EDOARDO CARLO RAFFIOTTA

Professore associato di Diritto Costituzionale presso l'Università degli studi di Milano Bicocca
edoardo.raffiotta@unimib.it

**SPUNTI DI RIFLESSIONE A PARTIRE DA MARIA
CRISTINA CAVALLARO: IL DIRITTO AMMINISTRATIVO
DEL NEMICO TRA EMERGENZA E GARANZIE
COSTITUZIONALI**

**ELEMENTS OF REFLECTION FROM READING MARIA
CRISTINA CAVALLARO: ADMINISTRATIVE LAW OF THE
ENEMY BETWEEN EMERGENCY AND CONSTITUTIONAL
GUARANTEES**

SINTESI

Se si sovraccarica di simbolismo l'interesse alla pubblica sicurezza, si rischia di piegare le medesime funzioni amministrative a logiche del tutto estranee alle finalità di pubblico interesse che esse perseguono e si potrebbero aprire spazi per forme di discriminazione.

ABSTRACT

If the interest in public safety is overloaded with symbolism, there is a risk of bending the same administrative functions to logics that are completely unrelated to the purposes of public interest that they pursue and spaces could be opened up for forms of discrimination.

PAROLE CHIAVE: Maria Cristina Cavallaro – Amministrativo – Emergenza – Fonti.

KEY WORDS: Maria Cristina Cavallaro – Administrative Law - Emergency – Sources of Law.

Indice: 1. Premessa – 2. Immigrazione, emergenza, sicurezza pubblica. - 3. Ex facto oritur ius: l'emergenza come fonte del diritto. - 4. L'emergenza come fonte del diritto alla prova dei fatti. - 5. Il diritto amministrativo tra poteri di risposta all'emergenza e tra garanzie costituzionali.

1. Premessa

Credo che, oggi, una imprescindibile caratteristica del giurista moderno sia la sua interdisciplinarietà e, in un certo senso, la sua versatilità. La sua capaci-

tà di affrontare tematiche trasversali, impiegando il pensiero giuridico per osservare in maniera critica il mondo circostante (sempre più complesso, e sempre più contraddistinto da fenomeni tra loro interconnessi), adottando una prospettiva ed una visione di ampio respiro. Lo fa bene Maria Cristina Cavallaro, che nel proprio saggio “Gestione dei migranti, emergenza sanitaria e sicurezza pubblica: verso un ‘diritto amministrativo del nemico?’” conduce per mano il lettore incentivando la riflessione su un tema che si pone per sua natura a cavaliere tra più discipline giuridiche (e sociali, oltre che latamente politiche).

Il filone in cui il contributo consapevolmente si inserisce è quello del rinnovato interesse dottrinario per il tema della sicurezza pubblica e, di riflesso, del mai sopito rapporto conflittuale tra strumenti di tutela e promozione della sicurezza - da un lato - e diritti e libertà dei singoli, dall'altro. Temi certamente “classici” per il rilievo che da sempre rivestono nel diritto pubblico, e ciononostante capaci di venire oggi declinati in nuove forme e, dunque, suscitare nuove riflessioni; anche - in particolare - per la natura adattiva che li caratterizza: si pensi a puro titolo esemplificativo alle molteplici e articolate declinazioni della sicurezza nel digitale (come cybersecurity, o come tutela e protezione dei dati personali) o, ancora, alle forme del potere regolamentare di fronte all'emergenza (sanitaria, ma anche economica e sociale). Casi in cui - ne è ben consapevole l'a. - si mostra forte la tensione tra fatto e Diritto (costituzionale, amministrativo, penale).

2. Immigrazione, emergenza, sicurezza pubblica

Proprio dal diritto penale muove il contributo, che si apre con una sintetica descrizione della teoria del diritto penale del nemico: i tratti salienti della teoria di matrice tedesca vengono poi, nel prosieguo del contributo, coniugati con elementi caratterizzanti il “nemico” di schmittiana memoria, per ampliarne gli effetti oltre le categorie penalistiche (per giungere ad indagare la presenza

nell'ordinamento di un "diritto amministrativo del nemico" o, quantomeno, di eventuali indizi in questo senso). Al fulcro del paragrafo di apertura del contributo - individuato dall'a. nella "*contrapposizione tra persona e non-persona, id est tra 'cittadino' e 'nemico', che giustifica il trattamento differenziato nei confronti di chi si è allontanato dal diritto*", che troverebbe nel Testo Unico sull'Immigrazione un'applicazione concreta di un "*impianto sanzionatorio dal valore prevalentemente simbolico, capace di rispondere alle istanze securitarie dell'opinione pubblica, ma senza un preciso effetto deterrente sui possibili autori delle fattispecie penalmente rilevanti*" - segue un'analisi del rapporto tra immigrazione (*rectius*: gestione dei flussi migratori) e tutela della sicurezza pubblica. Due gli esempi principali portati dall'a.: da un lato gli interventi normativi per la gestione del fenomeno e, in particolare, la misura della revoca della cittadinanza introdotta con il decreto sicurezza del 2018; dall'altro l'ordinanza del Presidente della regione Sicilia che nel 2020 ordinava lo sgombero dell'*hotspot* di Pozzallo. In entrambe le situazioni Cavallaro individua, pur con le rispettive specificità, elementi comuni che portano a chiedersi se sia individuabile una "logica binaria", per contrapposizione, anche nel diritto amministrativo (come nella teoria del diritto penale del nemico, *ndr*), e che conducono l'a. ad esprimere "*la preoccupazione di cogliere, nella manifestazione del potere pubblico e, soprattutto, nella legge che ne fonda l'esercizio, i segni, e dunque i rischi, di una logica del 'nemico'*" (pur specificando la stessa a. come non manchino, nell'ordinamento, spinte contrarie o - comunque - aventi come conseguenza quella di arginare gli effetti di tali provvedimenti - sul punto si avrà modo di tornare nel prosieguo - cfr. *infra*, 5.).

Il terzo e quarto paragrafo - probabilmente inquadrabili come il cuore del contributo - (sinteticamente, dato anche se trattasi di un'analisi ben più approfondita e articolata di quanto non possa ricapitolarsi in questo breve commento) avvisano il lettore che "*se si sovraccarica di simbolismo l'interesse alla pubblica sicurezza, si rischia di piegare le medesime funzioni amministrative a logiche del tutto estranee alle finalità di pubblico interesse che esse perseguono e si potrebbero aprire spazi per for-*

me di discriminazione” e, infine, consentono all’a. di poter avvertire il pericolo di un “diritto amministrativo del nemico” in cui la progressiva espansione delle misure di sicurezza, unita alla sottovalutazione dell’importanza di un corretto bilanciamento tra gli interessi in gioco, condurrebbe alla identificazione dell’*altro* (lo straniero, ma non solo) con il nemico. Chiudono il contributo alcune riflessioni dell’a. sul ruolo giocato, rispetto alla progressiva espansione degli interventi di pubblica sicurezza, dal contesto di volta in volta emergenziale in cui i medesimi venivano concepiti ed erano destinati a trovare attuazione; nonché - infine - un auspicio affinché l’ordinamento non cada vittima della “teoria del nemico”, scegliendo piuttosto la strada del bilanciamento.

3. *Ex facto oritur ius*: l'emergenza come fonte del diritto

La sicurezza è sempre stata al centro degli interessi degli studiosi del diritto (e dibattito) pubblico, anche se il tema oggi ha avuto una considerevole trasformazione rispetto al passato (la sicurezza dello Stato nazione si divide tra campi tradizionali e spazio cyber; quella della comunità subisce pressioni esogene inedite per effetto della moltiplicazione delle minacce¹; mentre la sicurezza individuale si confonde sempre più con le garanzie connesse al diritto alla privacy). Tra le numerose ragioni che meritano un ruolo di prim’ordine nel rinnovato successo della sicurezza pubblica ve n’è una in particolare (e che pure trova menzione nel saggio di Cavallaro, pure se forse più brevemente di quello che si sarebbe potuto): l'emergenza, con ciò intendendosi però non solo l'emergenza sanitaria, che pure ha giocato un ruolo determinante negli eventi descritti nel saggio, ma anche l'emergenza economica, sociale, anche migratoria e - potremmo dire senza timore di smentita - l'emergenza globale al cui cospetto siamo posti dall’inizio del XXI secolo. Dalla lotta al terrorismo alla crisi economica del 2008, dall’impatto sugli Stati (*a posteriori* certamente non positivo)

1 Ciò che ha condotto parte della dottrina, anche delle scienze sociali, a qualificare la società moderna come “società del rischio”.

delle politiche di *austerità* adottate dall'Unione, per giungere alla crisi sanitaria e - ora - alla presenza di un conflitto armato alle porte dell'Europa, la parola d'ordine delle ultime due decadi è stata ed è tutt'ora quella dell'emergenza. Questo ci consente due considerazioni principali, a mio avviso.

Innanzitutto, ci ricorda ancora una volta - e quasi prepotentemente - la "forza normativa del fatto" di cui scriveva già George Jellinek. *Ex facto oritur ius*, citando Cesarini Forza: il diritto (*ius*) è sempre lo specchio - meglio ancora, il prodotto - della società (*societas*) entro cui si sviluppa e della quale - inconsapevolmente o meno - ricalca i tratti fondamentali. Parte di questa relazione porta anche, inevitabilmente, ad un diritto che viene *modellato* secondo le esigenze della specifica realtà di riferimento (per questo si può parlare di un diritto che *subisce* il fatto)². E se la più rilevante caratteristica del tempo presente è quella dell'emergenza (un'emergenza che - come ci ricorda Cavallaro - ha assunto il ruolo di costante, consentendo di parlare di una normalizzazione dell'emergenza, o di una emergenza normalizzata), ecco che proprio l'emergenza assume oggi al ruolo di prima fonte del diritto.

L'emergenza è la massima espressione di un fatto (o, come riscontriamo con crescente frequenza, di più fatti, anche unitariamente considerati) che si impongono sull'ordinamento e piegano le fonti tradizionali alla necessità di dare una risposta a cui l'ordinamento non riuscirebbe altrimenti - con i suoi soli strumenti ordinari, predeterminati - a fornire (adeguato) riscontro. È nelle crisi che "vive l'autorità cui l'emergenza contribuisce a concedere legittimità"³.

Ma questo, si noti bene, non è per forza di cose da leggersi negativamente. Si tratta, quasi banalmente, del naturale adattamento dell'ordinamento all'evoluzione delle istanze di reazione espresse dalla società, oggi caratterizzate da una velocità di emersione e un'effettività così immediata da essere difficil-

2 G. Morbidelli, *Prefazione*, in E.C. Raffiotta, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2019, cui sia consentito il rinvio.

3 G. Mann - J. Wainwright, *Il nuovo Leviatano. Una filosofia politica del cambiamento climatico*, Treccani, Roma, 2019 (I ed. orig. Verso, London, 2018).

mente conciliabili con i tradizionali strumenti di produzione del diritto cui eravamo abituati. Il diritto, insomma, di fronte all'emergenza è messo in condizione di dover cercare la strada più efficace, pena il cadere nell'incapacità di governo del fenomeno e quindi nella sostanziale irrilevanza.

4. L'emergenza come fonte del diritto alla prova dei fatti

La relazione tra fatti emergenziali e diritto (spesso, sotto forma di strumenti giuridici innovativi, quasi *prestati* all'emergenza) è ricca ed articolata, ma - pur non potendosi ripercorrere nella sua interezza - merita ricordarsi qualche esempio. Nel far fronte alla crisi finanziaria del 2008 e, poi, alla crisi dell'economia reale hanno avuto grande rilievo i decreti legge (che, al netto dell'abuso certamente ancora presente, rimangono pur sempre strumenti per loro stessa natura emergenziali): possiamo ricordare il d.l. n. 185/2008, con misure di sostegno alle imprese italiane (tra cui la concessione di prestiti agevolati e la riduzione delle tasse sulle attività produttive), il d.l. n. 201/2011, noto come "salva Italia", finalizzato alla introduzione di una serie di riforme strutturali volte a ridurre il debito pubblico (oltre che a migliorare la competitività dell'economia), o ancora la riforma del sistema pensionistico, la riforma del mercato del lavoro e la riduzione della spesa pubblica⁴.

Tutto ciò, naturalmente, unito all'eccezionale (per tempistiche, oltre che per il contenuto) legge costituzionale 1/2012 (su cui molto si è detto e scritto). Con la crisi pandemica la relazione tra emergenza e diritto - amministrativo innanzitutto - è diventata palese e non ignorabile: alla dichiarazione dello stato di emergenza *in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili* adottata con delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 hanno fatto seguito le - numerose - ordinanze del Capo Di-

4 O ancora: il d.l. n. 95/2012, che introduceva misure di sostegno alle PMI, tra cui finanziamenti agevolati e la semplificazione delle procedure per l'accesso al credito; il d.l. n. 66/2014 finalizzato ad una parziale riforma fiscale; o ancora il d.l. n. 119/2018, in sostegno alle famiglie tramite concessione di bonus nascite e la riduzione delle tasse sulla casa.

partimento della Protezione Civile e le ordinanze del Presidente del Consiglio dei Ministri⁵. Alle quali ha fatto seguito, in definitiva, un vero e proprio “ordinamento emergenziale di contrasto della pandemia”, culminato (unitamente ai provvedimenti adottati dalle amministrazioni statali, ma altresì da parte di Regioni e Comuni *ex art. 32 legge n. 833/1978, art. 117 d.lgs. n. 122/1998, art. 50 d.lgs n. 276/2000*) con i noti e discussi Decreti della Presidenza del Consiglio dei ministri. Strumenti normativi dotati di quella speditezza allora assolutamente necessaria, caratteristica qualificante dell'emergenza: ecco perché è fisiologico che le emergenze siano gestite attraverso atti amministrativi⁶, pur naturalmente autorizzati attraverso una fonte primaria. Atti riconducibili alla categoria delle ordinanze emergenziali⁷, caratterizzate dalla necessità di adottare misure “contingibili ed urgenti”: come avvenuto, in fin dei conti, con l'ordinanza del Presidente della regione Sicilia ricordata da Cavallaro, legittimante lo sgombero dell'*hotspot* di Pozzallo per ragioni - appunto - emergenziali: di sicurezza (sovraffollamento) e sanità (“incolumità e salute dei cittadini siciliani” a seguito della fuga dei migranti - di quelli contagiati, naturalmente - ma anche del sovraffollamento e, per i migranti stessi, dell'impossibilità di garantire “l'assenza di promiscuità tra soggetti sani e contagiati”). Anche la gestione dei flussi migratori ha costituito invero – come forse costituisce tutt'ora - un fenomeno emergenziale: nel 2015, oltre un milione di migranti ha raggiunto l'Unione, prevalentemente attraverso Grecia e Italia⁸. Un fenomeno certamente senza precedenti, di fronte al quale l'Unione ha spesso mostrato (e mostra ancora)⁹ le pro-

5 Sulla cui legittimità formale non può dubitarsi: sia nuovamente consentito sul punto il rinvio a E. C. Raffiotta, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia*, *cit.*

6 A. Mangia, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, *Rivista AIC*, 2/2021.

7 E. C. Raffiotta, *op. cit.*

8 <https://data.unhcr.org/en/situations/mediterranean>.

9 Del 2020 il *Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*, Bruxelles, 23 settembre 2020, COM(2020) 609 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52020DC0609>); presentato il 23 settembre 2020 dalla Commissione tramite una comunicazione al Parlamento, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, e che legittimamente può suscitare perplessità, a partire dallo strumento normativo - un “Patto” - impiegato. Così J.-Y. Carlier, L. Leboeuf, *Droit européen des migrations*, in *Journal de droit européen*, *JDE*, 2021.

prie debolezze e lacerazioni interne, in ogni caso un fatto sicuramente emergenziale, per portata e implicazioni (sociali e politiche certamente, come nondimeno economiche e assistenziali, a maggior ragione in un periodo non certo segnato da una prosperità economica interna al Paese). Così, come recentemente ha notato Riccardo Ursi, una fase di crisi del sistema di welfare determina (sembra potersi dire quasi fisiologicamente) una ri-espansione dell'ambito di efficacia della sicurezza pubblica¹⁰.

L'emergenza, come nota Cavallaro, amplifica le paure e le inquietudini, individuali e collettive: alle quali l'ordinamento cerca di fornire pronta risposta, non potendo farlo se non attraverso una regolamentazione che trova in generale nell'atto amministrativo lo strumento per regolare il contesto emergenziale.

5. Il diritto amministrativo tra poteri di risposta all'emergenza e tra garanzie costituzionali

In nome dell'emergenza, quindi, è sempre possibile derogare all'ordinario sistema costituzionale delle fonti? Naturalmente, no. Se da un lato, data la intrinseca natura sussidiaria del diritto penale *in primis* e, in secondo luogo, la maggiore agilità del diritto amministrativo rendono quest'ultimo lo strumento naturalmente deputato a regolare l'emergenza, dall'altro lato - lo ricorda Cavallaro, e vale la pena ribadirlo - l'amministrazione non può certo spogliarsi, nell'esercizio delle proprie funzioni, dell'onere che le impone di “*trovare il giusto punto di equilibrio tra le finalità che essa deve perseguire*” (tra cui in tutta evidenza quelle di sicurezza pubblica), in un'operazione “*particolarmente delicata e complessa*”.

Nel moderno ordinamento costituzionale è la legge (e non l'emergenza) la primigenia e non sostituibile fonte del diritto. Non ne viene dunque mai meno - né potrebbe essere altrimenti - la necessaria osservanza, rispetto alla

10 R. Ursi, *La sicurezza pubblica*, Bologna, il Mulino, 2022. Più recentemente sul volume si v. G. Tropea, *Spunti di riflessione dalla lettura del libro di Riccardo Ursi sulla sicurezza pubblica*, in *PA Persona e Amministrazione*, n. 1, vol. X, 2022.

quale un utilizzo del diritto amministrativo in funzione gestoria dell'emergenza non sembra porre particolari problemi, purché il contenuto della colonna portante dell'edificio ordinamentale non venga indebitamente compromesso: la tendenza ad accentrare i poteri emergenziali in capo al governo è invero presente anche in ordinamenti (quello austriaco esemplificativamente)¹¹ in cui il potere amministrativo viene tradizionalmente - in tempi ordinari - limitato, per effetto di una adesione stretta al principio di legalità.

La stessa ragione giustificativa dell'emergenza contribuisce in fatto a circoscrivere l'ambito di efficacia e applicabilità del potere amministrativo, privandolo del necessario *substratum* legittimante quando questo si dovesse allontanare dalla situazione contingente: può citarsi sul punto quella Corte costituzionale che - opportunamente - ha dichiarato l'incostituzionalità della congiunzione "anche" all'art. 54 c. 4 del Testo Unico degli Enti Locali (TUEL) ben chiarendo dunque che il Sindaco può utilizzare questi poteri solo in situazioni di emergenza e non al di fuori di esse.

Ciò che più conta è dunque che non vengano non solo apertamente violati, ma neppure compromessi, i principi regolatori dell'intervento statale, come il sistema di guarentigie costituzionali ci attesta ininterrottamente.

A Cavallaro certo questa circostanza non sfugge, ed infatti trova espressa menzione nel passaggio in cui l'a ricorda il ruolo della Corte di Giustizia e, in particolare, di CGUE C-221/17, che ha ben chiarito il potere-dovere degli organi giurisdizionali interni di verificare che la revoca della cittadinanza di cui sopra sia giustificata e rispettosa del principio di proporzionalità. La stessa ordinanza del Presidente della regione Sicilia, ci viene ricordato nel contributo, ha trovato un argine nell'intervento del Tar, che ne ha sospeso in via cautelare gli effetti.

11 In Austria già dal 1950 era presente una specifica disciplina in materia di emergenze sanitarie (*Epidemiengesetz*) il cui impianto fondamentale - dopo gli ultimi aggiornamenti *ad hoc* in funzione dell'emergenza sanitaria - legittima i poteri *extra ordinem* del Governo, necessari per affrontare la pandemia, anche attraverso restrizioni ai diritti di libertà. Poteri del Governo volti anche a indirizzare e se necessario prevalere sulle autonomie territoriali.

Esempi, quindi, in cui le guarentigie poste dall'ordinamento al preciso fine di evitare una tracimazione del potere amministrativo oltre i confini dell'emergenza si sono mostrate presenti e finanche puntualmente efficaci.

Il punto è rilevante: un equo bilanciamento tra opposti centri d'interesse è l'unica strada attraverso cui pervenire ad una sintesi che abbia riguardo alle esigenze delle parti in gioco. Altrettanto certamente, non vi è dubbio, la sede primaria in cui simili operazioni valutative dovrebbero trovare cittadinanza (quantomeno a livello teorico, quasi ideale) è nell'attività del legislatore, risiedendo nella discussione parlamentare - in prospettiva kelseniana - il punto di partenza e insieme di arrivo della tutela di diritti e libertà, a maggior ragione in presenza della contemporanea tendenza ad una maggiore pervasività degli strumenti tecnici rispetto alla quale la Politica sembra troppo spesso incapace di reagire¹².

Eppure, forse anche proprio per far fronte alla deprecabile inerzia del ramo legislativo, l'ordinamento si è certo mostrato negli ultimi anni particolarmente capace di un utilizzo delle guarentigie costituzionali in linea coerente alla loro vocazione: quella in funzione limitativa del potere di governo, allorché questo - consapevolmente o meno - riesca a tracimare i confini che giustificano la propria azione. Neppure la discrezionalità può fungere da limite invalicabile, se non giustificata e non giustificabile; l'ordinamento, si è detto, non è privo di strumenti di controllo, ben potendo esercitarlo (come in effetti accade) attraverso l'attività giurisdizionale e - se possibile - l'attività della Corte, nonché attraverso la proceduralizzazione dei requisiti formali e sostanziali dell'intervento regolamentare e infine della c.d. società aperta degli interpreti¹³. Anche il giuri-

12 G. Cerrina Feroni, G. Morbidelli, *La sicurezza: un valore superprimario*, in Percorsi costituzionali, 2008, citato anche dall'a. con riferimento alla configurabilità di un "diritto" alla sicurezza (nonché sul punto anche G. Cerrina Feroni, *Sicurezza e diritti, la tutela della libertà nel "permanente stato d'eccezione"*, su <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9507757>).

13 A. Morrone, Bilanciamento (voce), Enciclopedia del Diritto, in "Enciclopedia del diritto", Annali, vol. II, tomo II, Giuffrè, 2008.

sta può - deve, e non potrebbe essere diversamente - nutrire dubbi nei confronti tanto dell'utilizzo da parte del governo dello strumento amministrativo quanto, nel merito, della legittimità non solo di tale scelta, ma anche del contenuto della medesima (e quindi del bilanciamento operato tra finalità - pubblica sicurezza - e gli interessi che lo strumento normativo ha in un certo senso compreso per il raggiungimento di quelle finalità): pur ricordando, invero, che in caso di emergenza tale sindacato assume fisiologicamente maglie più larghe, che consentano di rispondere alle richieste dell'ordinamento, e che l'intervento in garanzia del giudice è possibile e - nei fatti - tempestivo ogni volta in cui necessario; senza quindi rischiare di allontanarsi dai capisaldi che caratterizzano il nostro ordinamento come una democrazia stabile e un ordinamento costituzionale liberaldemocratico.