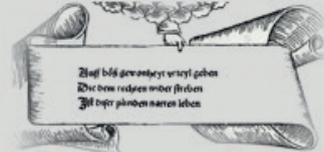




Jurisdiction



Storia e prospettive della Giustizia

N. 4-2023 - CONTRIBUTI 1

ISSN 2724-2161

Carlotta Latini

LA REGOLA E L'ECCEZIONE
NECESSITÀ ED EMERGENZA
TRA PASSATO E PRESENTE

Editoriale Scientifica

Carlotta Latini

LA REGOLA E L'ECCEZIONE.
NECESSITÀ ED EMERGENZA TRA PASSATO E PRESENTE

1. *L'emergenza e la necessità come fonti del diritto*

«Non vi sono eccezioni nel diritto. Vi sono regole». Così inizia il saggio che Luigi Rossi dedica alla nozione di necessità nell'ambito del diritto pubblico¹, scegliendo un tema che appare sin dagli inizi in significativa sintonia con Santi Romano² e il saggio che quest'ultimo, all'incirca ventisei anni prima, aveva dedicato allo stato d'assedio proclamato in occasione del terremoto calabro-messinese. In questo saggio Santi Romano valorizzava l'idea di necessità come fonte del diritto, ma nei limiti previsti dalle tutele dell'ordinamento giuridico. I poteri di necessità, che poggiano su tale ordinamento, pur non essendo previsti dallo Statuto albertino, sono stati una risposta allo stato di necessità che si attiva quando un evento straordinario - in origine la guerra e la guerra civile, ma poi anche fenomeni naturali - altera la vita ordinaria. Si deve a Rossi l'aver fatto riferimento alla formula citata da Bethmann-Hollweg, a proposito dell'invasione del Belgio, *Not kennt kein Gebot*³ in occasione della Grande guerra. Indubbiamente, durante il primo conflitto mondiale, il problema dello stato d'eccezione si era posto in maniera molto forte, dato il rafforzamento dei poteri dell'esecutivo ai danni del Parlamento. Questo fenomeno si può registrare in tutti i Paesi coinvolti nella Grande guerra, dunque in una prospettiva europea, ma non solo. La disamina dello stato d'assedio, che unisce lo studio sullo stato d'eccezione sia di Rossi che di Romano, evidenzia come lo stato d'assedio abbia lungamente rappresen-

¹ L. ROSSI, *Un criterio di logica giuridica: la regola e l'eccezione particolarmente nel diritto pubblico*, in *Rivista di diritto pubblico*, XIV (1935), pp. 192 e ss., ora in ID, *Scritti vari di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano 1939, pp. 27-104.

² Sui rapporti tra i due cfr., brevemente, in F. LANCHESTER, s.v. «Luigi Rossi», in Aa.Vv., *DBGI*, II, il Mulino, Bologna 2013, , p. 1738.

³ 4. August 1914: «*Meine Herren, wir sind jetzt in der Notwehr; und Not kennt kein Gebot! Unsere Truppen haben Luxemburg besetzt, vielleicht schon belgisches Gebiet betreten. Meine Herren, das widerspricht den Geboten des Völkerrechts [...]*». Cfr. J. ZENZMAIER, *Die Westfront. Franktireur-Psychosen und der Krieg gegen die Zivilbevölkerung*, <https://ww1.habsburger.net/de/kapitel/die-westfront-franktireur-psychosen-und-der-krieg-gegen-die-zivilbevoelkerung>

tato, nella sua forma di assedio politico o fittizio, uno dei punti di osservazione dell'emergenza: lo stato di guerra, infatti, era naturalmente connesso allo stato di necessità e all'assedio militare, come anche a quello politico, che in tempo di pace ne rappresentava un'evoluzione e un prolungamento⁴. Lo spostamento della giurisdizione relativamente ai civili in capo ai tribunali di guerra era un'altra conseguenza della dichiarazione di stato d'assedio, che conferma come l'istituto fosse nato in seno al diritto penale militare.

La Prima guerra mondiale è stata un vero grande laboratorio di istituti e norme giuridiche in parte legati all'emergenza dettata dallo stato di guerra, ma in parte dipendenti da esigenze che erano già emerse e che non avevano trovato modo di affermarsi. Peraltro, il sommarsi di molteplici emergenze, bellica, pandemica (si pensi all'influenza cosiddetta Spagnola che coincise con gli ultimi mesi di guerra) e sismica⁵ fornì al governo italiano – come anche a quello di altri paesi europei – l'occasione per accelerare quelle riforme in vari settori del diritto che non trovavano quelle maggioranze parlamentari necessarie (fatto che alimentava la migliore tradizione dell'antiparlamentarismo d'occasione). Così, il binomio sicurezza/libertà pose i giuristi di fronte all'annoso problema del dualismo tra Stato e libertà, posti in forte contrapposizione, un dualismo che lo Stato liberale di diritto a partire dall'Ottocento si è trovato ad esaminare, senza trovare soluzioni adeguate. Il rapporto tra libertà e sicurezza, del sacrificio della prima in nome della seconda, fu una delle principali questioni del tardo Stato liberale di diritto⁶, tant'è che le misure eccezionali assunte in determinate occasioni hanno spinto a parlare di un doppio livello di legalità. Durante la Prima guerra mondiale in particolare, l'Italia rinunciava ad impiegare lo stato d'assedio come rimedio generalizzato per fronteggiare le emergenze belliche, sismiche, e per la tutela dell'ordine pubblico, preferendo l'opzione della delega legislativa.

⁴ C. LATINI, *Governare l'emergenza. Delega legislativa e pieni poteri in Italia tra Otto e Novecento*, Giuffrè, Milano 2005, pp. 42 e ss.

⁵ C. LATINI, *L'emergenza e la disgrazia. Terremoto, guerra e poteri straordinari in Italia agli inizi del Novecento*, in *Historia et ius*, n.13 (2018), www.historiaetius.eu, paper 5, *passim*.

⁶ Cfr. M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in Aa.Vv., *Storia d'Italia, Annali 14, Legge Diritto Giustizia*, cur. L. Violante, Einaudi, Torino 1998, p. 489, che ricostruisce l'esperienza della legislazione eccezionale concepita per fronteggiare l'emergenza del brigantaggio *post-unitario* nei termini di un duplice livello di legalità.

Tra i Paesi europei, la Francia era nota invece come il Paese nel quale si era affermato un divieto di delegazione legislativa, ma la realtà, aveva mostrato una situazione molto più complessa: se è vero infatti che nel 1916 il parlamento francese aveva negato al Presidente del consiglio Aristide Briand i poteri eccezionali che aveva richiesti, non si deve dimenticare l'esperienza della "dittatura" che ebbe luogo in Francia dall'agosto al dicembre del 1914⁷.

Il tema è rilevante a livello soprattutto europeo, se si confrontano gli ordinamenti: si pensi ad esempio al ritorno, nel dibattito scientifico francese di questi ultimi tempi, scaturito dai provvedimenti emergenziali resisi necessari per fronteggiare la pandemia da covid-19, intorno alla teoria delle circostanze eccezionali, concetto elaborato dal Consiglio di Stato nel 1918 per ritenere legittimo un provvedimento del governo, preso durante la Grande guerra.

In Francia, infatti, le misure emergenziali sono iniziate il 4 marzo 2020, con un *arrêté* del Ministro della salute che ha vietato i raduni di oltre 5000 persone, per poi proseguire con una serie di interventi governativi, mentre il 23 marzo del 2020 con la legge n. 290 si disciplinava l'emergenza pandemica con la creazione di un apparato normativo nuovo relativo all'emergenza sanitaria, peraltro già disciplinata dal codice della salute pubblica, senza che quest'ultimo venisse modificato, creandosi una doppia modalità ordinaria-straordinaria di gestione dell'emergenza sanitaria⁸. In questo senso il ritorno in auge della teoria delle circostanze eccezionali (CE, Heyriès, 28 giugno 1918) comporta l'accoglimento della teoria per cui nei periodi di crisi sono da ritenersi legittimi atti del governo che in tempo di pace non lo sarebbero, e quindi l'esercizio di poteri straordinari del primo ministro.

2. *Il caso Heyriès*

Con un decreto del 1914, il governo aveva sospeso l'applicazione ai dipendenti pubblici dell'articolo 65 della legge del 22 aprile 1905, che

⁷ J. BARTHELEMY, *Notes de droit public sur le droit public en temps de guerre*, I, *L'augmentation de l'autorité gouvernementale*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n. 32 (1915), p. 148.

⁸ A. DEFFENU, F. LAFAILLE, *Stato di emergenza sanitaria e covid-19: (breve lettura francese di un fenomeno giuridico abnorme)*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1 (2020), Def-fenu_Laffaille_Covid.pdf; Conseil d'État (conseil-etat.fr)

esigeva la comunicazione all'agente del suo fascicolo prima di qualsiasi misura disciplinare contro di lui, per poter procedere senza indugio ai trasferimenti e alle nomine che erano necessarie a suo parere. Il signor Heyriès, che era stato licenziato senza che il suo fascicolo gli fosse stato preventivamente comunicato, impugnava questo provvedimento sostenendo che il decreto del 10 settembre 1914 fosse illegale.

Il Consiglio di Stato si dichiarava d'accordo con l'amministrazione⁹, accettando che in tempi di crisi, o anche, come in questo caso, in tempo di guerra, i poteri pubblici avessero poteri eccezionalmente ampi per assicurare la continuità dei servizi pubblici. La teoria delle circostanze eccezionali autorizza l'autorità amministrativa a derogare alle regole abituali di competenza e di forma, ma anche al rispetto dei principi sostanziali. Il giudice amministrativo controlla le misure prese in base a questa teoria. Valuta l'esistenza stessa di circostanze eccezionali, si assicura che l'amministrazione non abbia potuto effettivamente prendere il provvedimento in questione in modo regolare e verifica che gli atti siano stati presi nell'interesse generale, in particolare per assicurare la continuità dello Stato, e siano stati resi necessari dalle circostanze particolari del momento. È a questa teoria delle circostanze eccezionali che si ispirerà l'articolo 16 della Costituzione francese del 1958. Sempre a questa teoria, si è fatto riferimento all'indomani dell'emergenza sanitaria da covid-19¹⁰ in Francia.

La teoria dell'estensione dei poteri dell'esecutivo in tempo di guerra o comunque durante le emergenze, dopo essere stata sistematizzata su piano concettuale durante la Prima guerra mondiale, continua a trovare le sue applicazioni. In generale, il problema dei rapporti tra il legislativo e l'esecutivo riemerge in varie fasi, specie in Italia, in rapporto ai poteri normativi del governo. Durante il fascismo, la l. 31 gennaio 1926 n. 100 in realtà, anziché risolvere il problema del ricorso alla decretazione d'urgenza, lo acuiva. Sempre a regi decreti-legge si fece ricorso in molti casi, come per modificare il Testo unico di pubblica sicurezza in occasione dell'ingresso in guerra del Paese nel 1940 (R.D.L. 17-09-1940 n. 2347), ma ricorrenti erano anche i decreti del duce.

⁹ <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/1918-06-28/63412>

¹⁰ D. ROUSSEAU: «Quel pourrait être le cadre juridique d'un confinement total des Français? La question n'est pas facile, parce qu'il n'y a pas de précédent. La seule théorie que nous pourrions invoquer, c'est une vieille théorie du droit administratif, celle des circonstances exceptionnelles, qui permet une extension des pouvoirs de l'exécutif», intervista rilasciata a *Le Monde*, 15 marzo 2020,

Punto di partenza di una riflessione sull'emergenza ed i poteri necessitati è lo stato di eccezione e la sua configurazione giuridica. Secondo Carl Schmitt¹¹, il sovrano è colui che decide sullo stato di eccezione. La sua ricostruzione dello stato di eccezione è messa a punto nell'opera *La Dittatura*, pubblicata nella prima metà del 1921, alla cui seconda edizione fu aggiunta una dissertazione sulla cosiddetta dittatura del Presidente del Reich, sancita nell'art. 48 della Costituzione di Weimar¹². In Italia, com'è noto, né lo Statuto albertino, né la Costituzione repubblicana menzionano lo stato di eccezione. Il processo di sviluppo di quest'ultimo è stato *extra* costituzionale, e si è ritenuto fosse pertinente più alla costituzione materiale che a quella formale. Nonostante i numerosi tentativi sia dottrinali che giurisprudenziali, a livello legislativo sono stati rari gli interventi per legittimare le conseguenze dello stato di eccezione e, di solito, sono stati interventi *ex post*.

Durante la vigenza dello Statuto albertino la dichiarazione di stato d'assedio (politico o fittizio), concetto elaborato dalla giuspubblicistica su modello dell'assedio di tipo militare e quindi disciplinato dal Codice penale militare, avveniva con regio decreto su proposta del Presidente del consiglio (tecnicamente, un decreto-legge). I casi di impiego maggiormente frequenti erano in origine legati alle guerre, ma l'istituto si emancipa dallo schema militare per estendersi ad una casistica molto varia, sostanzialmente legata ad un concetto ampio di emergenza e di stato di necessità.

In effetti, tra Otto e Novecento, sia nei casi di rivolte, manifestazioni o altre situazioni che potevano essere assimilate al concetto di sedizione, sia nei casi di emergenze a carattere naturale (come i terremoti), lo stato d'assedio politico poteva essere usato per controllare la popolazione civile e limitarne il godimento dei diritti di libertà. Lo stato d'assedio poteva essere di due tipologie: uno, definito "piccolo", determinava minimi sacrifici delle libertà costituzionalmente garantite, come quella di domicilio, dimora, circolazione, porto d'armi, ecc.; uno invece pieno, o grande, quando la competenza dei fatti costituenti reato (o anche alcune nuove fattispecie, create *ad hoc*), si spostava in capo ai tribunali di guerra e si verificava una forte compressione delle liber-

¹¹ C. SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* (1922), Volume 1, Duncker & Humblot, Leipzig 1934, p. 11: «Souverän ist wer über den Ausnahmezustand entscheidet».

¹² C. SCHMITT, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf* (1921), Duncker & Humblot, Berlin 1978.

tà fondamentali. Uno dei problemi principali posti dal ricorso ai tribunali di guerra era dato dal fatto che mentre si riteneva legittima la loro giurisdizione rispetto ai militari, non lo era altrettanto rispetto ai civili (di cui non erano giudici naturali).

In effetti, all'indomani della fine della guerra mondiale l'Assemblea costituente si pose di fronte al tema della decretazione d'urgenza con una discussione serratissima e storicamente consapevole.

Nei dibattiti dell'Assemblea costituente a proposito dell'art. 77 sui decreti-legge e la decretazione d'urgenza, si legge uno scarso convincimento circa la possibilità di evitare il ricorso ad essi. Mentre l'esempio della Costituzione di Weimar e dell'art. 48 sono utilizzati come paradigma che avrebbe dovuto indurre a non usare tale strumento. Secondo Calamandrei, infatti

[...] Su molti problemi vivi, dei quali pareva che si dovesse trovare nella Costituzione una chiara soluzione, si è preferito di chiuder gli occhi. Enumero rapidissimamente alcuni di questi problemi.

C'è quello dei decreti di urgenza. Se ho visto bene, dei decreti di urgenza non vi è accenno nella Costituzione. Il fatto che se ne sia taciuto richiama il ricordo di quelle madri ottocentesche che facevano uscire i figliuoli dal salotto quando la conversazione minacciava di cadere su certi argomenti scabrosi. Nella Costituzione non si deve parlare dei decreti-legge perché questo è un argomento pericoloso. Ma, insomma, potrà avvenire che si verifichi la necessità e l'urgenza, di fronte alla quale il normale procedimento legislativo non sarà sufficiente: il terremoto, l'eruzione di un vulcano. Credete che si possa mettere nella Costituzione un articolo il quale dica che sono vietati i terremoti? Se non si può mettere un articolo di questa natura, bisognerà pure prevedere la possibilità di questi cataclismi e disporre una forma di legislazione di urgenza, che è più provvido disciplinare e limitare piuttosto che ignorarla.¹³

Codacci Pisanelli rispetto alla questione relativa alla possibilità per il Governo di far uso del potere di ordinanza¹⁴, cioè di emanare norme aventi valore di legge, riteneva che fosse necessario tenere presente che si trattava di legislazione ordinaria, cioè senza ammettere che, anche

¹³ P. CALAMANDREI, intervento del 4 marzo 1947 all'Assemblea Costituente nella discussione generale del progetto di Costituzione della Repubblica italiana. <https://www.nascitacostituzione.it/05appendici/01general/03/index.htm?002.htm&2>

¹⁴ Art. 77 Cost. <https://www.nascitacostituzione.it/03p2/01t1/s2/077/index.htm?art077-008.htm&2>

concedendo questo potere di ordinanza, il Governo potesse derogare ai diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione. Nella Commissione dei Settantacinque il problema fu esaminato, e si ritenne di escludere assolutamente la possibilità di far uso dei decreti-legge. Si volle, cioè escludere in maniera assoluta la possibilità per il Governo di emanare norme aventi efficacia di legge ordinaria.

Codacci Pisanelli aveva sostenuto la tesi contraria e fu appoggiato dall'opinione di diversi commissari che rimasero in minoranza. A suo avviso, in Italia i decreti-legge non erano una novità derivata dalla dittatura instauratasi nel 1922. Già in precedenza si erano avuti numerosi decreti-legge; e in proposito occorreva distinguere quelli che riguardavano lo stato d'assedio dai veri e propri decreti-legge. Secondo questo autore sarebbe stato proprio attraverso lo stato d'assedio politico o fittizio che sarebbe entrata nella nostra legislazione l'idea di quello che sarà poi il decreto-legge. Rispetto alla dichiarazione di stato di assedio, si ebbe una soluzione analoga a quella riscontrabile nel sistema inglese, il quale non prevedeva il decreto-legge ma consentiva al Governo di provvedere, sotto la sua responsabilità, all'emanazione di norme aventi forza di legge.

Nel caso in cui il Parlamento ritenesse opportuno l'uso di questo potere straordinario, non previsto dalla costituzione, con una legge, il cosiddetto *bill* di indennità, si esoneravano da ogni responsabilità i Ministri. Codacci Pisanelli segnalava che in generale il Governo aveva fatto un uso molto ristretto di questo potere: infatti il numero per ogni decennio era di qualche decina. Il numero dei decreti-legge aumentava statisticamente, quando si accentuava il carattere autoritario di un regime.

Una delle questioni interessanti, in proposito, che potevano contribuire a prendere una decisione era rappresentata dal fatto che l'autorità giudiziaria ordinaria più di una volta è stata chiamata ad esaminare il problema della costituzionalità dei decreti-legge; cioè, ci si domandava se il Governo avesse o no il potere di emanare ordinanze aventi valore di legge.

Codacci Pisanelli ricostruiva il punto attraverso le principali opinioni dottrinali: alcuni sostenevano che nello Statuto albertino non vi fosse nulla al riguardo e che quindi la potestà di emanare decreti-legge non poteva assolutamente riconoscersi al Governo. Altri ritenevano, invece, che, siccome bisognava riconoscere al Governo la facoltà di dichiarare lo stato di assedio, come conseguenza bisognava riconoscergli

anche la potestà di emanare norme aventi forza di legge, quando la necessità e l'urgenza lo avessero richiesto. Alla fine, fu questa tesi a prevalere sia in dottrina che in giurisprudenza.

I Costituenti, oltre alle guerre di indipendenza, e ai momenti critici della fine dell'Ottocento, utilizzarono il richiamo alla Grande Guerra come un modello importante sul piano della gestione dell'emergenza; le riforme dettate dalla Prima guerra mondiale, legate all'emergenza, furono definite un "diritto istantaneo", per molti aspetti destinato ad estinguersi con gli eventi bellici. In realtà, molte riforme, resesi già urgenti in tempi precedenti, furono semplicemente accelerate dalla guerra e quindi, essendo da lungo attese saranno destinate a consolidarsi. Il Paese, che già si trovava in stato di emergenza per la guerra e i cittadini erano assimilati, in zona di guerra, nelle loro condizioni, ai militari in guerra, mentre i lavoratori e le lavoratrici erano militarizzati, viveva un'ennesima forte contrazione delle libertà costituzionalmente garantite. Spesso si è fatto riferimento a questo momento, come a quello che ha messo a punto per l'Italia il modello cosiddetto a risposta emergenziale, cioè con la sospensione delle libertà (di movimento, di manifestazione del pensiero, di esercizio della proprietà), ed il ricorso all'esercito per il mantenimento dell'ordine. Governare l'emergenza, significava per lo stato italiano, ma anche per altre nazioni europee, rafforzare l'esecutivo, relegando il Parlamento ad un ruolo ancillare, e silente. Questo archetipo costituzionale, in Italia, tra luci ed ombre, di fronte alle molte emergenze che il Paese ha dovuto affrontare, tende a tornare e a riproporsi, anche in maniera occulta, in tempi diversi e con una costituzione democratica: ciò rende ancora più interessante capire come mai. Il problema fu esaminato dopo la guerra 1914-18, perché durante quel periodo si ebbe il moltiplicarsi dei decreti-legge e poiché mancava una qualsiasi regolamentazione; il Governo, che li aveva sempre emanati, non avendo nessun limite in alcuna norma costituzionale scritta, finì per abusare largamente dei poteri di decretazione d'urgenza esaminati. I decreti-legge dovevano comunque essere convertiti in legge dal Parlamento, e in molti casi questo accadde senza un controllo esaustivo. Si giunse a concludere che fosse necessario ammettere costituzionalmente i decreti-legge e di disciplinarli in maniera tale che il Governo non potesse abusarne. Ma mancava un organo che potesse effettivamente esercitare un controllo su tali abusi. La legge 31 gennaio 1926, n. 100 — che contemplò l'ipotesi e introdusse, secondo Codacci Pisanelli, nello Statuto albertino ufficialmente la potestà di

emanare decreti-legge — fu lo strumento per trasferire la funzione legislativa al potere esecutivo. Il Parlamento non aveva più alcun controllo, mentre la Corte costituzionale non esisteva ancora. Questa fu una delle ragioni che spinse l'Assemblea a sostenere la necessità di un organo giurisdizionale supremo. Dopo ampio dibattito si giunse all'articolo 74-*bis*, il cui testo prevedeva:

Quando, nei casi di pericolo pubblico o di assoluta inderogabile urgenza, il Governo ritenga necessario emanare provvedimenti straordinari, aventi valore di legge, deve sentire su di essi il parere degli Uffici di Presidenza delle due Camere e sottoporli immediatamente alle Camere stesse, che, se non sono già convocate, debbono esserlo entro cinque giorni dall'emanazione del provvedimento.

Lo stato di emergenza così come configurato in precedenza, non trovava cittadinanza nella Costituzione repubblicana, a causa dei notevoli rischi che una sua previsione avrebbe comportato. Modellato, in origine, sullo stato d'assedio, lo stato di emergenza ne ha lungamente conservato i tratti di tipo militare, legandosi fortemente prima all'applicazione del codice penale militare, poi assumendo i tratti di una militarizzazione della società civile, con conseguente inevitabile abbassamento delle libertà e prevalenza, nella dialettica tra ordine e libertà, del primo rispetto alle seconde. L'ingerenza dello Stato rispetto alla sicurezza dei cittadini, sempre maggiore durante il tardo Stato liberale di diritto, si è rafforzata con la dittatura. Con l'età repubblicana, le tutele previste dalla costituzione rispetto alle libertà non sono prive di riferimenti al cosiddetto bilanciamento tra diritti fondamentali. Inutile dire che la dichiarazione di stato d'emergenza altera l'ordinario rapporto tra i poteri, con una prevalenza dell'esecutivo rispetto al legislativo, e implica, nella scelta tra i diritti fondamentali da proteggere (o da proteggere maggiormente), una valutazione rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione pubblica e del potere politico.

La dichiarazione dello stato di emergenza consente l'espansione dei poteri dello Stato: di norma si tratta dei poteri dell'esecutivo, di recente, di un rafforzamento dei poteri del Presidente del Consiglio rispetto al Consiglio dei ministri. Inoltre, il ricorso alla legislazione emergenziale, ha rappresentato quello che è stato definito un "tratto permanente" e che è rimasto a prescindere dalle emergenze che l'Italia ha dovuto affrontare, sia in età repubblicana che nel periodo di vigenza dello Statuto albertino, come anche in età preunitaria.

Un'analisi approfondita merita inoltre lo stato di necessità e la formula *necessitas non habet legem*. Anche in età repubblicana, infatti, non è mancato chi ha sostenuto, come Carlo Esposito, l'ammissibilità di decreti-legge sospensivi di norme costituzionali, mentre in altri casi si è sostenuta la possibilità che, nei casi di eventi del tutto eccezionali, tali da mettere in pericolo la sicurezza dello Stato, i provvedimenti relativi poggiassero non tanto sull'art. 77 Cost., ma direttamente sulla necessità come fonte autonoma¹⁵. Già alla fine degli anni Ottanta del secolo scorso i costituzionalisti lamentavano una crisi della legge ed un abuso del decreto-legge.

L'esplosione della pandemia da covid-19 ha indotto ad una riflessione su come l'emergenza sanitaria è stata gestita¹⁶. Ma soprattutto ci si è chiesti se atti di normazione secondaria o atti amministrativi possono derogare a fonti di normazione primaria e se e fino a che punto il diritto alla salute combinato allo stato di necessità possa legittimare la situazione che si è recentemente creata¹⁷.

L'emergenza sanitaria, come tutte le emergenze, tende a rafforzare

¹⁵ C. NASI, *Necessitas non habet legem. La decretazione d'urgenza fra Statuto albertino e costituzione repubblicana* in *Diritto e Società*, n. 2 (1995), p. 274. A. CELOTTO, *Parlamento e poteri legislativi del Governo in Italia: l'abuso del decreto d'urgenza (decreto-legge)* file:///C:/Users/utente/Downloads/Dialnet-ParlamentoEPoteriLegislativiDelGovernoInItalia-5084963.pdf; ID, *L'abuso del decreto-legge*, Cedam, Padova, 1997. Cfr. V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1986; P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giuffrè, Milano 1988; F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell'ordinamento italiano*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Giuffrè, Milano 1988, 513; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Giuffrè, Milano, 2003; A. BENAZZO, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Giappichelli, Torino 2004; P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, il Mulino, Bologna 2006; G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Cacucci, Bari 2010; A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli, Torino 2011; G. DE MINICO, *Costituzione emergenza terrorismo*, Jovene, Napoli 2016; P. PICIACCHIA, *Lo stato di emergenza e il tortuoso cammino del controllo parlamentare*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Sara Volterra*, cur. C. Murgia, Giappichelli, Torino 2017, 773; E. C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Il Mulino, Bologna 2020

¹⁶ C. TRIPODINA, *La costituzione al tempo del coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1 (2020), *passim*.

¹⁷ A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, n. 2 (2020), pp. 558-583. https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/2_2020_Lucarelli.pdf

l'azione dell'esecutivo, e ad indebolire il Parlamento. Questo caso non rappresenta un'eccezione specie dopo la dichiarazione di stato di emergenza¹⁸.

Il dibattito sullo Stato di eccezione è stato ridestato anche alla luce delle riflessioni di Giorgio Agamben; questi riprendeva, in piena pandemia da covid-19, alcuni temi già trattati in relazione alla configurazione dello stato di eccezione in particolare nel saggio *Stato di eccezione*¹⁹, ma sviluppando le sue considerazioni intorno all'uso recente da parte del governo di poteri tali da far pensare alla categoria dello stato di eccezione non come storicamente datata ma come un fatto ormai di piena attualità²⁰. Tuttavia, pur non potendosi disconoscere la complessità del momento che l'ordinamento giuridico, non solo quello italiano, sta affrontando, e probabilmente anche le evidenti trasformazioni che inevitabilmente sono la conseguenza del protrarsi dello stato di emergenza, è anche indubbio che l'attuale pandemia ha posto di fronte a problemi, sin dagli inizi, di difficile soluzione, per alcuni aspetti anche nuovi, rispetto al passato.

Occorre innanzi tutto precisare che lo stato di eccezione e lo stato di emergenza non sono necessariamente identici e sovrapponibili. La Costituzione italiana non prevede lo stato di emergenza come istituto riconoscibile di sospensione delle garanzie costituzionali, come accadeva, ad esempio con la Costituzione di Weimar. Prevede però in più di una disposizione limitazioni alle libertà «per motivi di sanità o di sicurezza» (art. 16.1), purché con la garanzia della «riserva di legge», affinché la decisione restrittiva sia presa dai rappresentanti dei cittadini. Così come prevede limitazioni all'autonomia decisionale di regioni, province, comuni e il potere sostitutivo del Governo «in caso di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica», purché sia una legge a definire «le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio

¹⁸ Lo stato di emergenza di rilievo nazionale è stato dichiarato con Delibera del Consiglio dei Ministri, 31 gennaio 2020, (Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili), ex art. 7.1, lett. c), d.lgs. 1/2018, Codice della Protezione civile.

¹⁹ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione, Homo sacer*, II, Bollati Boringhieri, Torino 2003.

²⁰ <https://www.quodlibet.it/una-voce-giorgio-agamben>

di leale collaborazione» (art. 120.2)²¹. Infatti, se si guarda al tipo di emergenze che rappresenta la base dell'art. 16, nel pensiero dei Costituenti, si fa riferimento ai terremoti, alle epidemie, alla guerra. Nonostante questo, si parla di una nuova fase costituzionale, rispetto al passato per varie ragioni che qui si sussumono: durante tutta la fase emergenziale “uno”, il ruolo del Parlamento è stato quanto meno compresso fino a prodursi, secondo alcuni, una vera marginalizzazione del Parlamento²²; le libertà dei cittadini hanno conosciuto una limitazione enorme e la redistribuzione delle regioni in colori ha comunque determinato ulteriori limitazioni delle libertà.

Questi fenomeni trovano dei precedenti in un passato non troppo recente, nel Novecento, secolo intriso di contraddizioni, in cui l'emersione dei diritti e delle carte costituzionali contemporanee ha avuto una genesi complessa e tormentata. Potremmo dire che è quasi un colpo di coda del secolo passato.

Il regime di eccezione e i poteri emergenziali hanno conosciuto nel corso del tempo alterne vicende. In via del tutto sommaria, è possibile individuare tre periodi diversi cui corrispondono distinte risposte da parte dello Stato: un periodo relativo al tardo Stato liberale di diritto, caratterizzato da un primo interventismo dello Stato di stampo paternalistico assistenziale, dove si realizzano principalmente interventi *ex post*, con una scarsa prevenzione, fatta eccezione per la fase successiva al 1908 e alla grave crisi del territorio di Messina e Reggio Calabria²³.

Un secondo periodo caratterizzato da un intervento forte dello Stato e che vede una serie di leggi (l. n. 473 del 1925, Il R.D. n. 2389 del 1926 “Disposizioni per i servizi di pronto soccorso in caso di disastri tellurici e di altra natura”) relative alla disciplina delle emergenze. Con la legge n. 100 del 1926 peraltro si creano le premesse per un intervento, in caso di necessità ed urgenza da parte del governo, di tipo sistematico e quasi sostitutivo della normale attività legislativa.

Un terzo periodo, quello dello Stato repubblicano, in cui si riscontrano distinte politiche relative alla gestione delle emergenze di varia

²¹ TRIPODINA, *La costituzione al tempo del coronavirus*, cit. *La nascita della Costituzione - Articolo 16* (nascitacostituzione.it)

²² E. MINNELI, *L'art. 116 Cost. e la preoccupazione (strumentale?) della marginalizzazione del Parlamento*, in *www.AmbienteDiritto.it*, Fasc. 4 (2019), p. 23. Cfr. anche la ricognizione a cura di P. PASSAGLIA in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_Poteri_emergenziali_10052011.pdf.

²³ Regio Decreto n. 193 del 18 Aprile 1909, in G.U. n. 95 del 22 Aprile 1909. [Http://www.staticaesismica.it/normative/L_12_01_1909_n12.pdf](http://www.staticaesismica.it/normative/L_12_01_1909_n12.pdf).

natura, ma caratterizzato da una disciplina dell'emergenza in cui sostanzialmente continua a prevalere l'intervento del Governo (con poteri straordinari), giustificato dalla necessità ed emergenza. I poteri di necessità, oggetto di studio e dibattito, si sono espressi sia con strumenti quali i decreti-legge (o delegati), sia con ordinanze (cd ordinanze *extra ordinem*), rinviando ad un presupposto potere normativo del governo durante le emergenze fondato sul principio della necessità come fonte del diritto (con chiaro rinvio al pensiero di Santi Romano). Una breve disamina storico-giuridica di questo terzo periodo, con specifica attenzione al secolo scorso, contribuisce a chiarire il percorso fatto dal legislatore. In particolare, si segnala il ruolo del D.P.C.M. 26.11.1956 "Costituzione del Comitato Interministeriale per la protezione civile". Per la prima volta in un provvedimento amministrativo risulta utilizzata l'espressione "Protezione Civile" il cui concetto verrà definito con la L. 996/1970. Quel che appare di particolare interesse è quest'ultima legge, nella quale si rinvergono alcuni elementi che saranno significativi per la risposta successiva del Paese in relazione all'emergenza, ovvero: 1. La definizione di emergenza; 2. Il ricorso ai commissari (straordinari) (*ex art. 5 della legge*, per attuare la direzione dei servizi di soccorso, e le direttive generali ed il coordinamento dei servizi). Si tratta del primo nucleo organizzativo della protezione civile, che la vede sottoposta al controllo del ministero dell'Interno: infatti l'art. 3 della legge istituiva il comitato interministeriale di protezione civile. Con la l. del 24 febbraio 1992 n. 225 è stato poi istituito il servizio nazionale della protezione civile tra i cui scopi prioritari si riscontrano la tutela dell'integrità della vita, dei beni, degli insediamenti e dell'ambiente dai danni o dal pericolo di danni derivanti da calamità naturali, da catastrofi e da altri eventi calamitosi. In seguito alle modifiche apportate (nel 2001 e nel 2012), si segnala inoltre l'obiettivo di prevenzione del rischio e in generale del contrasto e superamento dell'emergenza. Spettava al Consiglio dei ministri su proposta in genere del Presidente del consiglio stesso la dichiarazione di stato di emergenza che di regola non doveva superare i 90 giorni e che prevedeva la possibilità di ordinanze in deroga per il capo del dipartimento della protezione civile. Com'è noto, l'art. 5 della legge n. 225 che prevedeva il ricorso alle c.d. ordinanze *extra ordinem*, poneva diversi problemi, in relazione all'ordinamento e in termini di una sua "rottura"²⁴. Interve-

²⁴ Cfr. F. BARTOLOMEI, *Poteri di ordinanza e ordinanze di necessità*, Giuffrè, Milano 1979; G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Diritto ammini-*

niva poi la Corte costituzionale che si pronunciava sulle ordinanze in questione, e sui relativi poteri²⁵.

Ma il problema dell'emergenza e della sua durata, nonché la questione della sua definizione, sempre incompleta, rimaneva centrale. Il nuovo assetto delineato dal cosiddetto codice della protezione civile, pur nella bontà degli intenti, non ha risolto la questione dei poteri emergenziali, che si ripropone, come ad esempio nella recente emergenza pandemica, rispetto alla quale è parso e pare ancora non bastare la disciplina, sussumibile dal codice per la protezione civile e in generale dalla (complessa) definizione di emergenza in esso contenuta (art.7, 2 e 24), anch'essa residuale rispetto ai poteri di protezione civile ed espressa con una formula lasca, che rimanda a fenomeni calamitosi antropici e non²⁶. In questo contesto, il sia pure migliore assetto organizzativo prescritto dal decreto legislativo del 2 gennaio 2018 n. 1, rinvia fortemente alla l. 225 e quindi al sistema pregresso.

strativo, fasc. 1- 2 (2016), pp. 33-73. C. DELLA GIUSTINA, *Le ordinanze extra ordinem durante l'emergenza covid-19*, in *Ambientediritto.it*, fasc. 2 (2020). <https://www.ambientediritto.it/>

²⁵ C. VENTIMIGLIA, *I poteri di ordinanza extra ordinem tra procedimento e processo: la Corte costituzionale segna il cammino*, in Aa.Vv., *Procedura, procedimento e processo*, cur. L.R. Perfetti, Cedam, Padova 2010, pp. 159-162. Corte Cost. 14 aprile 1995, n. 127; Corte Cost. 9 novembre 1992, n. 418; Corte. Cost. 28 maggio 1987, n. 201; Corte Cost. 4 gennaio 1977, n. 4; Corte Cost. 2 luglio 1956, n. 8; Cons. St., V, 13 febbraio 2002, n. 6809; Cons. St., V, 13 febbraio 2002, n. 6280; Cons. St., IV, n. 197/1998). La Corte Costituzionale chiariva in particolare che non si fosse «inteso modificare la ripartizione delle materie delle competenze tra Stato e regioni».

²⁶ F. TEDESCHINI, *s.v. «Emergenza» (dir. amm.)*, in *Diritto on line* (2017), https://www.treccani.it/enciclopedia/emergenza-dir-amm_%28Diritto-on-line%29/; M.A. CABIDDU, *Necessità ed emergenza: ai confini dell'ordinamento*, in *Dir. pubblico*, n. 2 (2010), p. 168; F. TEDESCHINI, N. FERRELLI, *Il governo dell'emergenza*, Jovene, Napoli 2010; G. ROLLA, *Profili costituzionali dell'emergenza*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 2 (2015), pp. 18 ss.