacché è utile che il contenuto del provvedimento sia adattabile al caso concreto, il procedimento soffre la compressione tipica dell'urgenza, la finalità di pubblico interesse è necessariamente generica ed innanzi all'incertezza scientifica (come nel caso dell'epidemia da Covid-19), l'efficacia del controllo giurisdizionale viene quasi annullata.

È, quindi, chiaro il secondo innesco del dispositivo autoritario: il fatto generativo dell'emergenza è ben diverso dalla estrema necessità; per conseguenza, non trattandosi di un «evento» ma di un (pur grave) rischio, esso è necessariamente oggetto di una valutazione discrezionale dell'autorità; in questi termini, è evidente come si possa generare emergenza – e, quindi, potere derogatorio e compressione dei diritti e della loro tutela giurisdizionale – a fronte di circostanze estremamente opinabili, rispetto alle quali l'autorità (esercitando valutazioni discrezionali) non solo sarà in grado di innescare dispositivi autoritari derogatori in assenza di fondamento legittimo, ma, ulteriormente, una volta dispiegato un simile potente dispositivo determinerà una contrazione significativa della tutela (e quindi, una ridotta capacità di critica giudiziaria anche quanto alla sussistenza delle condizioni che legittimano il ricorso all'emergenza). Nella prospettiva dello statuto costituzionale dell'emergenza, si tratta di un dispositivo di rottura dello schema costituzionale e, quindi, laddove venisse azionato, di un Colpo-di-Stato.

3.3. la disciplina legislativa eccessivamente elastica se non generica.

Il terzo elemento della complessiva strategia derogatoria è dato proprio dalla legge. Le disposizioni normative che sono state assunte nel periodo della pandemia sono caratterizzate da uno scostamento quasi inaudito rispetto ai caratteri essenziali di norme destinate alla compressione temporanea di diritti fondamentali.

Infatti, già il sistema dato dai decreti legge 23 febbraio 2020, n. 6 e 25 marzo 2020, n. 19 (ed, assai più limitatamente, 2 marzo 2020, n. 9) dà vita ad un diritto dell'emergenza in buona parte nuovo. Si tratta di un sistema ancora largamente da studiare e non è questa la sede per un suo esame esteso, sicché si confida in più articolati e sedimentati studi.

Volendo però mettere in luce fin da ora alcuni elementi essenziali, si potranno indicare tre percorsi lungo i quali la tecnica utilizzata desta non poche preoccupazioni: il *primo* è quello della estrema elasticità e genericità delle previ-

sioni; il *secondo* della deformalizzazione dell'organizzazione amministrativa rispetto alla sua struttura ordinaria; il *terzo* è quello del rilievo della tecnica.

Quanto al *primo profilo*, il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 presenta previsioni straordinariamente evidenti: all'art. 1, in apertura, si prevede che «*le autorità competenti sono tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica*»; il successivo art. 2 prosegue prevedendo che «*Le autorità competenti possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia*» e ciò «*anche fuori dai casi di cui all'articolo 1*». Nella sostanza, e con chiarezza estrema, il legislatore prevede che l'autorità amministrativa possa fare tutto quanto ritenga necessario o utile per evitare la diffusione dell'epidemia. Si tratta di disposizioni del tutto incompatibili con il principio di legalità e lo Stato-di-diritto.

In questo senso basta riferirsi agli insegnamenti della Corte Costituzionale circa la compatibilità dell'emergenza con lo Stato-di-diritto.

La questione – costantemente affermata dalla Corte Costituzionale, ben censita dalla letteratura ⁽²⁰⁾ – è che i poteri di emergenza sono necessariamente sussidiari, *extrema ratio*, possono trovare applicazione solo a fronte dell'insufficienza di quelli ordinari. La giurisprudenza della Corte Costituzionale – sul punto sempre più prudente della dottrina – è chiara nello stabilire che la «*legge che attribuisce all'amministrazione il potere*» non «*può ridursi ad una "delega in bianco"*» ⁽²¹⁾ – ed è evidente la distanza da quest'insegnamento del sistema delle norme emergenziali per Covid-19. Se il principio di legalità va inteso in senso sostanziale – per come chiarito, anche di recente, dalla Corte Costituzionale ⁽²²⁾ – e, quindi, come principio di determinatezza delle norme attributive di potere, il contrasto è ancora più evidente: basterebbe pensare alla formulazione dell'art. 2 del d.l. n. 6 del 2020 («*Le autorità competenti, con le modalità previste dall'articolo 3, commi 1 e 2, 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*»). Nessuno, peraltro, ignora che sia «*conforme a Costituzione la possibilità che alle autorità amministrative siano affidati i poteri di emissione di provvedimenti diretti ad una generalità di cittadini, emanati per motivi di necessità e di urgenza, con una specifica autorizzazione legislativa che però, anche se non risulti disciplinato il contenuto dell'atto (che rimane, quindi, a contenuto libero), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata*» ⁽²³⁾, elementi largamente carenti (se non assenti) nella disciplina di cui si discorre. Più ancora, però, la questione è che pur nell'emergenza, come da tempo chiarito dalla Corte Costituzionale ⁽²⁴⁾, i diritti fondamentali – riconosciuti dall'art. 2 Costituzione – debbono esser fatti ogget-

²⁰ Per tutti, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit.

²¹ Sul punto Corte Costituzionale, 7 aprile 2011, n. 115; per una rassegna delle decisioni della Corte Costituzionale, oltre alla letteratura già citata al capitolo II, si veda M. BROCCA, *L'altra amministrazione. Profili strutturali e funzionali del potere di ordinanza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, anche per i necessari rinvii alla dottrina.

²² Da ultimo, Corte Costituzionale, 24 luglio 2019, n. 195

²³ Cfr., Corte Costituzionale, 30 dicembre 1987, n. 167

²⁴ Cfr., Corte Costituzionale, 4 gennaio 1977, n. 4

to di un bilanciamento quanto alla loro componente suscettibile di limitazione e compressione, mentre nel sistema emergenziale per Covid-19 appare del tutto evidente come la salute della collettività abbia compresso qualunque altro diritto senza alcun bilanciamento.

Tutti sanno ⁽²⁵⁾ che i poteri d'emergenza devono essere quanto più limitati nel tempo possibile; che la loro più elastica definizione da parte della legge impone di conservare (o potenziare) il ricorso al giudice da parte degli interessati; che in quanto atipici debbono essere non solo chiari nel fine, ma soprattutto proporzionati quanti ai mezzi – che debbono essere tali da determinare il minor sacrificio possibile dei diritti dei destinatari; che devono contenere una descrizione molto accurata della fattispecie cui si applicano e da cui sorgono; che devono assolutamente evitare di introdurre discriminazioni. In sintesi, essendo necessariamente elastici, debbono essere determinati quanto a tutto il resto.

Il d.l. 6/2020, invece, introduce una dinamica di poteri d'emergenza radicalmente diversa: spetta all'autorità fare tutto ciò che ritiene necessario o anche solo opportuno, sia in ordine alle ipotesi che la legge prevede, ovvero *«anche fuori dai casi»* previsti. È evidente che ci si muove in un territorio del tutto diverso da quello minimo compatibile con lo Stato-di-diritto.

Non è da meno il d.l. 25 marzo 2020, n. 19, che esordisce prevedendo che *«Per contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus COVID-19»* per tutta la durata dell'emergenza nazionale, *«possono»* essere adottate una serie di misure indicate dal decreto. Questa possibilità (questo, potere, quindi) può condurre ad assumere misure *«per periodi predeterminati»* (in coerenza con quanto tutti ritengono necessario perché lo Stato-di-diritto sia salvaguardato) e, tuttavia, questi *«periodi»* sono *«reiterabili e modificabili anche più volte»* e *«con possibilità di modularne l'applicazione in aumento ovvero in diminuzione»*. Non si fatica a cogliere la misura della libertà (e, quindi, di potere assoluto) lasciato all'autorità amministrativa, così come sembra evidente il contrasto con il livello minimo di assicurazione dello Stato-di-diritto.

Anche la descrizione delle misure di limitazione delle libertà e dei diritti fondamentali è così elastica da lasciare perplessi. Da un punto di vista teorico generale, è evidente che la formulazione della norma destinata a fronteggiare l'emergenza, fisiologicamente, sarà elastica, meno dettagliata nella descrizione della fattispecie, tale da lasciare uno spazio di discrezionalità adeguato ad adattarsi nell'applicazione. Tuttavia, il testo delle norme che costituiscono i capisaldi di questa sorta di ordinamento dell'emergenza per Covid-19 fa un uso della genericità che sembra incompatibile con il livello minimo della legalità e dello Stato-di-diritto.

Anzitutto, esse sono formulate come una riserva di potere: infatti *«possono essere adottate»* misure concrete (ed esse riguardano, tra l'altro, il divieto di allontanarsi dalla propria residenza, domicilio o dimora, il divieto generalizzato di esercitare il diritto di riunione in luoghi pubblici o aperti al pubblico, la sospen-

²⁵ Cfr. Corte Costituzionale, 7 aprile 2011, n. 115

sione di manifestazioni o iniziative «di qualsiasi natura», la chiusura di strade e aree pubbliche, la «applicazione della misura della quarantena precauzionale», la chiusura dei luoghi di culto, di centri culturali o di aggregazione, la sospensione o la soppressione di servizi di trasporto, automobilistico, ferroviario, aereo, marittimo, di trasporto pubblico locale, la sospensione di tutti i servizi educativi ed attività didattiche, delle attività di vendita e somministrazione al pubblico); tuttavia, si tratta di una potenzialità assoluta, della quale non sono definiti limiti e parametri.

Allo stesso modo, le misure che possono esser adottate sono altrettanto innominate e sovrabbonda la previsione per la quale rispetto all'esercizio di diritti fondamentali il Presidente del Consiglio potrà «limitare», senza alcun parametro se non quello della «adeguatezza».

Si tratta, in sostanza, di una tecnica normativa per la quale tutto ciò che apparirà adeguato a limitare l'espansione del contagio potrà essere ordinato. È evidente come manchi del tutto il livello minimo del principio di legalità; così come è evidente che il parametro fondamentale è quello dell'emergenza e della prevenzione del rischio (testualmente è questo il solo riferimento), mentre manca interamente la considerazione del principio di sussidiarietà o del minimo mezzo: i diritti sono sostanzialmente cancellati, sicché non occorre limitare il potere del capo del Governo affinché la loro compressione avvenga solo per quanto necessario. Anche le teorie di un secolo fa sulla necessità come fonte del diritto avrebbero tollerato l'obiezione per la quale le libertà fondamentali non avrebbero dovuto essere limitate se non nel limite del necessario. Nella legislazione su Covid-19, invece, l'unico parametro è quello dell'adeguatezza della misura alla prevenzione del contagio, sicché non stupisce che questa riserva di potere sia quasi sempre stata utilizzata al suo livello massimo.

Inoltre, sempre se si guarda anche solo a queste norme fondative del sistema, è agevole trovare norme di chiusura che estendono il potere a qualunque diritto il capo del Governo ritenga di comprimere. Ad esempio, dopo aver ossessivamente elencato ogni possibilità di incontro o riunione, la legge prevede che il potere di limitare o vietare si estenda ad «ogni altra forma di riunione» oppure ad «analoghi luoghi di aggregazione»; allo stesso modo, dopo avere elencato tutte le attività economiche possibili, si prevede la possibilità di «sospensione di altre attività d'impresa o professionali», anche «ove comportanti l'esercizio di pubbliche funzioni» per giungere alla «eventuale previsione di esclusioni dalle limitazioni alle attività economiche di cui al presente comma, con verifica caso per caso».

Quanto al *secondo profilo* che si è indicato, l'organizzazione pubblica dell'emergenza importa una radicale alterazione della collegialità del Consiglio dei Ministri e, più in generale, un'alterazione profonda dei modelli organizzativi. L'art. 2 del d.l. 19/2020 è emblematico da questo punto di vista.

Quanto al *terzo profilo* che si è indicato, a fronte dell'incertezza dei dati scientifici (è emblematico in questo senso l'art. 1 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, ove ci si riferisce all'ipotesi in cui «non si conosce la fonte di trasmissione»), si prevede che «le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità» dei provvedimenti da assumere

siano svolte dal Comitato tecnico scientifico istituito dall'ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile del 3 febbraio 2020, n. 630.

Lo schema è chiaro ed è nel senso che l'*emergenza legittimi sé stessa*: i diritti fondamentali e le libertà sono interamente comprimibili, sono suscettibili di essere sospesi, in ragione dell'emergenza; le misure con le quali si sospendono i diritti fondamentali e libertà sono del tutto atipiche e consegnate alla decisione del Presidente del Consiglio come organo monocratico, in ragione dell'emergenza; l'unico limite che incontrano è quello dell'adeguatezza ad affrontare l'emergenza; l'emergenza deriva esattamente dall'incertezza scientifica rispetto al contagio (se si sapesse come impedirlo e come curare la malattia, non ci sarebbe l'emergenza); la valutazione di adeguatezza e proporzionalità, che riguarda il livello entro il quale l'esercizio dei diritti fondamentali può essere limitato o sospeso e che, quindi, è la massima decisione politica pensabile, è rimessa ad una valutazione tecnica.

3.4. sulla natura eversiva del sistema.

Si è di fronte, quindi, alla creazione di un dispositivo giuridico derogatorio di straordinaria potenza e radicalmente *eversivo*: il presupposto di fatto che attiva i poteri di emergenza previsti dalla legge ordinaria è sostanzialmente assente e lo si costruisce attraverso un'alterazione del presupposto (sostituendo il rischio dell'evento all'evento); la deformalizzazione del fatto assunto dalla fattispecie trasforma quest'ultima in una valutazione discrezionale del Governo, scarsamente (o per nulla) sindacabile; l'avvio della deroga emergenziale innesca uno stato di necessità che regge il consenso rispetto a leggi – palesemente incostituzionali – che prevedono la radicale limitazione di tutte le libertà e diritti fondamentali, senza limiti o garanzie, rimettendole alla completa discrezionalità del capo del Governo alla luce di una valutazione di adeguatezza delle misure a combattere il morbo, rendendo cedibile qualunque diritto fondamentale – anche nella sua componente incompressibile – a fronte del rischio per la salute (sempre considerata come bene pubblico e non della persona).

Tutto ciò impone di guardare al fondamento costituzionale dell'emergenza.

4. Sul dibattito circa il fondamento costituzionale dell'emergenza.

La dottrina giuridica ha immediatamente proposto riflessioni sull'emergenza, molte utilissime e profonde, esaminando anche le esperienze straniere, proponendo analisi comparate⁽²⁶⁾ e soprattutto informando delle misure assunte da altri Paesi europei⁽²⁷⁾ ovvero esterni all'Unione⁽²⁸⁾.

²⁶ Ne sono esempio i lavori con più autori *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19*, 31 marzo 2020, ove i lavori di L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, G. TACCOGNA, *L'ordinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sars-CoV-2*, F. GALLARATI, *Le libertà*

Allo stesso modo, indagini serie ed alle quali volentieri ci si riporta per la discussione, hanno esaminato quali libertà personali fossero state compresse e se con modalità compatibili con la loro disciplina costituzionale.

Ne sono derivati molti ed utilissimi studi relativi al catalogo delle libertà e diritti che le misure d'emergenza hanno conculcati ⁽²⁹⁾ ed alla compatibilità del-

fondamentali alla prova del coronavirus. Prime note sulla gestione dell'emergenza in Francia e Spagna, A. CANEPA, *Lotta al COVID-19 e diritti dei cittadini nella Repubblica Popolare Cinese. Le peculiarità di un ordinamento socialista asiatico*, S. DOMINELLI, *COVID-19: riflessioni di diritto dell'Unione europea*.

Si vedano anche i lavori di più autori, *Il senso di diritti comparati per la crisi: emergenza, protezione dei diritti fondamentali e radici europee*, in *Diritti comparati*, 1 aprile 2020 e *Stato di pericolo e poteri straordinari al governo ungherese*, in *Questione giustizia*, 1 aprile 2020.

²⁷ Sicuramente, su altri Paesi europei, S. BENVENUTI, *Sulla legge organica ungherese n. 12 del 30 marzo 2020 «sulla protezione contro il coronavirus»*, in *SIDI blog – Forum Covid-19*, 7 aprile 2020; S. CERTOMÀ, *Orbán si prende i pieni poteri, in attesa di una risposta europea*, in *Ius in Itinere*, 2 aprile 2020; E. ARANA GARCÍA, *Covid 19 y Derecho Público en España: el virus que desnudó nuestro sistema político, social e institucional*, in *ildirittodelleconomia.it*, 17 maggio 2020; M. A. PRESNO LINERA, *Coronavirus SARS-CoV-2, garantía de derechos fundamentales y límites a los mismos en el Derecho español*, in *BioLaw Journal Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 19 marzo 2020; P. COSTANZO, *Brevi note sulle soluzioni apprestate dalla Francia per contrastare la pandemia nei giudizi di costituzionalità*, in *Consulta-online*, n. 1/2020, 17 aprile 2020.

Specificamente sui profili di diritto dell'Unione Europea, I. DE MIGUEL, E. ATIENZA-MACÍAS, *What can we expect from the EU legal framework in a pandemic outbreak?*, in *BioLaw Journal Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 14 marzo 2020; P. DE SENA, *Contrasto al covid-19 e/o demolizione dello stato di diritto? Le misure ungheresi e la Convenzione europea*, in *SIDI blog – Forum Covid-19*, 7 aprile 2020.

²⁸ Quanto alla situazione in Paesi esterni all'Unione Europea, X. JIANBO, *La tutela dei lavoratori in Cina durante l'epidemia di coronavirus*, in *Apertacotrada*, 11 maggio 2020; P. MAGARÒ, *La Corte Suprema degli Stati Uniti d'America all'epoca del COVID-19 (uno sguardo d'insieme)*, in *Consulta-online*, n. 1/2020, 21 aprile 2020; F. MENEZES DE ALMEIDA, *Reflexões sobre a pandemia de COVID-19 no contexto do estado direito brasileiro*, in *ildirittodelleconomia.it*, 3 maggio 2020; L. A. NOCERA, *Covid-19: Latin America in Alert to Face the Sanitary Emergence*, in *DPCE-online – Osservatorio Covid 19*, 26 marzo 2020; S. B. SANTOS DIVINO, *The Brazilian government's actions against the Covid-19 (Coronavirus)*, in *BioLaw Journal Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 16 marzo 2020; T. F. TEDESCO, R. DIAS, *La emergencia de salud pública internacional derivada del Coronavirus (Covid-19) y la reacción normativa Brasileña: un panorama a partir de la ley 13.979/2020*, in *BioLaw Journal Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 23 marzo 2020.

²⁹ Principalmente sul problema della garanzia dei diritti fondamentali, senza pretesa di completezza si rinvia a G. MENEGATTO, *Diritto e diritti nell'emergenza: ripartire dalla Costituzione*, in *BioLaw Journal Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 11 marzo 2020; M. DE NES, *Emergenza Covid-19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?*, in *BioLaw Journal Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 16 marzo 2020; M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19*, 18 marzo 2020; L. POLI, *Epidemie, diritti fondamentali e doveri dell'individuo*, in *BioLaw Journal Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 18 marzo 2020; R. DI MARIA, *Il binomio "riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali" in tempo di Covid-19: una questione non soltanto "di principio"*, in *Diritti regionali – Forum La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed Enti locali*, 30 marzo 2020; G.L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Consulta-online*, n. 1/2020, 6 aprile 2020; O. CHESSA, *Cosa non va nel bilanciamento in corso tra libertà individuale e salute pubblica?*, in *LaCostituzione.info*, 12 aprile 2020; A. LICASTRO, *Il lockdown della libertà di culto pubblico al tempo della pandemia*, in *Consulta-online*, n. 1/2020, 14 aprile 2020; F. SORRENTINO, *Rifles-*

le misure con la loro disciplina costituzionale ⁽³⁰⁾, anche in relazione all'applicazione del principio di precauzione ⁽³¹⁾.

sioni minime sull'emergenza coronavirus, in *Costituzionalismo.it*, 20 aprile 2020; P. CARROZZINO, *Libertà di circolazione e soggiorno, principio di legalità e gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in *Osservatorio Costituzionale AIC – Forum “Emergenza COVID-19”*, n. 3/2020, 21 aprile 2020.; G. CAGGIANO, *COVID-19. Competenze dell'Unione, libertà di circolazione e diritti umani in materia di controlli delle frontiere, misure restrittive della mobilità e protezione internazionale*, in *aisdue.eu – Post Coronavirus e Diritto dell'Unione*, 30 aprile 2020; A. BURATTI, *Quale bilanciamento tra i diritti nell'emergenza sanitaria? Due recentissime posizioni di Marta Cartabia e Giuseppe Conte*, in *Diritti comparati*, 1 maggio 2020; V. BALDINI, *Dignità umana e normativa emergenziale: (in)osservanza di un paradigma formale o (colpevole...) elusione di un parametro (anche) sostanziale? Aspetti problematici di un difficile equilibrio*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2020, 6 maggio 2020.

³⁰ Nel mese di marzo si sono addensati molti interventi, nell'immediatezza dell'applicazione del lockdown: A. CANDIDO, *Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione al tempo del COVID-19*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 10 marzo 2020; A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del Coronavirus*, in *BioLaw Journal Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 14 marzo 2020; E. C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *BioLaw Journal Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 18 marzo 2020; A. LAURO, *Urgenza e legalità ai tempi del COVID-19: fra limiti imprescindibili e necessaria flessibilità*, in *BioLaw Journal Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 18 marzo 2020; G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *Federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19*, 18 marzo 2020; P. CARROZZINO, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in *LaCostituzione.info*, 19 marzo 2020; G. COMAZZETTO, *Lo stato di eccezione nell'ordinamento italiano. Riflessioni a partire dalle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *BioLaw Journal Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 20 marzo 2020; V. BALDINI, *Emergenza sanitaria nazionale e potere di ordinanza regionale. Tra problema di riconoscibilità dell'atto di giudizio e differenziazione territoriale delle tutele costituzionali*, in *Dirittifondamentali.it*, 20 marzo 2020; A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali – Forum La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed Enti locali*, 21 marzo 2020; L. A. MAZZAROLLI, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in *Federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19*, 23 marzo 2020; V. BALDINI, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, in *Dirittifondamentali.it*, 23 marzo 2020; U. ALLEGRETTI, *Il trattamento dell'epidemia di “coronavirus” come problema costituzionale e amministrativo*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 25 marzo 2020; A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 26 marzo 2020; F. CERQUOZZI, *“Stato d'emergenza” e Costituzione*, in *Ius in Itinere*, 26 marzo 2020; G. AZZARITI, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal Covid-19*, in *Questione Giustizia*, 27 marzo 2020; C. ACOCCELLA, *L'epidemia come metafora della sospensione e della compressione delle libertà fondamentali. Rileggendo La Peste di Camus*, in *Diritti regionali – Forum La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed Enti locali*, 28 marzo 2020; U. ALLEGRETTI, *Una normativa più definitiva sulla lotta all'epidemia del coronavirus?*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, n. 1/2020, 28 marzo 2020; R. BIN, *Il ritorno dello Stato e l'importanza del Presidente*, in *LaCostituzione.info*, 28 marzo 2020; T. GROPPI, *Le sfide del Coronavirus alla democrazia costituzionale*, in *Consulta-online*, n.1/2020, 30 marzo 2020; G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020, 31 marzo 2020. Successivamente, A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta-online*, n. 1/2020, 6 aprile 2020; F. CINTOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *Federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19*, 6 aprile 2020; P. MORI, *Covid-19, misure emergenziali e Stato di diritto*, in *aisdue.eu – Post Coronavirus e Diritto dell'Unione*, 8 aprile 2020; G. TROPEA, *Il contact tracing*

Si tratta di discussioni preziose, rispetto alle quali, tuttavia, mi pare si possa sollevare un'obiezione comune: le libertà ed i diritti fondamentali sono tutti, strutturalmente, sociali, sicché la proibizione della socialità nega radicalmente tutti i diritti fondamentali e le libertà previsti dalla Costituzione.

Ed, ancora, se si guarda bene, la loro dimensione sociale emerge non appena ci si riferisca all'art. 2 Cost. (che costituisce la norma fondamentale non solo del sistema, ma del sistema dei diritti in particolare) evitando di leggerli in una dimensione solamente individualista. Si pensi al domicilio: in una situazione di confinamento nel proprio domicilio non sembrerebbe che la libertà dello stesso sia compressa; tuttavia, sol che si pensi che il domicilio è protetto come luogo nel quale le dimensioni fondamentali della persona si esprimono, e tra queste la coltivazione delle sue relazioni essenziali. Se si è costretti nel proprio domicilio, ma non vi si possono ospitare le persone con le quali si hanno relazioni fondamentali (pur con il necessario sistema di protezione e distanziamento necessario ad evitare il contagio), sembra arduo affermare che la libertà domiciliare non sia stata compressa grandemente. Si tratta di un esempio che consente, con la sua semplicità, di escludere che vi siano libertà o diritti fondamentali che non siano stati conculcati.

4.1. il dibattito dottrinale nell'immediatezza della pandemia

Il problema principale dal nostro punto di vista è quello del fondamento dei poteri di emergenza in Costituzione, che conduce con sé quello della relazione tra emergenza, gerarchia delle fonti del diritto e garanzie dei diritti inviolabili.

Ciò non equivale affatto a trascurare il problema della teoria delle fonti del diritto, per il quale, ad esempio, s'è parlato molto seriamente e con validi argomenti di crisi nella quale «*da tempo, endemicamente, versa il sistema delle fonti non*

digitale e l'epidemia: sindrome cinese?, in *LaCostituzione.info*, 9 aprile 2020; M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, in *Osservatorio Costituzionale AIC – Forum "Emergenza COVID-19"*, n. 3/2020, 28 aprile 2020; 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 *Osservatorio Costituzionale AIC – Forum "Emergenza COVID-19"*, n. 3/2020, 28 aprile 2020; A. RUGGERI, *La forma di governo nel tempo dell'emergenza*, in *Consulta-online*, n. 2/2020, 2 maggio 2020.

³¹ A. DONATI, *L'Europa e la crisi del Coronavirus: alla (ri)scoperta del principio di precauzione*, in *BioLaw Journal Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 16 marzo 2020; L. DEL CORONA, *Le decisioni pubbliche ai tempi del coronavirus: tra fondatezza scientifica, principio di precauzione e tutela dei diritti*, *ivi*, 18 marzo 2020; T. PENNA, *Il principio di precauzione tra diritto e scienza nell'emergenza da COVID-19*, *ivi*, 20 marzo 2020; C. SILVANO, *Il principio di precauzione nell'attuale emergenza sanitaria*, *ivi*, 20 marzo 2020; T. PASQUINO, *Il principio di precauzione ai tempi del COVID-19 tra "rischio" ed "emergenza"*, *ivi*, 24 marzo 2020

sembra ormai più reversibile»⁽³²⁾; si tratta di posizioni critiche largamente espresse dalla dottrina giuridica⁽³³⁾.

Tuttavia, proprio dalla crisi del sistema delle fonti si trae⁽³⁴⁾ l'idea della necessità di introdurre «una disciplina costituzionale dell'emergenza» (come anche da altri sostenuto)⁽³⁵⁾. La questione del sistema delle fonti finisce, quindi, per involgere il più generale profilo costituzionale dell'emergenza.

Da questo punto di vista si possono registrare orientamenti (anche molto) differenziati.

4.1.1. Un *primo*, e molto significativo, approccio al problema è dato dal ricorso al fatto come fonte del diritto. Quest'interpretazione, poi, si distingue in due orientamenti tra loro piuttosto divergenti.

L'idea di fondo è piuttosto tradizionale e diffusa nelle culture giuridiche europee, anche per ragione della sua sostanziale ascendenza ad alcune letture della dittatura nel diritto romano⁽³⁶⁾.

Si tratta dell'idea per la quale «non si può negare che la necessità “di fatto” assurge a fonte autonoma qualora provvedimenti siano indispensabili per fronteggiare esigenze improvvise e imprevedibili che mettono in discussione l'esistenza stessa dello Stato»⁽³⁷⁾. La necessità, quindi, è fonte autonoma del diritto⁽³⁸⁾ e, tuttavia, non legittima il pie-

³² Così, A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *ConsultaOnline*, I, 2020, 212.

³³ In questo senso, G. COMAZZETTO, *Lo stato di eccezione nell'ordinamento italiano*, cit.; A. VENNANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, cit.; V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, Editoriale, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2020, 27 febbraio 2020, 59; denuncia il rischio di una “trasfigurazione” dello Stato costituzionale in “Stato di prevenzione”; M. DE NES, *Emergenza Covid-19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?*, cit.; L. A. MAZZAROLLI, “Riserva di legge” e “principio di legalità” in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, cit.; R. DI MARIA, *Il binomio “riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali” in tempo di COVID-19: una questione non soltanto “di principio”*, cit.; G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, cit.;

³⁴ Così, A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, cit., 213.

³⁵ La proposta è sostenuta da S. PRISCO, in ID. e F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 24 marzo 2020, 6; A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, in *BiolaW Journal*, Forum su Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus, 14 marzo 2020, lo sostiene attraverso il riferimento ad altri ordinamenti; più limitatamente I.A. NICOTRA, *L'epidemia da covid-19 e il tempo della responsabilità*, in *Diritti Regionali*, Forum su La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed enti locali, 1/2020, 23 marzo 2020, 396. All'introduzione di discipline delle assemblee parlamentari nell'emergenza dedica la sua proposta S. CECCANTI, *Verso una regolamentazione degli stati di emergenza per il Parlamento: proposte a regime e possibili anticipazioni immediate*, in *BiolaW Journal*, Forum su Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus, 17 marzo 2020.

³⁶ Ovvio il riferimento a C. SCHMITT, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, München-Leipzig, Duncker & Humblot, 1921.

³⁷ G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, cit., II.

³⁸ Diffusamente sull'argomento, E. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, BUP, 2019; G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze*

no potere, ma solo quello di affrontare la necessità, sicché dovrà essere temporaneo e limitato dal rispetto dei principi fondamentali.

Il riferimento diffuso di quest'impostazione è certamente Romano, spesso evocato in questi mesi rispetto alla riflessione sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria del 1908⁽³⁹⁾, ove si sostiene che la necessità sia «*fonte prima e originaria di tutto quanto il diritto, in modo che rispetto ad essa, le altre sono da considerarsi in certo modo derivate*».

In realtà, sembrerebbe più utile richiamarsi al meno ambiguo e precedente studio sulla instaurazione di fatto dell'ordinamento costituzionale⁽⁴⁰⁾, ove si distingue correttamente tra necessità e creazione dell'ordinamento in via di fatto, sicché la prima legittima deroghe solo temporanee e non pone in essere un diverso ordinamento. Nella sostanza, mentre la creazione di fatto di un regime, di un ordinamento, ha sostanza rivoluzionaria – incompatibile con il permanere di una Costituzione –, la necessità consente solo la sospensione temporanea dell'ordinamento, del regime politico e non solo presuppone la sua permanenza, ma si giustifica proprio per la conservazione dello Stato nel momento dell'emergenza.

Sta di fatto che è piuttosto diffusa l'idea che la nostra Costituzione disciplini alcune ipotesi e limiti dell'eccezione, mentre «*in altri tutto avviene fuori da ogni previsione normativa, nel vuoto delle norme*»⁽⁴¹⁾.

Quest'ordine di idee ricorre ad impostazioni molto tradizionali – e piuttosto rischiose – per i quali la necessità della conservazione dello Stato legittima la sospensione dell'ordine, purché temporanea; il diritto dell'emergenza sorge dal fatto, dalla necessità, ed essa legittima la deroga, la sospensione delle garanzie, l'alterazione dell'equilibrio tra i poteri. Tutto cede all'esigenza della salvezza dello Stato (alla *salus rei publicae*).

Si tratta di una spiegazione che – per vero come quella positivista, che costruisce il diritto dell'emergenza sulla base delle norme costituzionali – fatica moltissimo quando si confronta con il contenuto concreto delle misure assunte

libere a funzione normativa, in *Dir. amm.*, 2016, 37; V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 377; C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, cit.; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, Giuffrè, 2003; F. SATTA, *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990; G.U. RESCIGNO, *Ordinanze e provvedimenti di necessità ed urgenza (diritto costituzionale e amministrativo)*, in *Nov.mo dig. it.*, XII, Torino, Utet, 1965, 89

³⁹ S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria* (1909), cit.; su questo scritto, in relazione all'emergenza sanitaria G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di Diritto, la pietas di Enea*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 18 marzo 2020.

Non si dovrebbe dimenticare di vedere anche G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 377

⁴⁰ S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione* (1901), anch'esso in ID., *Scritti minori*, cit. I, 131; i riferimenti nel testo sono particolarmente alle pagine 150 e seguenti e non si dovrebbe trascurare la discussione delle tesi di Jellinek immediatamente successiva.

⁴¹ G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, cit., III.

per l'emergenza Covid-19, giacché non solo alcune di esse sono difficilmente compatibili (quanto al loro contenuto, non tanto sul versante della gerarchia delle fonti) con il nostro ordinamento (si pensi anche solo alla straordinaria lunghezza dello stato di emergenza nazionale, ben lontano dalla stretta temporaneità che deve caratterizzare i poteri di emergenza), ma tutte nel loro insieme, nell'intenso fluire di decreti – legge, decreti presidenziali ed ordinanze della Protezione Civile finiscono per dar luogo ad un'*ordinarietà eversiva*, ad sistema parallelo e derogatorio.

Come s'è anticipato, questi approcci divergono nei risultati, perché per alcuni la necessità e l'urgenza sono e restano fonti indispensabili del diritto, destinate ad operare nelle corrispondenti situazioni, per altri, invece, si dovrebbe rapidamente por mano alla Costituzione e introdurre una norma sull'emergenza, ad imitazione di altri ordinamenti. Non è questa la sede per rammentare le ragioni che nel dibattito dei costituenti la fecero escludere, né per richiamare quelle recenti e profonde interpretazioni che smentiscono che la Costituzione presenti un vuoto da questo punto di vista ⁽⁴²⁾.

4.1.2. Più interessante, semmai, è notare come tutte queste interpretazioni si richiamino a fonti espresse – straniere o internazionali – assai preziose perché pongono limiti alla necessità, proteggendo comunque alcune libertà e diritti nella loro dimensione minima.

Tuttavia, si tratta di disposizioni che consentono la deroga alla protezione dei diritti umani fondamentali a fronte di un «*pericolo pubblico che minacci la vita della nazione*» (art. 15, Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo) o, per stare alla sintesi della Venice Commission del 1995 (European Commission for Democracy through Law), se «*Public emergency situations involve both derogations from normal human rights standards and alterations in the distribution of functions and powers among the different organs of the State*» tuttavia «*the principal international human rights instruments of our time contain a derogation clause with regard to emergencies*»; sicché «*The European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR, Article 15) allows derogation in cases of "war or other public emergency threatening the life of the nation". The International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR, Article 4) refers to a "public emergency which threatens the life of the nation", while the American Convention on Human Rights (ACHR, Article 27) refers to a "war, public danger, or other public emergency that threatens the independence or security of a State party"* ».

Secondo queste fonti, le deroghe dovute all'emergenza sono dirette alla conservazione dello Stato o della Nazione.

L'idea che la necessità sia fonte del diritto, quindi, sorge per legittimare il potere dello Stato e si interpreta ancora oggi come deroga ai diritti fondamentali perché lo Stato o la Nazione possano salvare sé stessi.

Non si può non vedere come queste idee colleghino radicalmente (ed in Romano, ad esempio, molto più che dichiaratamente) la sovranità dello Stato con i poteri di necessità ed urgenza; che questi siano limitati dai principi costi-

⁴² M. LUCIANI, *op. ult. cit.*,

tuzionali supremi – a differenza delle impostazioni della prima metà del Novecento – non vale ad alterare lo schema: la sovranità appartiene allo Stato ed il sovrano, per salvare sé stesso, potrà dichiarare lo stato di necessità e sospendere il godimento dei diritti fondamentali delle persone.

4.1.3. All'opposto, v'è chi ha negato che la Costituzione sia priva di un diritto dell'emergenza.

Anticipo subito che queste interpretazioni sono, secondo me, per molti versi assai convincenti. Sono solo due i profili che non convincono.

In primo luogo raggiungono un approdo non diverso da quello indicato precedentemente quanto all'emergenza come strumento diretto alla salvezza dello Stato (esplicitamente: «*il fondamento costituzionale c'è e deve rinvenirsi nei tradizionali principi del primum vivere e della salus rei publicae*») ⁽⁴³⁾. Nella sostanza, sia chi ritiene che l'emergenza si fondi sulla forza del fatto e chi, al contrario, vi trova fondamento e disciplina in Costituzione, giungono comunque alla conclusione che la sua funzione sia quella della salvezza dello Stato e della Nazione.

Per l'altro, queste interpretazioni, ineccepibili quanto alla ricostruzione dell'emergenza in generale e di quella per la gestione del Covid-19, in particolare, non entrano nella concreta valutazione della legittimità dei provvedimenti amministrativi (dichiarazione dello stato di emergenza e l'alluvione dei d.p.c.m. successivi) o dei decreti-legge ⁽⁴⁴⁾.

Il fondamento costituzionale dell'emergenza, quindi, si troverebbe nella necessità, sottesa alla stessa Costituzione, della conservazione dello Stato, dell'ordinamento costituzionale repubblicano stesso e della nazione. Questi «*“valori” immanenti al sistema*» sono stati «*sicuramente e chiaramente positivizzati*» sicché operano come «*veri e propri principi costituzionali*»; essi emergono chiaramente nelle disposizioni circa l'indivisibilità (art. 5 Cost.) e l'unità (art. 87 Cost.) della Repubblica, l'intangibilità dei principi supremi del vigente ordine costituzionale (artt. 7, 10, 11 e 139 Cost.) ⁽⁴⁵⁾ – per altri autori, molto meno convincenti, rileverebbero anche gli artt. 120, co. ii, 77 e 78 Cost. ⁽⁴⁶⁾.

Per queste interpretazioni, in modo del tutto condivisibile, l'idea che il profilo costituzionale del diritto dell'emergenza possa emergere dal fatto – con

⁴³ M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 4.

⁴⁴ Quanto all'ineccepibilità dell'argomentazione in ordine alle fonti, intendo riferirmi particolarmente a M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, *passim*.

⁴⁵ M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 5.

⁴⁶ Per G. DE MINICO, *Costituzione emergenza e terrorismo*, Napoli, Jovene, 2016, 38 ci si dovrebbe riferire all'art. 120, co. II, ove l'enunciato «*pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica*» – che, tuttavia, legittima solo l'attribuzione allo Stato del potere sostitutivo; Per F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *Federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19*, 13 marzo 2020, il riferimento sarebbe all'art. 77 Cost. – che, tuttavia, legittima solo la decretazione d'urgenza del Governo, strumento così ordinario (ed abusato) che non consente di costruirvi un regime costituzionale dell'emergenza, oltre a non contenere alcun dato letterale sul quale poggiare la tesi – ed all'art. 78 Cost. – riferimento ancor più errato e pericoloso, giacché si riferisce ad una fattispecie del tutto diversa, la dichiarazione di guerra, trascurando il dibattito in assemblea costituente circa questa norma (per il quale, G. DE MINICO, *Costituzione emergenza e terrorismo*, cit., 34).

un richiamo implicito alla norma di chiusura postulata da tutto il positivismo giuridico – contrasta «con il primato della Costituzione e con la sua rigidità: ammettendo la necessità come fonte, la si dovrebbe anteporre alla stessa Costituzione, il che non ha alcun riscontro positivo²⁹, e se mai la Costituzione venisse (pur provvisoriamente) travolta per ragioni emergenziali non potremmo desumere la legittimità dell'evento dalla necessità, ma dovremmo parlare di vera e propria rottura costituzionale» (⁴⁷), vale a dire un Colpo-di-Stato, una violazione della Costituzione aperta e operata dai vertici dello stesso nel tentativo di legittimarsi in via di fatto e, quindi, con un percorso rivoluzionario.

In sostanza, la *Verfassungsdurchbrechung*.

Agendo, quindi, lungo la linea dell'interpretazione dell'emergenza come fondata in Costituzione sulla sua rigidità, conservazione dell'indivisibilità e l'unità della Repubblica, intangibilità dei principi supremi del vigente ordine costituzionale, essa non può che esprimersi attraverso la legge ordinaria – e, per via dell'urgenza, ordinariamente attraverso il decreto-legge – con la conseguenza del divieto di provvedimenti amministrativi eccezionali che abroghino le leggi vigenti, potendole al più – e con seri limiti – derogarvi temporaneamente; le fonti emergenziali quindi, potranno disciplinare alcune fattispecie in modo diverso dall'ordinario ma solo per un tempo definito, entro limiti fissati, sulla base di presupposti prestabiliti e garantendosi il controllo giurisdizionale della deroga. Nel caso del Covid-19, quindi, la fonte normativa primaria esisteva – essendolo il Codice della protezione civile, fonte primaria già stata esaminata dalla Corte costituzionale, sia pure in una sua versione precedente, con la sentenza n. 418 del 1992 (⁴⁸) –, sicché la gerarchia delle fonti e la Costituzione sono formalmente rispettate.

4.1.4. La più parte degli interpreti, invece, si è collocata lungo l'arco che va dalla compatibilità o al contrasto tra emergenza e Costituzione.

Su un versante, va segnalata la linea interpretativa che evoca lo stato di eccezione – dalle prese di posizione ideologiche agambeniane, ai giudizi più motivati o problematici che pure evocano lo stato di eccezione smittano quando non lo stato di guerra (⁴⁹); con tutta evidenza, si tratta di posizioni che tutte enfatizzano i pericoli per l'ordinamento costituzionale e che, tuttavia, non

⁴⁷ M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 5.

⁴⁸ M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 6.

⁴⁹ Evocano espressamente lo Stato di eccezione A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, cit; D. TRABUCCO, *Sull'(ab)uso dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri al tempo del Coronavirus: tra legalità formale e legalità sostanziale*, in *Astrid Rassegna*, n. 5/2020, 2; R. RAVI PINTO, *Brevi considerazioni su stato d'emergenza e stato costituzionale*, in *Biola Journal, Forum su Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 20 marzo 2020; G. COMAZZETTO, *Lo stato di eccezione nell'ordinamento italiano. Riflessioni a partire dalle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da Covid19*, cit.; A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, cit.; T. EPIDENDIO, *Il diritto nello "stato di eccezione" ai tempi dell'epidemia da Coronavirus*, in *Giustizia insieme*, 30 marzo 2020 (per il quale si tratterebbe, però, di eccezione in "senso debole"); C. ZUCCELLI, *Lo "stato di eccezione" e i pericoli per la Costituzione che finisce violata*, in *lIDubbio*, 4 aprile 2020; M. OLIVETTI, *Così le norme contro il virus possono rievocare il «dictator»*, in *Avvenire*, 11 marzo 2020. M. AINIS, *Il bisticcio del potere*, in *La Repubblica*, 3 marzo 2020, invece, evoca lo stato di guerra.

lo risolvono: infatti, o ci si è trovati innanzi all'utilizzazione dell'eccezione in senso shmittiano o alla diffusa utilizzazione del potere biopolitico, ed allora il diritto è semplicemente travolto come strumento di garanzia e ci si colloca in un ambito di pura forza, sicché la Costituzione è violata in modo irreparabile, l'esercizio del potere è rivoluzionario ed il Colpo-di-Stato perpetrato; oppure si riterrà che l'ordinamento costituzionale abbia retto, ed allora l'insieme di queste evocazioni non porta lontano.

Sul versante opposto, invece, vanno considerate le strenue difese della legittimità costituzionale delle misure d'emergenza – con diversità di accenti e, soprattutto, con argomentazioni che vanno dalla puntigliosa analisi, all'affermazione quasi immotivata⁵⁰).

Una linea interpretativa intermedia, ed utilissima, si è rivolta all'esame di singoli provvedimenti ovvero della compatibilità tra le misure decisorie assunte, il loro rango nella teoria delle fonti e la protezione costituzionale delle singole libertà, attraverso l'esegesi delle singole norme.

5. Sulle questioni nuove che non possono non porsi e...

L'intero dibattito che si è sommariamente richiamato è certamente prezioso.

Tuttavia, le questioni che si pongono al diritto pubblico sono in parte nuove e non sembra sufficiente affrontarle con strumenti, pur raffinati, che non sono adeguati a governarle.

L'emergenza pandemica è solo un'occasione, un singolo evento; può essere esorcizzato e limitato ad una circostanza singola e transeunte, ovvero avvertito come semplice acceleratore ed evidenziatore di tendenze dell'ordinamento largamente presenti anche prima e destinate a non tramontare quando il contagio sarà contenuto e sconfitto. Propendo chiaramente per la seconda lettura ed intendo argomentare questa posizione, per brevità, con riferimento ad alcuni profili soltanto.

5.1. L'emergenza come fatto non straordinario dell'ordinamento.

Se si esamina l'evoluzione del nostro ordinamento dall'inizio del nuovo millennio, non può non apparire come l'emergenza sia una cifra costante. Quasi tutte le più rilevanti questioni economiche del Paese sono state affrontate

⁵⁰ In questo senso, E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *Biola Journal, Forum su Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 18 marzo 2020 (ma prima ancora, ID., *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, cit.); U. ALLEGRETTI, *Una normativa più definitiva sulla lotta all'epidemia del coronavirus?*, cit.; ID., *Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo*, cit.; pur con un giudizio più articolato A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti Regionali, Forum su La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed enti locali*, 1/2020, 4 aprile 2020.

con leggi-provvedimento, derogatorie, limitative della tutela, emergenziali. Crisi bancarie, di aziende strategiche, limitazioni all'afflusso dei capitali stranieri, grandi opere, crisi ambientali, hanno sempre dato luogo a discipline legislative *ad hoc*, emergenziali e derogatorie. La stessa cosa può dirsi di vari altri settori dell'ordinamento, dalla gestione dei flussi migratori alla gestione dei rifiuti, dalla sanità alle misure di sostegno del reddito. Si tratta di un elenco lungo e articolato, che non vale la pena di declamare qui.

5.2. L'emergenza come fattore dell'organizzazione pubblica.

Non soltanto si è costantemente evocata l'emergenza a fronte di processi socialmente o economicamente rilevanti, ma questa tendenza dell'ordinamento ha condotto con sé una trasformazione organizzativa.

Si è da molte parti criticato l'uso eccessivo dei d.p.c.m. e la concentrazione di potere in capo al Presidente del consiglio dei ministri nella gestione della pandemia.

Tuttavia, non si può nascondere come negli ultimi anni sia stato estesissimo il ricorso ad organizzazioni pubbliche temporanee – anche nella forma di società di capitali in dominio pubblico (basti l'esempio di Expo2015) – ovvero al modello dei commissari straordinari. Quest'ultimo, è stato utilizzato massicciamente, che tragicamente crollasse un ponte autostradale o che vi fosse un evento internazionale da organizzare.

In tutti questi casi si sono create organizzazioni monocratiche, assistite da vastissimi poteri derogatori, alterando la fisionomia ordinaria dell'organizzazione pubblica che – efficiente o meno che sia – è assistita da definizione di competenze e controlli che assicurano (o almeno sono disciplinate perché assicurino) garanzia di imparzialità e protezione dei diritti. Il modello commissariale, invece, così diffuso ed enfatizzato, travolge la stessa funzione di garanzia dell'organizzazione pubblica.

A questo va aggiunto il sistema delle agenzie, che frequentemente assommano funzioni disordinatamente attribuite e tra loro contraddittorie quanto ai modelli organizzativi (giacché il disegno organizzativo dovrebbe differenziarsi a seconda che si debba vigilare, regolare, esercitare amministrazione attiva o erogare servizi, mentre è sempre più frequente che tutte queste – differenti – funzioni si assommino in organismi *ad hoc*, indipendentemente dal loro modello organizzativo); non di rado, poi, codesti soggetti (si pensi solo al caso di Anac) sono depositari di poteri di *soft law* o *soft regulation* destinati ad alterare ancor più sia la legalità sostanziale che i modelli organizzativi sia del soggetto che li esercita che di quelli che ne debbano tenere conto.

Si tratta di elementi che erano presenti massicciamente nell'ordinamento prima della pandemia e che non sembrano destinati a scomparire solo per ragione del suo superamento sul piano sanitario.

5.3. Emergenza e deroga

I dispositivi derogatori – della legalità e dei diritti – che si sono avvertiti nella gestione della pandemia sono solo molto parzialmente nuovi (e determinati più dall'improvvisazione che da un vero disegno eversivo). Tuttavia, in questo ventennio di larghissimo ricorso all'emergenza, i dispositivi giuridici che si sono andati consolidando sono molti e pericolosissimi. La gestione dei flussi migratori – soprattutto nel corso della prima parte di questa Legislatura –, l'ossessione della sicurezza e dell'ordine pubblico, la realizzazione di opere ed eventi, sono stati i terreni sui quali si sono largamente sperimentati dispositivi giuridici ed organizzazioni derogatori che in parte sono stati messi in opera anche nel corso della pandemia.

L'intero problema dell'ordinamento derogatorio, della supremazia speciale, dei dispositivi di cui lo Stato sovrano dispone per derogare alla legalità, per ridurre la tutela, per comprimere i diritti sono scomparsi dall'orizzonte culturale del pubblicista che, quindi, solo molto raramente ha avvertito il potenziale eversivo delle previsioni che di volta in volta venivano introdotte nell'ordinamento.

5.4. Emergenza, autoritarismo e contrazione della democrazia.

La ridotta sensibilità rispetto a quanto progressivamente si affermava è pari alla scarsa attenzione verso il costante affermarsi di tendenze autoritarie.

Ai vertici istituzionali della Repubblica (con particolare evidenza nella prima parte della Legislatura in essere) si è andata insediando la ricerca di risultati di brevissimo periodo, che richiede strumenti giuridici che travoltano organizzazioni, procedure e garanzie.

Il sistema delle autonomie sociali e locali mostra una debolezza inconsueta.

La partecipazione democratica è in fortissima contrazione in tutte le democrazie occidentali.

Il rapidissimo trasferimento di ricchezza e la sua concentrazione (sicché oltre il 50% della ricchezza del mondo è controllato da circa l'1% della popolazione), per un lato dimostra la radicale debolezza delle autorità nazionali (rispetto al mercato, al potere finanziario e tecnologico), per l'altro fa emergere una domanda di autoritarismo come forma di protezione (Brexit, presidenza Trump, nazionalismi e populismi europei ne sono solo evidenti manifestazioni).

In questo contesto non è difficile leggere nella legislazione frequenti previsioni di semplificazione (della valutazione degli interessi), accentramenti di potere (con ulteriore indebolirsi del sistema delle autonomie), riduzione delle garanzie e limitazioni del diritto di agire in giudizio avvertiti come contrastanti con l'efficienza, intervento regolatorio pubblico che trascura regimi e travolge categorie (basterebbe rivolgere il pensiero alle norme in materia di società partecipate da enti pubblici o alla disciplina di appalti e concessioni). Tutto questo quando non si interviene con normative semplicemente incompatibili con la Costituzione, come – solo per stare ad eventi recenti – per i vari “decreti sicu-

rezza” o in materia di immigrazione. Sicurezza e ordine pubblico sono clausole generali introdotte con una tale generosità da destare estrema inquietudine. Solo l'assenza di eventi terroristici ha evitato l'introduzione di misure che altri Paesi, pur di antica tradizione democratica, hanno invece massicciamente applicato – confermando che crisi della democrazia e della rappresentanza, delle autonomie sociali ed istituzionali, dello Stato-di-diritto e del sistema delle garanzie, non sono questione nazionale, ma tendenza largamente diffusa.

La giurisprudenza, per lato suo, fa sempre più ricorso alla clausola di pubblico interesse in una versione quasi esoterica e sempre a protezione del potere pubblico, della sua scarsa sindacabilità e notevole capacità di deformare istituti giuridici e comprimere diritti. Per altro verso, vengono qualificate come manifestazioni di potere discrezionale semplici valutazioni tecniche, la sola ricorrenza di un principio è occasione per travolgere l'applicazione di regole puntuali e legittimare soluzioni immergendo l'intera fattispecie in un denso liquido discrezionale.

5.5. Emergenza, tecnica e tecnologia

Si è fatto cenno in apertura all'anticipazione dell'emergenza al momento del rischio, con il risultato (essendo il secondo del tutto ordinario e fisiologico nella vita associata) di rendere l'emergenza anch'essa del tutto ordinaria. Il progresso della tecnica, per lato suo, rafforza significativamente le tendenze autoritarie (per via della concentrazione dei dati, della capacità di influenza ed omologazione del pensiero, dei sistemi cognitivi utilizzati, della ormai largamente censita capacità di influenzare i vertici istituzionali degli Stati e fornire loro strumenti di controllo largamente autoritari) e moltiplica i profili di rischio e, quindi, di ricorso all'emergenza, lungo sequenze e dispositivi che debbono essere assolutamente approfonditi.

Questi problemi e queste tendenze erano largamente riconoscibili prima della pandemia e non sono destinati a tramontare a fronte del venire meno del rischio di contagio.

5.6. Emergenza, autoritarismo, deroga come problemi ordinari.

Fin dal già citato saggio di apertura del primo fascicolo di questa *Rivista*, si è cercato di porre in luce come segmenti non irrilevanti dell'ordinamento evidenziassero elementi eversivi facilmente riconoscibili – che venivano trascurati solo perché, diversamente da quanto è avvenuto con la pandemia, i dispositivi giuridici che vi si utilizzavano non colpivano la generalità delle persone. Si è anche provato ad evidenziare come le interpretazioni correnti del potere discrezionale contenessero lo stesso potenziale derogatorio.

Sembra, quindi, necessario affrontare il problema del fondamento costituzionale dell'emergenza direttamente sul versante che fonda e regge l'ordinamento, cercando elementi destinati a reggere all'impatto dell'emergenza

permanente – ovvero, al fatto che «*La tradizione degli oppressi ci insegna che lo "stato di emergenza" in cui viviamo è la regola*»⁽⁵¹⁾.

La permanenza dell'emergenza, della tentazione derogatoria, dell'espansione dell'autoritarismo ove non operino adeguatamente i contrappesi delle autonomie sociali e della partecipazione popolare, richiedono di fondare lo statuto costituzionale dell'emergenza direttamente nel tema della sovranità; e di farlo sulla base dello regime costituzionale della sovranità stessa, per come emerge con chiarezza dal dato letterale della Costituzione.

Altrimenti, sembra fisiologico subire – senza governare con il diritto – i problemi della fondazione mitica del potere⁽⁵²⁾ o del momento costituente⁽⁵³⁾, della sua legittimità⁽⁵⁴⁾, dell'attrazione alla sfera pubblica dell'autonomia personale e sociale, per venire restituita solo attraverso la legge. Ma nel momento di crisi la sovranità statale, la natura originaria e violenta del potere riemergono come forza – resa selvaggia proprio dal tentativo di negarla ed esorcizzarla. In questa prospettiva, se non si opera direttamente sul versante della sovranità, la sua natura di potere che si manifesta soltanto nei momenti di crisi (o dissoluzione) dell'ordinamento, sembra destinata ad esprimersi come pura decisione,

⁵¹ W. BENJAMIN, *Über den Begriff der Geschichte*, in *Neue Rundschau*, Vol 61, S. Fischer, Frankfurt 1950, cit., p. 560 (trad. it., *Tesi di filosofia della storia*, Milano, Nemesis, 2012, che – come noto – afferma che «*La tradizione degli oppressi ci insegna che lo "stato di emergenza" in cui viviamo è la regola. Dobbiamo giungere a un concetto di storia che corrisponda a questo fatto. Avremo allora di fronte, come nostro compito, la creazione del vero stato di emergenza; e ciò migliorerà la nostra posizione nella lotta contro il fascismo. La sua fortuna consiste, non da ultimo, in ciò che i suoi avversari lo combattono in nome del progresso come di una legge storica. Lo stupore perché le cose che viviamo sono "ancora" possibili nel ventesimo secolo è tutt'altro che filosofico. Non è all'inizio di nessuna conoscenza, se non di quella che l'idea di storia da cui proviene non sta più in piedi*». In argomento, tra gli altri, D. GENTILI, *Il tempo della storia. Le tesi "sul concetto di storia" di Walter Benjamin*, Napoli, Guida, 2002 e M. LÖWY, *Fire Alarm. Reading Walter Benjamin's 'On the Concept of History'*, London, Verso, 2004 (trad. it., *Segnalatore d'incendio. Una lettura delle tesi Sul concetto di storia di Walter Benjamin*, Bollati Boringhieri, Torino, 2004).

⁵² Sulla questione, si debbono leggere le due riflessioni di J. DERRIDA, *Force de Loi. Le «Fondement mystique de l'autorité»*, Galilée, Paris, 1994 (trad. it, Torino, Bollati Boringhieri, 2003) secondo il quale il diritto e in particolare lo stato di diritto si fonda sulla forza, senza la quale viene meno il vincolo politico della comunità, impregiudicato il fatto che la forza stessa possa accedere in qualche modo alla giustizia. Anche se nel momento in cui la forza si trasforma in norma essa è permanentemente presente eh si rivela al momento della trasgressione della regola.

In sintesi, «*Dato che l'origine dell'autorità, la posizione della legge, per definizione, in definitiva possono solo basarsi su se stesse, esse sono a loro volta una violenza senza fondamento. Il che non vuol dire che siano ingiuste in sé, nel senso "illegali" o "illegittime"*» (61). In questo percorso la polizia sintetizza la violenza fondatrice dell'ordinamento con quella conservatrice (mettendosi così in atto una pratica di "traduzione", attraverso la quale si recupera nella riflessione su W. BENJAMIN, *Zur Kritik der Gewalt* (1920), anche la riflessione benjaminiana di *Die Aufgabe des Uebersetzers* (1923), ora in *Gesammelte Schriften*, vol. IV/1, 9, Frankfurt/Main 1972 e *Über Sprache überhaupt und über die Sprache des Menschen*, *ivi*, vol. II/1, 140, ora entrambi in trad. it. *Angelus Novus*, Einaudi, Torino, 1962).

⁵³ A. NEGRI, *Il potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno*, Milano, Sugarco, 1992.

⁵⁴ La questione della relazione tra legittimità e legalità è molto autorevolmente discussa e non si può entrare nel merito di essa in questa sede; basteranno i riferimenti a W. BENJAMIN, *Zur Kritik der Gewalt* (1920), *cit.*; C. SCHMITT, *Legalität Und Legitimität*, München, Duncker & Humblot, 1932 (ora in trad.it., Bologna, Mulino, 2018); H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Leipzig, Deuticke, 1960 (trad. it. Einaudi, Torino, 1990).

volontà di assicurare la sopravvivenza dello Stato contro i suoi nemici ⁽⁵⁵⁾. La sovranità, in questa prospettiva, continua ad esprimersi come capacità di derogare e decidere dello «*stato di eccezione*» ⁽⁵⁶⁾.

Più ancora, sulla base dei fattori che si sono appena elencati (e di altri che non si fatica a vedere), l'evocazione di un potere che si collocherebbe in uno spazio che non è ancora giuridico pur essendolo già in parte (il *Nóμος*) non sembra più tanto destinato a richiamare l'atto di forza, primitivo e sacrale, della prima occupazione dello spazio (*Landnahme*), dell'appropriazione, divisione e sfruttamento della terra, della localizzazione (*ordnung und ortung*) – nesso che collega giustizia e diritto.

Piuttosto, il tema che sembra porsi oggi con forza è quello del potere *senza* il diritto, della biopolitica e della tecnologia come elementi di ordinamento della società e della convivenza a prescindere dal diritto (e, quindi, senza diritti).

Non si tratta del *Nóμος* in quanto contrapposto al *Gesetz*. Piuttosto è la forza del mero fatto, della decisione pura, del potere senza diritto, chiamato – semmai – a ratificare l'esercizio dell'atto di potere secondo forme tradizionali e, tuttavia, svuotate di qualunque contenuto politico, tutto interamente assorbito dalla *ἀνάγκη*, da una forza che si legittima nella necessità (di evitare il contagio, di realizzare un evento, di accelerare l'esecuzione delle opere pubbliche, di ricostruire un ponte, di recuperare un disastro ambientale, di salvare l'operatività di una banca, di impedire l'acquisizione di un'impresa strategica da parte di investitori stranieri, e via enumerando); una legittimazione che porta con sé quella del «*legitimer*» *Totalitarismus der Gefahrenabwehr* ⁽⁵⁷⁾.

6. (segue) su un (radicalmente) diverso fondamento costituzionale dell'emergenza.

Una volta che si sia collocato il problema dell'emergenza nell'ambito di quello della sovranità, anche il suo regime (di diritto positivo) costituzionale cambia interamente prospettiva: così come la sovranità appartiene al popolo e non allo Stato, il regime costituzionale dell'emergenza è funzionale alla garanzia della salvezza dei diritti fondamentali della persona di fronte al pericolo e non di quella dello Stato.

Il testo della Costituzione è chiaro nell'affermare che la sovranità non spetti allo Stato o all'ordinamento positivo dello Stato, ma al popolo.

⁵⁵ Ovvio il richiamo a C. Schmitt; non potendosi in questa sede occupare adeguatamente del tema, ci si limita al rinvio alle opere raccolte in C. SCHMITT, *Le categorie del 'politico'* (a cura di G. Miglio e P. Schiera), Bologna, il Mulino, 1972.

⁵⁶ C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum europaeum*, Greven, Colonia 1950 (trad. it. Adelphi, Milano, 1991).

⁵⁷ U. BECK, *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Baden-Baden, Suhrkamp, 2003.

Il testo della Costituzione è chiaro nello stabilire che i diritti fondamentali sono “riconosciuti”, che esistono indipendentemente dalla Costituzione, sicché si trattengono permanentemente nella sovranità.

Il testo della Costituzione è chiaro nel prevedere che la sovranità possa subire limitazioni per assicurare «*la pace e la giustizia fra le Nazioni*».

La sovranità appartiene al popolo, si trattiene permanentemente nell'ordine (sovrano e giuridico) dei diritti inviolabili – quanto alla loro dimensione incompressibile, si rappresenta nelle istituzioni repubblicane – la cui funzione, quindi, in quanto organizzazione della comunità delle persone sovrane, è quella di assicurare la massimizzazione del godimento dei diritti nella loro componente non incompressibile – si limita, in funzione solidaristica, a garanzia della pace e della giustizia.

Lo statuto costituzionale dell'emergenza, quindi, mi appare del tutto diverso ed anzi opposto a quello che è stato prospettato: *l'emergenza non è una condizione giuridica particolare* nella quale i diritti possono essere compressi per la salvezza dello Stato, della Nazione, dell'ordinamento. Ciò mi sembra incompatibile con la struttura della Costituzione e con la sua descrizione dell'appartenere e manifestarsi della sovranità.

Piuttosto, *l'emergenza è funzionale al permanere e garantirsi dei diritti fondamentali* nella loro dimensione essenziale – e se non lo è, diviene rottura costituzionale.

Nella crisi della costruzione giuridica dello Stato sovrano e della sua legge come sistemi di garanzia, gli elementi costruttivi perché il diritto possa governare l'emergenza e garantire la dimensione giuridica incompressibile delle persone, andranno cercati – di fronte alla trasformazione in atto da tempo – dove l'ordinamento positivo indica che siano, vale a dire nel permanente trattenersi della sovranità nelle persone e nei loro diritti fondamentali, nel potere subire limitazioni solo in funzione solidaristica – vale a dire diretta a far sì che questa dimensione fondamentale dei diritti possa essere goduta anche da chi ne viene privato – e nella rappresentanza nelle istituzioni della Repubblica come strumento ed organizzazione funzionale all'effettività e generale, pacifica e razionale fruizione di quegli stessi diritti.

Radicalmente, quindi, la natura derogatoria dei dispositivi emergenziali deve essere contestata perché contraria al regime costituzionale della stessa emergenza, che esiste ed è preordinato alla salvezza dei diritti fondamentali e non dell'organizzazione dell'autorità.