

La regola dell'eccezione. La posta in gioco nella gestione dell'emergenza pandemica

di **Ciro Sbailò**

Abstract: The rule and the exception. What is at stake in ruling the pandemic emergency –This article supports the idea that the external and internal nature of the State of exception needs to be reconsidered in the light of the recent changes in the Western public space. Consequently a thorough legislation on the State of exception needs to be introduced. The Author believes that this issue can no longer be postponed, and he analyses how the pandemic crisis was managed by the Italian government in a comparative perspective. As is the case in other critical times in history, legal doctrine plays a key role.

Keywords: Basis of Legal System; Emergency Decree; Legal Decisionism; Pure Theory of Law; State of exception; Weimar Republic.

1. Crisi, occasione da non sprecare

Le grandi crisi sono occasioni da non sprecare, recita un vecchio adagio degli economisti. Se ciò vale per gli economisti, a maggior ragione vale per la dottrina costituzionale. Le grandi crisi portano alla luce i problemi originari dello iure, così come a volte gli eventi sismici portano alla luce le antiche testimonianze della civiltà. In particolare, per quel che riguarda l'Italia, la crisi ha riportato d'attualità un problema centrale della dottrina costituzionale del Novecento, vale a dire la ricostruzione dello stato di eccezione. La politica adottata dal Governo per affrontare la pandemia è stata, fin dalle prime settimane del concretarsi dell'emergenza, al centro di un vivace dibattito tra costituzionalisti, i quali, per un verso hanno denunciato le gravi criticità di natura costituzionale provocate dalle scelte governative, in particolare per quel che riguarda l'uso delle fonti, e, per l'altro, hanno posto in evidenza il carattere del tutto eccezionale della situazione, che ha costretto il decisore politico a fare un uso spregiudicato, ma non per questo illegittimo, degli strumenti giuridici disponibili.

La questione dell'introduzione di una disciplina dello stato d'eccezione è rimasta comprensibilmente sullo sfondo, poiché di fronte all'incendio l'imperativo è quello di spegnere le fiamme: il problema di una ristrutturazione dell'edificio con adeguati sistemi anti-incendio si dovrà porre successivamente. Scopo del seguente articolo è, ora, quello di offrire uno spunto di riflessione su tale questione, che a noi pare essere ineludibile.

2. Stato di eccezione e *status* del giuspubblicista

È necessaria una premessa di natura ermeneutica.

La discussione sull'eventuale regolamentazione dello stato di eccezione è, infatti, intimamente collegata a quella del ruolo del giurista nel sistema costituzionale. In una situazione eccezionale, la dottrina esercita un ruolo decisivo sia nell'orientare (o nel censurare) il decisore politico, sia nel preparare il terreno per riforme sistemiche successive alla crisi e all'eventuale "dealing with the past", con tutti i suoi risvolti politici e giudiziari che ciò di norma comporta. Si sta presentando, in questo senso, una situazione ricorrente nelle esperienze giuspubblicistiche dell'Europa continentale, se si pensa, a volersi limitare a soli due esempi tra i tanti possibili, alla crisi della II Repubblica francese o ai moti di Milano del 1898. Certamente, tra gli eventi sismici che hanno maggiormente interessato la scienza giuspubblicistica occidentale si colloca la crisi della Repubblica di Weimar, che resta, infatti, punto di riferimento imprescindibile per il giurista che voglia occuparsi dell'"eccezione" nel sistema delle fonti.

Senza voler qui ripercorre l'articolato e denso dibattito svoltosi in quella temperie sullo stato di eccezione e l'applicazione dell'articolo 48 della Costituzione, andiamo a rilevare come la polarizzazione tra la posizione di Carl Schmitt e quella di Hans Kelsen, all'interno della quale cresce gran parte del dibattito giuspubblicistico in parola,¹ comprende anche due diverse – opposte, ma forse complementari – rappresentazioni del ruolo della dottrina nello spazio pubblico, in relazione alla ricostruzione dello stato di eccezione. Se da una parte Carl Schmitt legge la crisi di Weimar come l'esaurirsi della possibilità di una ricostruzione discorsiva e secolare del fondamento dello spazio pubblico, ponendo in questo le basi della sua teologia politica, dall'altra, Hans Kelsen ribadisce l'unità dell'universo giuridico, il che porta a qualificare la posizione schmittiana come un'ibridazione politologico-giuridica. Tanto Kelsen che Schmitt portano a compimento la parabola filosofica della giuspubblicistica novecentesca relativa al tema del fondamento dello spazio pubblico, che finisce con il coincidere, in quegli anni, col problema dello stato d'eccezione. Ma lo fanno su versanti opposti: Kelsen, prendendo atto dell'impossibilità di una fondazione metafisica del diritto, e facendo kantianamente della consapevolezza di tale impossibilità la condizione di validità del diritto stesso; Schmitt, decidendo il fondamento proprio a partire dalla sua assenza, interpretando quest'ultima come una "chiamata", come una "colpa" da espiare nella "decisione" assunta dal giurista.² In entrambe le posizioni si coglie una dissoluzione del ruolo del giurista così come si era consolidato in quegli anni.

Il giuspubblicista emerso dall'evoluzione del diritto euro-continentale del XVIII secolo è un dotto, custode e interprete del rapporto tra la dimensione politica e quella giuridica, ovvero della giuridicità delle decisioni politiche e della

¹ Rimandiamo a C. Sbaìlò, *Weimar. Un laboratorio per il costituzionalismo europeo: scienza giuridica e crisi dei valori occidentali*, Troina, 257 e ss.

² Cfr.: C. Schmitt, *Il custode della Costituzione*, Milano, 1981, 71, 97, 225; T. Mommsen, *Max Weber e la politica tedesca*, Bologna, 1993, 568-69; H. Kelsen, *Chi dev'essere il custode della Costituzione?*, in Id., *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, 274-76, 249-50.

politicalità degli atti giuridici. Il giurista otto-novecentesco, specialmente quello tedesco, è, cioè, un intellettuale impegnato per l'armonizzazione o l'integrazione dei vari interessi sociali e delle varie istanze politiche, sotto la guida dello Stato-persona giuridica. Tale giurista entra nel merito delle questioni e decide di volta in volta fin dove il diritto formale possa o debba essere piegato alle esigenze del diritto sostanziale.³ Insomma, egli è un "tecnico", un esperto il cui parere non viene considerato come espressione di una posizione politica o di determinati interessi, bensì come espressione di una scienza oggettiva e definita. Una tale caratterizzazione del ruolo del giurista può essere considerata come una delle espressioni più emblematiche dello "Stato persona giuridica". Questo tipo di giurista somiglia molto, per certi aspetti, al teologo medievale, che presuppone l'esistenza del suo oggetto, facendo, dunque, della sua scienza una "scienza positiva".⁴ La dissoluzione di questo ruolo del giurista, come destinale conseguenza del "tramonto degli immutabili",⁵ è, come si diceva, ben presente sia a Kelsen sia a Schmitt. Ma in merito alle conseguenze da trarre da tale consapevolezza, essi facevano scelte antitetico, in particolare con riferimento al loro ruolo nella crisi della prima esperienza democratico-repubblicana tedesca.

Il primo vedeva nella de-costruzione del linguaggio "metafisico" dei giuristi la possibilità di salvare la scienza giuridica della "crisi delle scienze europee" e di mantenere in vita i fondamenti epistemologici per la costruzione futura dello Stato di diritto, non più su scala nazionale, ma globale. Il secondo scelse invece di calarsi nella situazione presente, allo scopo di salvaguardare il primato della "politica" sulla "tecnica", nell'orizzonte di una perenne lotta per il "contenimento" della presenza del male nella storia – un realismo e una volontà d'azione che lo portarono fatalmente a lasciarsi attrarre nell'orbita spirituale di ciò che originariamente si proponeva di combattere, vale a dire l'eversione nazista.

In entrambi i pensatori, il giurista è ormai uno scienziato nel senso non più medievale, ma moderno del termine, vale a dire un intellettuale consapevole dell'interattività della sua ricerca con l'"oggetto" studiato.

Nella prospettiva schmittiana, il giurista ha il compito di portare alla luce il (non) fondamento decisionale dello spazio pubblico: «Anche il caso di eccezione – afferma Schmitt – resta accessibile alla conoscenza giuridica, poiché entrambi gli elementi, la norma come la decisione, permangono nell'ambito del dato giuridico».

³ Sul ruolo dei "tecnici giuristi" cfr. M. Weber, *Economia e società*, Milano, 1980, vol. III., 168 e ss.

⁴ Il che non comporta la condanna della presupposizione in sé stessa, come atteggiamento necessariamente acritico. Cfr. K. Barth, *Anselmo d'Aosta. Fides quaerens intellectum*, a cura di M. Vergottini, 2001

⁵ Intendiamo l'espressione nel significato ad essa attribuito da Emanuele Severino (v., tra gli altri, E. Severino, *Destino della necessità. Κατὰ τὸ χρεών*, Milano, 1980 ed E. Severino, *Il tramonto della politica. Considerazioni sul futuro del mondo*, Milano, 2017). Cfr. C. Sbailò, *Comparazione giuridica e destino del costituzionalismo. Perché i giuristi devono studiare Emanuele Severino*, in: (a cura di) G. Goggi, I. Testoni, *All'alba dell'eternità. I primi 60 anni de 'La struttura originaria'*, Padova, 2018; C. Sbailò, *Nichilismo giuridico e responsabilità del giurista: comprendere la crisi del diritto attraverso Emanuele Severino* in: I. Testoni, G. Goggi (a cura di), *Heidegger nel pensiero di Severino: metafisica, religione, politica, economia, arte, tecnica*, Padova, 2019.

La conoscenza giuridica mostra il fondamento violento del potere. Il presupposto della norma è il “caos”, nel senso che il caos può essere pensato senza la norma, ma la norma non può essere pensata senza il caos.⁶ Il giurista accede anche alla conoscenza del caos, ovvero accede alla conoscenza di ciò che precede la decisione che crea la norma, nel senso che egli mostra come a fondamento della norma vi sia una decisione. L’atto da cui nasce il diritto – la decisione che pone la norma – è esso stesso un atto giuridico, poiché in esso si determina *chi* decide. Il giurista è il custode della memoria del caos, ovvero del “peccato originale” da cui nasce la politicità umana.⁷ Il giurista definisce dunque l’ambito di determinazione del politico, ovvero apre lo spazio semantico della “legittimità” della decisione, attraverso il richiamo all’“evidenza” della presenza del male nel mondo.⁸ Carl Schmitt, attraverso il riferimento esemplificativo alle leggi francesi dell’8 luglio 1791 e del 27 agosto del 1797, fa emergere lo stato di eccezione come ciò che si pone al di là della normalità prevista dall’ordinamento. In esso si decide anche che cosa sia la normalità dell’ordinamento.

Il modello kelseniano è, invece, quello della prestazione filosofica kantiana, che lui rielabora attraverso il contributo della scuola di Marburgo. Non ci pare privo di significato il fatto che il confronto con la tradizione mosaica – con il «Dio d’Abramo, d’Isacco e di Giacobbe» – sia uno dei nodi fondamentali che Hans Kelsen deve sciogliere nell’elaborazione della sua dottrina pura del diritto, in particolare laddove si trattava di smontare le ipostatizzazioni concettuali del diritto stesso, portandone alla luce la natura *linguistico - convenzionale*, come, ad esempio, il concetto di “stato” o la distinzione tra norme “primarie” e norme “secondarie”. In quegli anni, Hans Kelsen si confronta, costantemente, con il tema del rapporto tra *Nomos* e *Torah*, ovvero con l’elaborazione del tema del “Fondamento” svolto nell’ambito della scuola di Marburgo, punto centrale di riferimento della cultura ebraica del Novecento. Attingendo ai lavori della scuola, Kelsen, utilizza la definizione della “natura della norma” per superare tutti gli “antropomorfismi” del diritto, ovvero tutte quelle distinzioni e contrapposizioni, quelle gradazioni e gerarchizzazioni, escogitate dagli “uomini a doppia testa” – come si legge nella teoria dell’*Uno* eleatico – per rendere maggiormente “visibile” il diritto stesso.⁹ Dal punto di vista di Kelsen, il giurista è colui che innanzitutto

⁶ Cfr.: C. Schmitt, *Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität*, 1934, tr. in: C. Schmitt, *Le categorie...*, cit., 39 e ss.

⁷ Cfr. C. Schmitt, *Politische Theologie...*, cit., 58-61

⁸ Sul rapporto tra Schmitt e teologia paolina, cfr.: J. Taubes, *Die Politische Theologie des Paulus*, 1993, tr. it. *La teologia politica di San Paolo*, Milano, 1997, 119 e ss., 177 e ss., 228 e ss..

⁹ *Parmenides*, in H. Diels, *Die Fragmente der Vorsokratiker* (elfte Auflage herausgegeben von W. Kranz), Zürich-Berlin, 1964 (d’ora in avanti *DK*), B 28 VI. Cfr.: G. Reale, *Introduzione a Parmenide, Sulla natura*, a c. di G. Reale, Milano, 1998, 13-36; G. Colli, *La natura ama nascondersi* [1948], a c. di E. Colli, Milano, 1998, 165 e ss.; H. Schwebb, *Sein und Doxa bei Parmenides*, in *Wiener Studien*, 66 (1953), 50-57; E. Zeller – R. Mondolfo, *La filosofia dei Greci nel suo sviluppo storico*, parte prima, vol. III, *Eleati*, Firenze, 1967. In particolare, sull’importanza degli studi su Parmenide nell’ambito dell’analitica antiantropomorfa del neokantismo, anche per quel che riguarda il diritto, cfr.: A. Capizzi, *Introduzione a Parmenide* [1975], Roma - Bari, 1995, 99 e ss.; K. Reinhardt, *Parmenides und die Geschichte der griechen Philosophie* [1916], Frankfurt am Main, Klosterman, 1985.

conosce l'infondatezza ontologica del diritto, e che anzi si prende cura di essa, la custodisce, contro ogni tentativo di superarla, poiché, paradossalmente, solo coltivando tale infondatezza, il diritto può essere preservato dal dissolvimento dentro l'empiria. Qualsiasi fondamento sarebbe una condanna del diritto a quella dissoluzione, poiché non esiste fondamento che non sia destinato – *in quanto* fondamento – a dissolversi.¹⁰ La Norma fondamentale è un paradigma, nel senso della filosofia kantiana del “limite come Fondamento”. Kelsen denuncia, dunque, la natura “ideologica” del dualismo tra diritto soggettivo e diritto oggettivo, che altro non è che una particolare forma di giusnaturalismo. Il compito del giurista puro – dello scienziato – è per l'appunto quello di portare alla luce tale natura ideologica.¹¹

¹² Per questo, non si può, con argomenti giuridici contestare la tesi anarchica, la quale vede nel diritto esclusivamente la “forza”. «Perché il dominio non deve essere esercitato? Ed esercitato senza limiti? Forse perché finisce col violare i diritti dell'uomo? Ma quale conoscenza è ormai in grado di mostrare i veri diritti e di stabilire il vero limite che divide il diritto dalla stortura dell'uomo?» si chiede Emanuele Severino, dove mostra la forma che la crisi del fondamento assume nell'ambito del neopositivismo logico e del Circolo di Vienna (E. Severino, *Legge e caso*, Milano, Adelphi 1980, 13). Quella contestazione può essere mossa solo dalla sociologia o dalla scienza politica, mai dal diritto: «La possibilità della validità di un ordinamento che sovrasti il diritto positivo rimane per essa [la dottrina pura del diritto, *ndā*] fuori questione» (H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* [1934, 1952], ed. it. a cura di R. Treves, Torino, 1999, 76). Cfr. H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1994, 8-13, 289 e ss.; N. Bobbio, *Le fonti del diritto in Kelsen*, in *Diritto e potere*, Napoli, 1992. La descrizione kelseniana del diritto si trasforma, in maniera del tutto naturale, in una riflessione sulle origini delle ipostatizzazioni concettuali delle convenzioni linguistiche. Così, Kelsen supera il dualismo tra diritto “oggettivo” e diritto “soggettivo”, e dunque tra Stato e diritto, tra pubblico e privato, eccetera. Parlare di diritto, infatti, significa parlare di un “sistema di norme positive”. L'attribuzione di un cd “diritto soggettivo” avviene necessariamente nell'ambito di queste norme. E dunque il cd “diritto soggettivo” non può vantare – dal punto di vista della scienza giuridica – alcuna originarietà: «Nessuno può attribuire diritti a se stesso» (H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., 80).

¹³ Cfr. H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 100 e 195. «Il postulato dell'unità della conoscenza vale senza limiti anche per il piano normativo e trova qui la sua espressione nell'unità ed esclusività del sistema di norme presupposto valido, ovvero, il che è lo stesso, nella necessaria unità del punto di vista della considerazione, valutazione e interpretazione» H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1989, 154-155. Per una rigorosa ricostruzione del monismo kelseniano, in termini “spinoziani”, si v. V. Frosini, *Saggi su Kelsen e Capograssi*, Milano, Giuffrè, 1998 (in particolare, il saggio *Kelsen e le interpretazioni della sovranità*, pubblicato, poi, anche in A. Carrino [a cura di], *Kelsen e il problema della sovranità*, ult. cit.). V., inoltre, la raccolta di saggi curata da A. Carrino, *Kelsen e il problema della sovranità*, Napoli, 1990. In particolare, per quel che riguarda la rielaborazione kelseniana dell'epistemologia neokantiana, cfr. H. Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1986, 56-90; S. L. Paulson (a cura di), H. Kelsen e F. Sander, *Die Rolle des Neukantianismus in der Reinen Rechtslehre: eine Debatte zwischen Sander und Kelsen*, Aalen, Scientia Verlag, 1988; A. Carrino, “Presentazione” in H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, cit.; E. Kaufmann, *Critica della filosofia neokantiana del diritto*, (a cura di) A. Carrino, Napoli, 1992. In merito alle letture kelseniane nell'ambito del dibattito giuridico islamico, cfr. S. E. Abdel-Wahab, *Meaning and Structure of Law in Islam*, Vanderbilt Law Review, Vol. 16, Issue 1 (December 1962), 115-130; A. L. Khan, *Advocacy under Islam and Common law*, in *San Diego Law Review*, Vol. 45, Issue 2 (May-June 2008), 547-608; E. Afsah, *Contested Universalities of International Law. Islam's Struggle with Modernity*, in *Journal of the History of International Law*, Vol. 10, Issue 2 (2008), 259-308.

Lo “smascheramento” di Kelsen ci mostra che il diritto è una *pura tecnica*, del tutto neutrale rispetto a qualsiasi finalità sociale o politica. E tale *ostensione* è possibile solo attraverso una critica della concezione metafisica del diritto. Kelsen vuole difendere il diritto dal *divenire*, neutralizzandone qualsiasi implicazione di carattere metafisico. Per questo, egli attacca quella che ritiene la forma e la destinazione di ogni processo di ipostatizzazione concettuale, vale a dire la categoria del *soggetto*, ovvero, per esprimersi con linguaggio giuridico, della “persona”, intesa, per l'appunto, come “soggetto” nel senso sostanzialistico dell'espressione: «Persona è soltanto un'espressione unitaria e personificante di un gruppo di obbligazioni giuridiche, cioè di un complesso di norme». ¹² L'identificazione tra persona fisica e persona giuridica equivale alla dissoluzione del concetto stesso di persona. L'uomo non appartiene alla comunità giuridica come un tutto, ma solo per suoi determinati atti: «Obblighi e diritti di una persona giuridica sono quindi sempre e soltanto obblighi e diritti di individui singoli, in quanto obblighi e diritti concernenti la condotta umana. Gli individui singoli non hanno però questi obblighi e questi diritti nella forma comune, cioè individuale, ma in forma collettiva» ¹³. L'antinomia tra “individuo” e “società” ha, dunque, un significato “ideologico”, che si radica nella *Weltanschauung* dell'individualismo liberale. La scienza giuridica prende in considerazione l'individuo esclusivamente in quanto “punto di imputazione”. Di qui il carattere *assolutamente unitario* del diritto. Nell'universo giuridico non c'è posto per ciò che non è diritto, e non c'è posto per più “diritti”, così come non c'è posto per più “dèi”. ¹⁴ D'altra parte, la stessa *Grundnorm* non va ipostatizzata, e cioè trattata alla stregua di una “cosa”, come fosse un prodotto della *τέχνη*. Essa è un principio nel senso di *ἀρχή*, e dunque non ha *esistenza* nel senso proprio del termine (non è descrivibile). La *Grundnorm* è «soltanto l'espressione del presupposto

¹² H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., 87. È utile qui richiamare l'ascendenza humeana - kantiana della critica kelseniana all'ipostatizzazione dell'“io”, nel senso che Kelsen riprende il filo del ragionamento di Kant, ma con la preoccupazione, che lo accomunava al neo-empirismo logico, di non aprire le porte a forme di sostanzializzazione dell'“io” (cfr. D. Hume, *Trattato sulla natura umana* [1739], parte IV, sez. VI, 1, ed. it. (a cura di) E. Lecaldano, Roma - Bari, 1982, 263 e ss.; I. Kant, *Critica della regione pura* [1781, 1787] I, *Log. Tr.*, II, Lib. II, 1, ed. it. (a cura di) G. Colli, Milano, 1976, 397-405). Sulle conseguenze di questa impostazione in termini di filosofia politica, cfr. D. Zolo, *Kelsen: la pace internazionale attraverso il diritto internazionale*, in *Jura Gentium*, III, 2007, 1, www.juragentium.unifi. Per quel che riguarda le interpretazioni sostanzialistiche del “soggetto” – tematica di origine heideggeriana (cfr. M. Heidegger, *Nietzsche* [1961], a cura di F. Volpi, Milano, 1994), il richiamo va all'opera di Gianni Vattimo negli Anni Ottanta. Cfr. *Le avventure della differenza*, Milano, 1980; *Al di là del soggetto*, Milano, 1981. V. anche J. Derrida-G. Vattimo (a cura di), *Annuario Filosofico Europeo. Diritto, giustizia e interpretazione*, Roma-Bari, 1998.

¹³ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., 90.

¹⁴ Il «non essere» non può essere “detto” né “pensato” (*Parmenides*, *DK*, B28, VIII). V. analisi kelseniana del «raddoppio dell'oggetto della conoscenza nella sfera dei valori» e sul «dualismo» in H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello stato*, cit., 426 e ss. Per quanto riguarda la questione dell'unità eleatica, appare significativo questo passo: «Una pluralità di norme forma un'unità, un sistema, un ordinamento quando la sua solidità può essere ricondotta a un'unica norma come fondamento ultimo di questa validità. Questa norma fondamentale, come fonte comune, costituisce l'unità della pluralità di tutte le norme che formano un ordinamento» (H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., 95; cfr. H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 3).

necessario per comprendere positivamente il materiale giuridico»¹⁵. Con essa si rilevano, «attraverso l'analisi dei procedimenti effettivi, le condizioni logico - trascendentali del metodo, sinora usato, della conoscenza giuridico - positiva». Il medesimo carattere “formale” è proprio del concetto di “pura applicazione” della norma – concetto che si trova all'inizio della gerarchia, all'estremo opposto della “norma fondamentale”. In Kelsen si dissolve la distinzione tra “norma” e “applicazione della norma”. La “sentenza” altro non è che una “norma individuale”. L'atto esecutivo è una “pura applicazione”. Ma esiste – da un punto di vista rigorosamente giuridico – una “pura applicazione”? Ovvero, il linguaggio della dottrina pura del diritto può descrivere qualcosa come un “atto esecutivo”? No. All'interno del linguaggio della dottrina pura del diritto, lo stesso atto esecutivo si risolve in una serie di concatenazioni di norme. L'atto esecutivo è esso stesso *espressione di un presupposto necessario*.

In entrambe le prospettive, emerge la caratterizzazione del discorso giuridico come discorso apofantico, ovvero “a somma zero”, nel senso che il giurista non si limita a manifestare uno stato d'animo o a esprimere un giudizio – ad esempio, lamentando violazioni dei diritti – ma colloca l'evidenziazione del vulnus dentro una possibile ricostruzione dello iure positivo in cui il vulnus stesso risulti colmato. La posizione del giurista è essa stessa un fatto giuridico, che ha conseguenze politiche, in senso lato.

3. La gestione dell'emergenza da parte del Governo Conte

La lunga premessa ermeneutica era necessaria per mettere a fuoco l'oggetto della presente prestazione giuridica: l'evidenziazione delle criticità sistemiche emerse durante la crisi assume concretezza solo ove al suo interno si prospetti una chiusura del ragionamento con una ricostruzione del contesto ordinamentale in cui quelle criticità risultino risolte. Semplificando (con qualche forzatura), può dirsi che la critica dei provvedimenti adottati dal governo risulta legittima sotto il profilo giuridico – ovvero, scientifica – nella misura in cui contiene indicazioni circa possibili alternative e soluzioni di tipo sistemico.

Occorre, infatti, in via preliminare considerare che al Governo spetta il compito di salvaguardare la salute e la sicurezza dei cittadini. Si tratta di un dovere primario, che non richiede alcuna formalizzazione né esplicitazione, essendo una delle ragioni d'essere dell'ordinamento politico. Infatti, tanto l'inerzia del Governo quanto, peggio ancora, l'adozione di decisioni non adeguatamente supportate da procedure di verifica e di controllo che, pur non assicurandone l'efficacia o la validità ne garantiscano la legittimità e la trasparenza, possono integrare, come è noto, illeciti di natura penale. C'è anzi da dire che l'iperattivismo giudiziario su tale fronte, nell'ultimo decennio, in Italia ha provocato un ampliamento dell'area di responsabilità penale delle condotte dell'esecutivo, fin quasi a coprire l'efficacia delle decisioni prese. Ci sarebbe qui da aprire un dibattito sulle ragioni di questa

¹⁵ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., 99; cfr. H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 112-117.

estensione, che sicuramente è suscettibile di vulnerare il principio della divisione dei poteri. Ma essa va anche considerata alla luce della perdurante difficoltà, in Italia, a far valere il principio di accountability per via politica, come dimostra il carattere episodico di dimissioni da cariche pubbliche determinate da decisioni rivelatisi inefficaci.

Non è questo, però, il luogo per una tale disamina.

La tesi che qui si vuole sostenere può essere così sintetizzata: i vulnera nel sistema delle garanzie sono il risultato dell'assenza nel nostro sistema costituzionale di una disciplina organica e coerente dello stato di eccezione; alla dottrina – in primo luogo, e solo successivamente al Legislatore – spetta il compito di porre i presupposti teorici della soluzione del problema.

Prendiamo, dunque, in esame la successione delle decisioni adottate dal governo.

A ridosso della dichiarazione dello stato di emergenza internazionale di salute pubblica (PHEIC) dell'Organizzazione mondiale della sanità, il governo, il 31 gennaio 2020, instaura lo stato di emergenza, ai sensi della legge sulla protezione civile (art. 7, comma 1, lettera c, e 24, comma 1, del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1). La dichiarazione dello stato di emergenza è finalizzata a velocizzare i processi decisionali di natura amministrativa correlati al reperimento delle risorse umane e materiali per la gestione dell'emergenza. Di norma, nell'esperienza italiana, lo stato di emergenza viene confermato allo scadere dei sei mesi previsti per la vigenza della sua prima attivazione. Ciò è puntualmente accaduto, con la differenza che il Governo questa volta ha affrontato un confronto parlamentare sul punto, il 29 luglio 2020. La dichiarazione dello stato di emergenza non può incidere, per propria natura, sul sistema delle fonti, atteso che la sua operatività resta confinata nell'ambito amministrativo. Per questo non è prevista una specifica interlocuzione tra Esecutivo e Legislativo in merito alla sua attuazione: eventuali abusi da parte del governo risultano intercettabili per via giurisdizionale. Tuttavia, il "passaggio parlamentare", come è stato definito, s'è reso necessario per una situazione di fatto rivelatasi di grande criticità, per l'oggettiva compressione di alcuni diritti fondamentali e per alcune gravi distorsioni determinatesi nell'equilibrio tra i poteri.

Dopo la delibera sullo stato di emergenza, con il decreto legge del 23 febbraio 2020, n. 6, successivamente convertito in legge 5 marzo 2020, n. 13, è stata posta la base giuridica formale per le successive limitazioni, attraverso il discusso strumento dei Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri - DPCM, di libertà fondamentali per le quali è prevista riserva di legge. Nel dettaglio, il d. l. delinea le cosiddette "zone rosse", circoscrivendo l'ambito territoriale della sospensione di alcuni diritti. Ma poi l'area viene estesa, attraverso i decreti del Governo. Inoltre, si autorizza il governo ad 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». Si tratta di una disposizione palesemente generica, che solleva dubbi in merito al rispetto del principio di tassatività. Tuttavia, considerata la situazione, può essere giudicata

priva di alternative. Ovviamente, il presupposto della nostra posizione è nella non condivisione della tesi secondo cui il decreto legge sarebbe non una fonte atto, bensì una fonte fatto di diritto scritto, ovvero un atto di per sé illegittimo, perché nato extra ordine, in deroga alla riserva della potestà legislativa del Parlamento. A nostro avviso tale critica riflette l'adozione di categorie giuridiche spazio-temporali precritiche, nel senso di prekantiane, ovvero ferme a una rappresentazione oggettivistica e assoluta della dimensione temporale, oggi, peraltro, sempre meno utilizzabile, sia sotto il profilo giuridico sia sotto il profilo sociale. Il decreto legge può essere, infatti, ricostruito come anticipazione di un'ipotesi di delega legislativa che, ove non verificata entro coordinate spazio-temporali determinate, perde di validità. La previsione tassativa della scadenza dei 60 giorni, in coordinamento con il divieto di reiterazione più volte ribadito dalla Corte costituzionale, soddisfa questa condizione. Quindi, in questo senso, il decreto legge è una fonte atto a tutti gli effetti. Noi proponiamo qui di definirla – il motivo di tale proposta sarà chiaro in seguito – una delegazione di autorità che si sviluppa in chiave diacronica, supportata da adeguati contrappesi, anch'essi diacronicamente configurati. Ad esempio, la mancata conferma del decreto comporta la decadenza degli atti emanati in forza di esso, salvo che non vi sia altra fonte di riferimento, con effetto retroattivo. Diciamo che il Governo ha utilizzato questa "elasticità spazio-temporale" ai limiti della rottura dell'ordinamento. E aggiungiamo, anticipando qui il discorso conclusivo, che tale spregiudicatezza risulta essere stata in gran parte necessaria, a pena della colpevole rinuncia da parte dell'esecutivo a esercitare le proprie prerogative.

C'è da porsi, a questo punto, tre domande.

La prima riguarda il rispetto del principio di proporzionalità. In altri termini: le disposizioni di cui sopra erano idonee, simultaneamente, a conseguire l'obiettivo e a soddisfare i requisiti di necessità e urgenza? Attenzione, non si fa, qui, riferimento all'efficacia e alla validità delle misure adottate. La valutazione, da questo punto di vista, ha carattere essenzialmente politico, pur se, come detto, oggi la giurisdizione spinge per una giuridicizzazione dei suddetti criteri. Qui si fa riferimento all'"idoneità", vale a dire alla ragionevole aspettativa che le misure potessero rivelarsi efficaci e valide. La ragionevolezza dell'aspettativa non dipende da fattori politici, ma da elementi indipendenti dalla volontà politica, quali, ad esempio, la presa di posizione di esperti e scienziati di riconosciuta fama o organismi indipendenti internazionali di riconosciuta autorevolezza. Da questo punto di vista, la dichiarazione dello stato di pandemia da parte dell'OMS rende plausibile la tesi circa l'idoneità del lockdown a garantire un freno un'espansione della pandemia tale da provocare il collasso del sistema sanitario nazionale. Non entriamo, qui, nel merito del rapporto tra il Governo, che ha la responsabilità della decisione, e i tecnici consultati dallo stesso esecutivo, presumibilmente con maggiori conoscenze rispetto ai membri del governo, ma anche con minore responsabilità sia politica sia penale. Osserviamo solo che l'espansione della tecnica dentro l'ambito della decisione politica è un fenomeno fisiologico nelle situazioni inedite e di grande complessità, nelle quali la valutazione dell'"idoneità" o meno di

determinate misure al conseguimento di un dato scopo non può essere effettuata sulla base di situazioni precedenti o analoghe. Peraltro, la decisione di dare un peso notevole ai tecnici s'è rivelata, in fondo, una decisione politicamente orientata, in quanto caratterizzata dalla scelta di porre al primo posto nella scala dei valori di orientamento dell'Esecutivo la tutela della salute dei cittadini. Non si trattava di una scelta ovvia. Altri Esecutivi, almeno in una prima fase, come quello del Regno Unito o degli Stati Uniti d'America, hanno fatto scelte diverse, privilegiando il mantenimento di un livello accettabile di performance economica e sociale del sistema Paese. In quanto scelta politica, essa è sicuramente discutibile. Dubitiamo fortemente che possa essere considerata anche illegittima. Ciò precisato, ci limitiamo, qui, invece a porre in risalto l'idoneità – ripetiamo: cosa ben diversa dell'efficacia o dalla validità – delle misure adottate.

La seconda domanda è: quanti e quali sono i diritti fondamentali *de facto* vulnerati dalle misure adottate dal governo? L'avverbio è importante, in quanto le scelte fatte dall'Esecutivo ci paiono comunque non censurabili sotto il profilo della legalità costituzionale.

Il caso più appariscente è quello della libertà di movimento, ovvero di circolazione e di soggiorno (art. 16 Cost.). Qui abbiamo una riserva di legge rinforzata in quanto si prevede la possibilità di stabilire i limiti alla libertà di circolazione e soggiorno, a tutela della salute e della sicurezza della popolazione soltanto «con legge», «in via generale» e «per motivi di sanità o di sicurezza». A scanso di equivoci, il Legislatore costituzionale, nel contesto della revisione del Titolo V della Costituzione, ha voluto ribadire il carattere assoluto e inderogabile di questa libertà, specificando che è fatto divieto alle Regioni di ostacolare in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone tra i rispettivi territori (art. 120 Cost.). Tale limitazione è stata inflitta sulla base di una fonte primaria, nel rispetto del principio della riserva di cui sopra. La misura si può definire idonea ai fini del contenimento della pandemia.

La limitazione della libertà di circolazione e di soggiorno non è stata però inflitta erga omnes e in maniera uniforme, ma è stata modulata per categorie di persone. D.l. n. 6 del 23 febbraio 2020 prevede, infatti, per tutti una parziale limitazione, circoscritta sulla base di variabili relative al raggio di spostamento e alle ragioni dello stesso. Mentre prevede per una determinata categoria di persone il divieto assoluto di mobilità dalla propria abitazione o dimora, qualora si tratti, cioè, di soggetti sottoposti alla misura della quarantena ovvero di soggetti risultati positivi al virus.

Ora, il problema della discriminazione, ovvero della violazione del principio di ragionevolezza di cui all'art. 13 Cost. non si pone, in quanto assorbito dal criterio dell'idoneità di cui sopra. Se in assoluto il lockdown viene ritenuto idoneo per contrastare la pandemia, limitando il più possibile i contatti tra le persone, esso dovrà essere tanto più severo quanto più alto è il rischio di contaminazione. Ciò giustifica un trattamento diversificato tra chi è sospetto di essere stato infettato e chi non lo è. Peraltro, la legittimità della discriminazione salta all'occhio ove si inverte la prospettiva, guardandola dal punto di vista di un possibile lockdown

totale per tutti: si vede, dunque, come la discriminazione può essere letta come la scelta di attenuare tale regime per le categorie di persone per le quali esso non sia considerato strettamente necessario.

Se per quanti sono sottoposti al lockdown totale non si pone il problema della discriminazione, si pone però quello della violazione della libertà personale, di cui all'art. 13 Cost. Nella nostra Costituzione, la libertà personale è intesa, secondo la tradizione anglosassone, come libertà da qualunque tipo di costrizione e da qualunque impedimento o limitazione di movimenti e azioni. Essa è il fondamento della libertà di circolazione nonché del divieto di circolazione della corrispondenza o del domicilio. In un certo senso, tutte le libertà relative alla persona sono ricostruibili come espansioni o specificazioni della libertà personale. Per questo, si prevedono, oltre alla riserva di legge, la riserva di giurisdizione, con l'obbligo di motivazione dei provvedimenti restrittivi. La sola richiesta di motivare il fatto che si esca di casa è già lesiva di questa libertà, ne inibisce il godimento.

Strettamente legata *all'habeas corpus* sono la libertà di riunione e il diritto di associazione, di cui, rispettivamente, agli articoli 17 e 18 Cost. La prima può essere limitata la libertà «per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica». In base ai provvedimenti del governo, si poteva uscire di casa per «comprovate esigenze lavorative», «situazioni di necessità» o «motivi di salute». La condizione posta dalla Costituzione, alla luce degli sviluppi della crisi pandemica, risulta soddisfatta. La limitazione del diritto di associazione è una conseguenza pressoché inevitabile della limitazione della libertà di riunione. Non si può concretamente esercitare la libertà di associazione senza la libertà di riunione o di movimento. L'art. 1 del dpcm 8 marzo 2020 comporta una serie di misure impattanti negli ambiti scolastico, culturale, ludico-sportivo, religioso e sanitario essendo vietata qualsiasi forma di assembramento. Ci sono attività che non possono svolgersi via web, il che rende impossibile agli associati perseguire le finalità dell'associazione stessa.

In questo senso, un carattere drammaticamente emblematico ha assunto la misura di divieto delle funzioni religiose. Qui entra in gioco anche l'art. 19 della Costituzione («Tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume»), che va letto in combinazione con gli artt. 8 e 20 Cost., per quel che riguarda la Chiesa cattolica, in combinazione con l'art. 7 Cost. La questione riguarda in generale tutte le religioni, con una particolare penalizzazione di quelle che fanno proselitismo porta a porta, la cui attività viene espressamente vietata in uno dei provvedimenti adottati dal governo. La questione, poi, riguarda in maniera speciale la Chiesa cattolica, cui la Costituzione riserva un trattamento speciale, in forza dell'evoluzione storica dei rapporti tra lo Stato italiano e la Chiesa (art. 7 e secondo comma art. 8). In base all'art. 7 «Lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani». Il principio viene ripetuto al primo art. del Concordato, dove si specifica all'art. 2: «La Repubblica italiana riconosce alla Chiesa cattolica la piena libertà di svolgere la sua missione pastorale,

educativa e caritativa, di evangelizzazione e di santificazione. In particolare è assicurata alla Chiesa la libertà di organizzazione, di pubblico esercizio del culto, di esercizio del magistero e del ministero spirituale nonché della giurisdizione in materia ecclesiastica». Ora, il divieto di celebrazione eucaristica cozza direttamente contro questi principi. L'amministrazione dell'Eucaristia non è una delle componenti della celebrazione cattolica, ma costituisce il senso della celebrazione e la ragion d'essere stessa della Chiesa. Non c'è culto cattolico senza eucaristia. Non c'è Chiesa senza eucaristia. Vietare a un cattolico di celebrare l'eucaristia equivale a vietare a un musulmano di recitare il Corano. È significativo, a tale riguardo, il fatto che il Consiglio di Stato francese abbia ordinato al governo di revocare il divieto generale e assoluto di riunirsi nei luoghi di culto,¹⁶ ingiungendogli di adottare al suo posto misure strettamente proporzionate ai rischi per la salute. Il giudice francese ricorda che la libertà di culto, che è una libertà fondamentale, include anche tra le sue componenti essenziali il diritto di partecipare collettivamente alle cerimonie, in particolare in luoghi di culto. La tutela di questo diritto deve tuttavia essere conciliata con il valore costituzionale della protezione della salute. Rilevando come nello stesso decreto il Governo ritenga tollerabili le riunioni con meno di dieci persone in locali aperti al pubblico, il giudice rileva come siano possibili misure di vigilanza meno rigorose rispetto al divieto di tutte le riunioni nei luoghi di culto previste dal decreto dell'11 maggio 2020. Il giudice ritiene pertanto che il divieto generale e assoluto sia sproporzionato rispetto all'obiettivo di preservare la salute pubblica e costituisca quindi, vista la natura essenziale di questa componente della libertà di culto, un'interferenza grave e manifestamente illecita a quest'ultimo. Di conseguenza, invita il Primo Ministro a modificare, entro otto giorni, il decreto dell'11 maggio 2020 adottando misure rigorosamente proporzionate ai rischi per la salute e appropriate alle circostanze di tempo e luogo applicabili all'inizio del "deconfinamento". Si potrebbe continuare: la sospensione delle attività lavorative-educative nelle carceri, con conseguente vulnus del principio della rieducazione di cui all'art. 27, i diritti educativi e culturali, di cui agli art. 33 e 34, o a quelli di libera iniziativa economica, di cui all'art. 41.

Infine, c'è una terza domanda, meno drammatica nel contenuto, ma non meno rilevante per la dottrina: quanto ha funzionato il Titolo V della Costituzione?

La risposta qui è alquanto semplice: ha funzionato poco e male. L'emergenza pandemica è stata una sorta di stress-test per la riforma del 2001, le cui crepe, già individuate in dottrina e giurisprudenza nel corso degli anni, si sono allargate al punto da provocare uno sconquasso nel sistema dei pubblici poteri. L'assenza di una clausola di supremazia, da far valere in situazioni di emergenza, ha favorito un'interpretazione estensiva delle competenze delle regioni in materia sanitaria,

¹⁶ Il decreto n. 2020-548 emesso l'11 maggio 2020 dal Primo Ministro ha definito le misure generali necessarie per far fronte all'epidemia di covid-19 nel contesto dello stato di emergenza sanitaria. III del suo articolo 10 prevede che, come durante il periodo di confino, è vietato qualsiasi raduno o riunione all'interno degli istituti di culto, ad eccezione delle cerimonie funebri, che sono limitate a venti persone.

tanto da coprire, oltre alla sfera amministrativa e organizzativa, di espressa competenza regionale, anche quella del diritto alla salute e di altri diritti fondamentali, normalmente rientranti nella competenza statale. Emblematico, al riguardo, il fatto che siano state adottate o rimaste in vigore ordinanze regionali per la gestione dell'emergenza pandemica, anche dopo l'emanazione dei DPCM, che invece, in base al sistema delle fonti e anche per espressa previsione di norma primaria (v. art. 3 co. 2 d.l. 6/2020) avrebbe dovuto essere "sovrascritti" alle ordinanze stesse. Ne ha risentito non solo la coerenza nazionale della gestione dell'emergenza, di per sé fonte di problemi organizzativi e di spreco di risorse, ma anche, di riflesso, l'uniformità della tutela dei diritti fondamentali su scala nazionale.¹⁷

Tornando al punto centrale del nostro ragionamento, diciamo che la discussione resta aperta sull'opportunità politica e sull'utilità pratica dei provvedimenti adottati dal governo. Ma non ci sono gli estremi per dire che ci siano stati atti costituzionalmente illegittimi (mentre invece, a nostro avviso, ce ne sono, come fugacemente sopra accennato, in merito alle ordinanze regionali, ma non è questo l'oggetto del presente articolo). Tuttavia, è innegabile come gli atti compiuti dal Governo possano essere suscettibili di produrre vulnera nel sistema delle garanzie. Ed è qui il nocciolo del problema su cui si intende richiamare l'attenzione. Se un atto necessario e formalmente legittimo è suscettibile di creare detti vulnera, occorre chiedersi: «Cosa dice questo alla dottrina in termini di ricostruzione del sistema, ovvero in termini di riforme?»

Il governo dispone di un solo strumento previsto dalla Costituzione: il decreto-legge. Escludiamo la dichiarazione dello Stato di guerra, in quanto qui si prevede in maniera inequivocabile il riferimento al nemico esterno: la sua estensione a situazioni politicamente neutre, come accadde con lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio del 1908, ci pare improponibile. Sul decreto legge, in parte, ci siamo già espressi. Qui va aggiunto che, per quanto legittimo, si tratta di uno strumento poco idoneo alla gestione delle emergenze, in quanto offre una base instabile ai provvedimenti da adottare e, al tempo stesso, non prevede adeguati contrappesi all'aumento del potere dell'Esecutivo. La base è instabile in quanto la possibilità di una caducazione a sessanta giorni dalla sua emanazione, da un lato lascia mano libera al governo per un periodo troppo lungo e, dall'altro, può riverberarsi negativamente sull'applicazione delle disposizioni in esso contenute. Esso, inoltre, non contiene adeguati contrappesi al rafforzamento dell'Esecutivo per la stessa ragione, non essendo prevista un'interlocuzione costante – come sarebbe necessario – tra esecutivo e Legislativo. Infine, si tratta di uno strumento che ha subito un processo di grave deterioramento nel tempo. Non staremo qui ovviamente a ripetere la storia degli abusi della decretazione d'urgenza in Italia. È stata utilizzato per combattere la mafia, ma anche per rispondere a ondate emotive della pubblica opinione o semplicemente per ragioni

¹⁷ Cfr. A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, www.rivistaaic.it; C. Pinelli, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Astrid Rassegna*, 316 (5/2020), www.astrid-online.it

elettoralistiche e propagandistiche. Col tempo, è diventata uno strumento di espansione incontrollata dell'attività legislativa del Governo, a discapito del Parlamento. Farne ora anche uno strumento per la gestione delle emergenze non appare opportuno. Lo dimostra esattamente la gestione dell'emergenza pandemica: il governo non aveva scelta se non ricorrere alla combinazione tra decretazione d'urgenza e provvedimenti amministrativi; ma proprio per questo, s'è sviluppata una grave crisi istituzionale, che ha intaccato, in particolare, l'equilibrio tra i poteri dello Stato e tra gli enti territoriali che compongono la Repubblica.

Una trattazione isolata merita a nostro avviso la questione, esplosa nella primavera del 2020, dell'organizzazione dei lavori parlamentari, in un contesto sanitario caratterizzato da una veloce espansione dell'epidemia e dalla necessità di garantire il distanziamento sociale in tutte le situazioni, ivi compresi i lavori parlamentari. La lunga assenza del Parlamento nei primi mesi crisi provocò, infatti, una sensazione di raccapriccio tra i costituzionalisti, che denunciavano il rischio di una gestione dell'emergenza condotta dal governo in maniera del tutto isolata rispetto al sistema dei pubblici poteri, in quanto le aule parlamentari erano state svuotate dalla pandemia. Da parte di diversi costituzionalisti e parlamentari, s'avanzò allora la proposta di far svolgere i lavori parlamentari "da remoto", in analogia con quello che accadeva negli uffici pubblici, nelle scuole e nelle università nonché in alcune assemblee parlamentari (es. il Parlamento europeo). La proposta, pur essendo stata sostenuta da più parti vigorosamente e a lungo per ragioni di "elementare buon senso", non ha avuto seguito, come era giusto che fosse. Essa muoveva dall'esigenza di garantire una copertura costituzionale alla gestione dell'emergenze ed evitare che si creassero vulnera nel sistema. Il problema è che la sua attuazione avrebbe a sua volta determinato un grave vulnus nel sistema. Non tutte le funzioni possono essere esercitate da remoto. Di certo non quelle che hanno un rapporto diretto con la sfera biologica dell'esistenza, ovvero che hanno un'importanza "vitale" nel senso letterale dell'espressione. Né l'ostetrica, né il vigile del fuoco, né il bagnino, per fare solo alcuni esempi, possono operare da remoto. Neanche il sacerdote, a ben vedere, per quel che riguarda, ad esempio, il sacramento della confessione. Anche nell'attività parlamentare la presenza fisica non può essere considerata un'opzione. L'insistenza della Costituzione sulla "presenza" del parlamentare, a nostro avviso, non è casuale: il Parlamento è un'istituzione "originaria" del sistema dei pubblici poteri, come chiaramente dimostrano gli istituti dell'autodichia e dell'immunità parlamentare. Il Parlamento, nella maggior parte degli ordinamenti, compreso quello italiano, delibera sullo stato di guerra, vale a dire sulla questione "estrema" della politica, nella quale la posta in gioco sono l'esistenza stessa della Nazione e la salute della popolazione. È inconcepibile che una tale decisione possa essere presa da remoto, senza un confronto diretto tra i parlamentari, ovvero senza che la drammatizzazione determinata dalla fisicità del confronto abbia potuto adeguatamente dispiegarsi, a garanzia proprio del primato del Parlamento. Non si tratta, qui, di farsi paladini di una visione romantica e retrò della battaglia politica. Il problema riguarda la natura stessa dell'attività parlamentare. Non è escluso, ad

esempio, che la discussione su questioni “vitali” possa degenerare e porti alcuni parlamentari a usare mezzi estremi, come l’occupazione dell’Aula o l’abuso del diritto di parola, ovvero l’aperta e reiterata – e ovviamente, legittima – violazione del regolamento. Ma se al parlamentare fosse preclusa la possibilità – come accadrebbe con lo svolgimento dei lavori on line – di essere indisciplinato, di disobbedire al Presidente dell’Aula e di resistere ai questori e ai commessi, ovvero di essere sanzionato e di opporsi a tali sanzioni, mettendo se stesso, fisicamente, al centro dello scontro politico, ne uscirebbe snaturata la funzione parlamentare. Certo, si tratta di possibilità estreme: tuti si augurano che prevalga sempre la ragionevolezza, ma questa non può essere imposta al parlamentare. I “casi limite” servono, per l’appunto, per valutare la legittimità e la ragionevolezza delle norme. Lo svolgimento dell’attività parlamentare da remoto priverebbe, allo stato attuale dello sviluppo tecnologico (in futuro il livello di interattività da remoto e di cablaggio virtuale dei vari aspetti della vita umana potrebbe consentire ciò) , il parlamentare della possibilità di “disobbedire” ai regolamenti, ovvero di tentare intralciare, come è suo diritto, l’attività parlamentare. Il che comporterebbe una sorta di giuridicizzazione del Parlamento, ovvero, in ultima analisi, uno scadimento del Legislativo da potere dello Stato a mera funzione. In generale, ne uscirebbe indebolita l’idea che la selezione della classe politica debba essere affidata al libero confronto tra le parti e non, invece, come da secoli si fa in Cina, a una dura selezione effettuata da caste di esperti.

Alla fine, il Parlamento ha trovato al proprio interno la soluzione, attraverso l’autoriduzione proporzionata del numero dei presenti, per gruppo parlamentare, o attraverso alcuni accorgimenti pratici per evitare la vicinanza durante le operazioni di voto. Si tratta di soluzioni dettate dal buon senso, che tuttavia non possono avere carattere sistemico e duraturo. Esse richiedono una disciplina di rango costituzionale, da inserire, ovviamente, in una compiuta disciplina dello stato di eccezione.

Pensiamo, a questo punto, di avere portato un numero sufficiente di evidenze relative all’opportunità – se non proprio alla necessità – di introdurre nel nostro ordinamento una disciplina di rango costituzionale relativa alla gestione dello stato di eccezione.

Preferiamo parlare di stato di “eccezione”, in quanto facciamo riferimento a eventi che non solo richiedono interventi urgenti, ma che, per la loro straordinaria gravità, richiedono una sospensione controllata di alcune delle norme che presiedono normalmente ai rapporti tra le istituzioni e i poteri dello Stato. Ci si potrebbe, allora, chiedere per quale motivo i padri costituenti non vollero inserire nella Costituzione una tale disciplina. La questione fu posta, come è stato di recente ricordato, ma poi non vi fu seguito.¹⁸ Le ragioni di questo atteggiamento sono, a nostro avviso, le stesse che spinsero i costituenti a non volere un esecutivo forte e “personalizzato” e a prevedere l’obbligatorietà dell’azione penale, con un pubblico ministero totalmente svincolato dalla “criminal policy” e responsabile solo di fronte a se stesso. Si tratta di due ragioni strettamente legate tra loro. La prima è

¹⁸ Cfr. L’intervento Pino Pisicchio in *questo fascicolo*

la memoria del totalitarismo fascista. La seconda può essere individuata nella reciproca diffidenza tra i due poli, quello democristiano moderato, da una parte, e quello socialcomunista, dall'altra. Nessuno voleva correre il rischio di essere all'opposizione di un governo che disponesse di strumenti così forti come lo stato di eccezione o il principio di "opportunità" dell'azione penale. Questa situazione continua a pesare sul quadro politico italiano, pur essendo svanite le condizioni politiche nazionali e internazionali del periodo della Guerra fredda. Se è difficile realizzare riforme costituzionali in un clima bipartisan, senza che una parte accusi l'altra di volere usare l'art. 138 Cost. per cambiare le regole del gioco a proprio favore, è ancora più difficile impostare in maniera serena la questione della disciplina dello stato di eccezione. C'è un "eterno ieri" che frena il Legislatore, come se l'Italia ormai non fosse inserita in una robusta intelaiatura costituzionale europea, che rende impensabile il verificarsi di derive autoritarie.

La situazione italiana è paradossale. L'Italia, tra tutti i Paesi europei, è quello che ha il più tasso di probabilità di trovarsi in situazioni di crisi eccezionale, con riferimento tanto alle crisi di natura geopolitica sia a crisi politicamente neutre. Si tratta del Paese più esposto, per ragioni geografiche e storiche, ai venti di crisi che soffiano nel Mediterraneo, dove s'incontrano e scontrano le principali tensioni geopolitiche del dopo-guerra fredda, come dimostrano le ripercussioni dei flussi migratori e della crisi libica sugli interessi nazionali. Al tempo stesso, data la sua complessa e peculiare orografia e il suo articolato e a volte caotico sviluppo urbanistico, è il Paese con la più alta probabilità di eventi critici naturali, quali terremoti e alluvioni. La crisi pandemica, inoltre, ha dimostrato che il nostro Paese, specialmente nel Nord Est, è diventato un hub nel sistema di relazioni asiatico-occidentali, il che comporta una sovraesposizione a tutte le crisi peculiarmente legate ai processi di globalizzazione e deterritorializzazione, dalle pandemie ai collassi telematici

4. Il paradigma della spazializzazione dello iato temporale tra la decisione politica e il meccanismo di verifica di legittimità

Lo stato d'eccezione è per sua natura imprevedibile.

Laddove ne va del fondamento stesso della vita associata è difficile muoversi in un quadro dettagliato di condotte prestabilite. Dette regole, infatti, presuppongono la ordinarietà e sono il risultato di quella vita associata che è messa in discussione alla sua radice. Jean Jaques Rousseau riprese il modello romano della "dittatura" per affrontare il problema della minaccia all'ordine costituito.¹⁹ Il dittatore può sospendere l'attività del legislatore ed agire liberamente. Ma non può servirsi della legge per affrontare lo stato d'eccezione. Questa custodisce la

¹⁹ Sul concetto rousseviano di dittatura (J.J. Rousseau, *Du contract social ou principes du droit politique*, Genève, 1762; *Il contratto sociale o principi del diritto politico*, Lib. IV, cap.VI. in J. J. Rousseau, *Scritti politici*, II, Roma-Bari, 1994) rinviamo a alla trattazione schmittiana in C. Schmitt, *Die Diktatur*, II, ed. München·Leipzig, Duncker & Humblot, 1928 [*Lo dittatura*, Roma-Bari, 1975].

normalità che verrà ripristinata dopo l'emergenza. Al di là delle tradizionali distinzioni tra "analitici" e "continentali", vediamo anche in questo caso una comune istanza garantista nei sistemi europei: l'eccezione non crea diritto, ma agisce esclusivamente nella sfera amministrativa, non su quella legislativa (ovvero, i suoi effetti sulla sfera legislativa sono affetti da strutturale caducità, salvo decisione del Legislatore stesso). In altri termini, l'emergenza non sospende l'ordine costituzionale. Nello stato di diritto la "deroga" (ma tale espressione, come poi vedremo, può rivelarsi inesatta in alcuni contesti normativi) alla legislazione ordinaria in funzione di un rafforzamento dell'Esecutivo è ricostruibile come opzione interna al sistema costituzionale. Nella maggior parte dei sistemi democratico-costituzionali, ciò comporta una "spazializzazione" dello iato temporale tra la decisione politica e il meccanismo di verifica di legittimità, attraverso la ricostruzione sistemica della delega al governo quale ipotesi da verificare nel "laboratorio" dell'attività parlamentare, in analogia con quanto avviene nella fisica classica, assumendo come valore di controllo (di coerenza con il diritto costituzionale) la non disponibilità, da parte dell'Esecutivo, delle coordinate spazio temporali dello stato di eccezione. Detto altrimenti, la delega all'Esecutivo deve essere caratterizzata, per usare un'espressione comune alla teologia e all'estetica, da una "caducità strutturale", ovvero che le renda impossibile interferire, in quanto creatura, con la volontà del creatore. Ad esempio, in un sistema costituzionale, quella delega non può determinare effetti strutturali nel sistema che non siano riconducibili dentro la logica del "checks and balances", quali, ad esempio, mutamenti della forma di governo imposti dall'alto o il perdurare degli effetti di decisioni prese nella situazione eccezionale e che poi si rivelino illegittime al di fuori del perimetro spazio-temporale dell'eccezione. L'obiezione decisionistica fa notare, a questo punto, che esiste comunque un creatore, nelle cui mani risiede il destino del sistema. Tale obiezione, come poi si vedrà, non può avvalersi della prestazione giuridico-filosofica del massimo teorico del decisionismo, quale Carl Schmitt è giustamente considerato, in quanto presuppone l'omogeneità ontologica tra creatura e creatore, mentre quest'ultimo sfugge, per definizione, a una piena rappresentazione all'interno dell'universo concettuale del primo. In altre parole, il fondamento dello iure pubblico è sempre e solo presupposto, ovvero ricostruibile in via trascendentale, come condizione di possibilità, e non come "sostegno" ontologicamente assimilabile a ciò che è sostenuto. Ma su questo poi ritorneremo.

In dottrina, in ogni caso, s'è consolidato il seguente elenco, dettagliato al punto da risultare «ridondante», delle condizioni per le quali una "dittatura" (in senso lato) possa essere definita costituzionale: «1) nessun assetto dittatoriale può essere instaurato se non è indispensabile alla difesa dello Stato e dell'ordine costituzionale; 2) la decisione d'instaurarlo non può essere affidata a chi eserciterà la dittatura; 3) nessun governo può darvi avvio senza prevedere i termini della cessazione; 4) l'esercizio dei poteri emergenziali deve avvenire nel rispetto delle regole costituzionali; 5) nessuna istituzione o procedura può essere attivata se non è assolutamente necessaria al superamento di una determinata crisi; 6) le misure

adottate non possono mai essere permanenti; 7) la dittatura deve essere rappresentativa di tutta la cittadinanza; 8) i detentori di questi poteri d'emergenza sono responsabili per ogni loro azione e decisione; 9) anche la decisione di porre termine alla dittatura non deve essere rimessa al dittatore; 10) nessuna dittatura costituzionale può essere prolungata oltre la soluzione della crisi; 11) la fine della dittatura deve comportare il ritorno il più possibile completo alle condizioni politiche preesistenti alla crisi».²⁰ A questa logica rispondono i modelli fondamentali di stato di eccezione esistenti nel diritto costituzionale europeo, ovviamente con le peculiarità dettate dalle rispettive culture giuridiche.

Per cominciare con il common law, le origini dell'attuale disciplina dell'emergenza va cercata *martial law*, che inaugura in Europa il meccanismo della delega preventiva. All'inizio utilizzato dal sovrano, sotto il severo controllo del Parlamento, esso è diventato, poi, uno strumento nelle mani del Premier, chiamato a rispondere al Parlamento una volta che l'emergenza sia passata, potendo contare, grazie alla filosofia "bipartisan" che caratterizza il sistema, su un'*Indemnity Act*, che vale come giustificazione a posteriori dell'operato dell'Esecutivo. È stato sempre uno strumento piuttosto controverso. Mentre nell'Europa continentale infuriava la Guerra dei Trent'anni e Carlo I progettava un ritorno dell'Inghilterra alla Chiesa cattolica, il Parlamento inglese, con il *Petion of Right* del 1628, stabilì, tra le altre cose, che la legge marziale potesse essere applicata solo in caso di guerra espressamente riconosciuta. Il *martial law* è stato applicato, per l'ultima volta, nel corso delle rivolte nord-irlandesi del 1920-21. Oggi l'esecutivo dispone di un'ampia gamma di strumenti per affrontare le crisi. Il testo più ampio e articolato è quello del *Civil Contingencies Act* 2004 (CCA), che ha sostituito l'*Emergency Powers Act* del 1920 (che a sua volta andava a integrare e a sostituire nella prassi il *Martial law*) e ha lo scopo di fornire al governo il potere di agire in caso di emergenza catastrofica. Il CCA prevede che l'Esecutivo assuma poteri speciali di decisione, per affrontare le catastrofi, ovvero emergenze "di categoria tre" (es. esplosione di una centrale nucleare). I membri più importanti del Governo (il Segretario di Stato per gli affari interni, il ministro della Sanità o degli Affari sociali, ecc.) possono emanare disposizioni che normalmente richiederebbero un atto parlamentare o l'esercizio di una prerogativa della Corona, quale, ad esempio, la sospensione di alcune leggi (a eccezione dello stesso *Civil Contingencies Act* o e dello *Human Rights Act*). In Inghilterra e Galles, per quel che riguarda le crisi sanitarie, si applica il *Public Health (Control of Disease) Act* del 1984 (come emendato dal *Health Protection Act* 2008). In Scozia, il *Public Health etc. (Scotland) Act* del 2008. Mentre in Irlanda del Nord il *Public Health Act (Northern Ireland)* 1967. Queste norme consentono di imporre ai cittadini alcune restrizioni, quali, ad esempio, di circolare liberamente in alcune aree o di temere riunioni.

Nell'esperienza giuspubblicistica degli Stati Uniti d'America, il meccanismo di legittimazione parlamentare successiva, mutuata dal costituzionalismo inglese, s'è razionalizzato, diventando, di fatto, un meccanismo di delega preventiva, sulla

²⁰ Cfr. P. Portinaro, *Dittatura. Il potere nello stato d'eccezione in Teoria politica*, nuova serie, Annali, IX, 2019, 119-137.

base di una ragionevole valutazione parlamentare dell'imminente emergenza. La filosofia che anima questa norma è che la limitazione nell'esercizio di determinati diritti non consegue da scelte del governo, ma è il risultato del verificarsi di un'emergenza: ad esempio, il ricorso alla giurisdizione militare può spiegarsi col fatto che le corti ordinarie possono non essere nelle condizioni materiali di operare; tanto è vero che la giurisdizione civile si riafferma non appena cessata l'emergenza, con effetti retroattivi. È importante tenere presente che non sono ammesse interferenze da parte dei giudici, cui non viene consentito di annullare o contestare le decisioni del Parlamento e del Governo.

Nell'ambito del common law, in generale, la sospensione dei diritti fondamentali non assume il significato di una "rottura" del sistema delle garanzie, bensì quello della salvaguardia delle concrete condizioni politiche che rendono possibile l'esercizio dei diritti democratici. Ovvero, tali sospensioni non vengono giuridicamente ricostruite come "deroghe" allo Stato di diritto per ragioni di sicurezza, bensì, diversamente da quanto accade nell'esperienza eurocontinentale, come limitazioni dell'esercizio di alcuni diritti, quale conseguenza *materiale* di un attentato alla comunità. In altre parole, la legittimazione ultima di quella sospensione non è di tipo giuridico-razionale, ma di tipo politico-empirico: per fare un esempio, il ricorso alla giurisdizione militare al posto di quella civile è letta, all'interno del sistema, come un'eccezione paragonabile al ricorso agli ospedali militari, quando gravi calamità naturali rendano materialmente non disponibili gli ospedali civili. Non si tratta, dunque, di "deroghe", in quanto non c'è l'applicazione di una norma di rango inferiore in contrasto con quella superiore, ferma restando la validità di quest'ultima. Non c'è, in altri termini, "sospensione" dei diritti. La sospensione di alcune modalità di esercizio di determinati diritti viene letta come situazione materiale connessa all'emergenza, intesa quest'ultima alla stregua di una "calamità naturale". Nella Costituzione vengono previsti alcuni specifici casi, tutti legati a condizioni di guerra o di ribellione interna (art. I, sez. IX, claus. 2; Emendamenti III e V). Per quanto riguarda la sospensione, specificamente, dell'*habeas corpus*, la previsione di questa è collocata (art. I, sez. IX, claus. 2) all'interno dell'articolo dedicato al Congresso, il che, secondo l'opinione prevalente, vuol dire che essa può essere applicata solo con il consenso del potere Legislativo.²¹ Per il resto, la "Costituzione d'emergenza" consiste essenzialmente in una semplificazione del processo decisionale a favore del vertice dell'Esecutivo, in quanto "Comandante in Capo" (art. II, sez. II), ma esclusivamente in termini operativi, mentre l'attivazione di un profilo politico nazionale, che comporti prospettive di medio e lungo periodo, richiede il coinvolgimento del Congresso (art. I, sez. 8, claus. 11; art. I, sez. VIII, claus. 14; art. I, sez., VIII, claus. 18).

Per quanto riguarda, invece, il principale polo di riferimento – anche in negativo, se si vuole – dell'esperienza europea, vale a dire, la Francia, la sua caratteristica può essere vista nel "paradigma repubblicano", in base al quale la sicurezza della Nazione è la pre-condizione per la difesa e la diffusione dei diritti e

21 Cfr. B. Ackerman, *Before the next Attack: Preserving Civil liberties in Age of Terrorism*, Yale University Press, 2006, 127 e ss.

delle libertà. Ne consegue una dialettica tra mezzi e fini (la libertà e la salute della Nazione è il fine, mentre la forza militare e l'ordine interno sono i mezzi: ma la valorizzazione del fine comporta il potenziamento infinito del mezzo, che così finisce spesso per configurarsi come il vero fine, a discapito di quello originario), che ha impegnato e impegna la cultura francese francese dal *Comité de salut public* del 1793 fino alle recenti misure adottate contro il terrorismo, passando per i moti relativi alla guerra in Algeria, le proteste del 1969 e la politica di Sarkozy contro le rivolte nelle periferie parigine). Un paradigma che è all'origine della stessa V Repubblica, a partire dalla crisi algerina del 1956, e che ritorna in tutti i momenti critici: il tentato colpo di stato del 1961, la rivolta studentesca del 1968, la crisi nella Nuova Caledonia del 1985, dell'11 settembre 2001, la rivolta nelle *Banlieu* del 2005.

È indicativo il fatto che una delle principali misure d'emergenza – l'*état d'urgence* – non sia nella Costituzione: esso appartiene alla legislazione antecedente alla V Repubblica, anche se segna in qualche modo la nascita di quest'ultima, in quanto venne utilizzato proprio in occasione della crisi algerina (legge 55-385/1955). Esso dura dodici giorni, salvo conferma del Parlamento, e consente di attuare una sorta di coprifuoco generalizzato, con il ricorso alla giustizia militare nei casi estremi. Quando fu adottato per reprimere la rivolta nelle *Banlieu*, nell'inverno 2005/2006, non si fece appello all'art. 15 CEDU. Il che diede adito a un ricorso, in quanto furono violate la libertà di domicilio (art. 9 CEDU) e quella di riunione (art. 11 CEDU). Ma il Consiglio di Stato riconobbe che l'emergenza poteva essere legittimamente gestita solo dal vertice dell'esecutivo.

Stando, invece, al testo costituzionale, il Presidente della Repubblica può assumere *motu proprio* poteri eccezionali, anche in deroga alle garanzie costituzionali (art. 16 Cost. francese). Deve, certo, trattarsi di un'emergenza molto grave e imminente, che riguardi la sovranità della Nazione. D'altra parte, non c'è controllo giurisdizionale, a meno che non si voglia rubricare in tale modo la consultazione obbligatoria, ma non vincolante, del Capo dello Stato con il *Conseil Constitutionnel*. L'eventuale bilancio, in sede giudiziaria o parlamentare, della condotta del Presidente è rimandata a *dopo* l'emergenza. Ma è ben difficile che si possa procedere contro un Presidente che, con molta facilità, può rivendicare il merito di avere salvato la Patria.

Diversamente dai poteri eccezionali, lo "stato d'assedio", disciplinato dall'art. 36 della Costituzione, non avviene su autonoma iniziativa di alcun organo costituzionale, ma è il frutto di una decisione concordata tra l'Esecutivo e Legislativo. Il meccanismo è sostanzialmente analogo a quello dello stato di urgenza, ma con maggiore attenzione alle garanzie, che possono essere limitate solo secondo una disciplina espressamente prevista dalla legge.

Analogo orientamento a valorizzare il primato della decisione politica prevale nell'ambito della legislazione ordinaria, specialmente dopo gli attentati dell'11 settembre 2001. È il caso, ad esempio della legge 2006/64 del 23 gennaio 2006 con la quale vengono integrate le norme antiterrorismo della legge 86/1020 del settembre 1986. Con questa legge, il periodo necessario ai naturalizzati

condannati per riacquistare o mutare la nazionalità francese viene portato a 5 anni. Vengono, in genere, introdotte pene più severe per tutti i reati in qualche modo riconducibili alla minaccia terroristica e vengono dati ampi poteri alle forze dell'ordine in materia di perquisizioni, video-sorveglianza ed intercettazioni. A quest'ultimo proposito, il giudice costituzionale ha manifestato un chiaro orientamento a far prevalere le ragioni della sicurezza su quelle della libertà. Di recente è stato usato da Sarkozy, quando era ministro dell'Interno, nel 2005, per fronteggiare la rivolta nelle *banlieu*, e in occasione degli attentati del 2015. Ma in Francia dispongono anche di altri strumenti, come i poteri speciali del Presidente della Repubblica o lo Stato di assedio, entrambi previsti nella Costituzione.

Come da più parti s'è osservato, il semipresidenzialismo francese può essere concettualmente ricostruito come una forma estrema di razionalizzazione parlamentare, ispirata all'esperienza della Repubblica di Weimar. In questo senso, la figura presidenziale viene ulteriormente potenziata, attraverso una rielaborazione anche dei poteri di emergenza. Anche la Germania del Secondo dopoguerra s'è ispirata alla Repubblica di Weimar, ma in senso opposto.²² La scelta per il cancellierato ha comportato un drastico ridimensionamento della figura del Capo dello Stato anche nella gestione delle emergenze. All'Esecutivo non è riconosciuto alcuna autonoma competenza legislativa, neanche, quando si tratti di diritti fondamentali, su delega del Parlamento.²³ Le possibili limitazioni ai diritti fondamentali e all'autonomia dei *Länder* (autonomia che, tuttavia, in alcuni casi può risultare rinforzata dalle situazioni di crisi) sono minuziosamente elencate e disciplinate, con riferimento ai vari livelli di emergenza previsti nel sistema. Come norma di chiusura di questo sistema altamente garantista, troviamo il riconoscimento della fonte necessitata. Se, infatti, in generale, è il Parlamento a doversi pronunciare sulla sussistenza di una crisi grave che autorizzi il Governo a prendere determinate decisioni, ove, in caso di attacco militare, tale pronuncia sia materialmente impossibile, essa si intende effettuata (art. 115a). La Costituzione di emergenza disciplina espressamente due situazioni, che riguardano minacce esterne e che richiamiamo qui in maniera succinta: lo stato di tensione (*Spannungsfall*), dichiarato dal Bundestag a maggioranza dei due terzi, che consente, tra l'altro, al governo di emanare decreti legislativi, sempre abrogabili su richiesta dello stesso Bundestag, anche prevedendo la limitazione di alcune libertà fondamentali; lo stato di difesa (*Verteidigungsfall*), ovvero stato di emergenza esterna, che segue eventualmente lo stato di tensione, e comporta una semplificazione e velocizzazione del processo legislativo insieme a un ulteriore accentramento, anche in ambito militare, dei poteri nelle mani del vertice dell'Esecutivo, sempre sotto il controllo del Parlamento, nonché una parziale limitazione delle prerogative dei *Länder* (che tuttavia possono vedersi riconosciuta autonomia d'azione sul territorio, ove il governo federale non sia nelle condizioni di gestire efficacemente l'emergenza). La disciplina della minaccia interna, invece,

²² Cfr. C. Sbailò, *Weimar*. Cit. 86 e ss.

²³ Cfr. P. Bonetti, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006, 185 con rif. a BVerfGE 40, 237, 248; 49, 89, 126; 61, 260, 275; 88, 103, 116.

è ricostruibile combinando altre norme, in particolare gli artt. 11, 35 commi 2 e 3, 91 e 87°, commi 2, 3, e 4 della Legge fondamentale. In estrema sintesi, se una catastrofe di tipo naturale minaccia la popolazione o se il l'ordinamento liberale e democratico del Bund risulta sotto attacco, si applicano i meccanismi di limitazione di diritti, quali ad esempio la segretezza della corrispondenza e la libertà di circolazione, nonché di rafforzamento dell'Esecutivo, di cui agli stati di emergenza esplicitamente codificati e con le relative garanzie e i relativi contrappesi di tipo parlamentare, ma senza indicazioni specifiche sui limiti temporali, ricostruibili dalla disciplina relativa ai due stati di emergenza (art. 115k LF).

La razionalizzazione dello stato di emergenza in Spagna prevede un rapporto direttamente proporzionale tra la concentrazione di poteri nelle mani del Governo e il rafforzamento del ruolo del Parlamento – ovvero della Camera bassa, con cui l'Esecutivo ha rapporto fiduciario. Si va da un ruolo sostanzialmente consultivo e di controllo successivo, quale quello previsto dallo stato di allarme, a un ruolo potestativo previsto dallo stato di eccezione – ruolo che si rafforza nello stato di assedio, per la cui proclamazione è prevista la maggioranza assoluta dei voti della Camera dei deputati.

La previsione di una disciplina costituzionale dello stato di emergenza in Spagna fu dettata dall'esigenza di rafforzare il principio di legalità, dopo l'esperienza dell'autoritarismo franchista, caratterizzato, per l'appunto, da una politica emergenzialistica diffusa, non isolabile rispetto ad altre politiche, e, dunque, non controllabile. Tuttavia, benché tale disciplina sia prevista in linee generali nell'articolo 116 della Costituzione democratica, essa trovò una specifica applicazione legislativa solo dopo il tentato colpo di Stato del 23 febbraio 1981, rispetto al quale, infatti, non si poté applicare la disciplina dello stato di emergenza. Fu così varata la legge organica 4/1981, che disciplina in maniera specifica lo stato di allarme, lo stato di assedio e lo stato di eccezione, prevedendo, in generale, che i diritti soggetti a sospensione siano tassativamente indicati dal Legislatore, che gli organi costituzionali non cessino di funzionare e, nello specifico, che il controllo parlamentare sull'operato del Governo sia garantito dalla piena e ininterrotta operatività della Camera dei Deputati o, ove ciò fosse impossibile, da una commissione parlamentare permanente, nonché il divieto tassativo di introdurre innovazioni sistemiche nell'ordinamento costituzionale. In base alla legge organica 4/1981, gli stati sopra menzionati vengono dichiarati in situazioni eccezionali, quando risulti impossibile gestire l'ordine pubblico nel rispetto delle ordinarie competenze istituzionali. Le misure adottate devono essere congruenti con la gravità delle circostanze e debbono avere una durata limitata al tempo strettamente necessario. Fatta eccezione per le sanzioni definitive, dette misure cessano di essere in vigore alla conclusione dello stato di emergenza.

La sospensione di alcuni diritti fondamentali, espressamente elencati dal Legislatore e per un tempo tassativamente determinato è contemplata solo nei secondi due, mentre nel primo, che è pensato per eventi "politicamente neutri", quali le catastrofi naturali, prevede una spinta ascensionale verso gli esecutivi,

nazionale e comunitari, dei processi decisionali, con la possibilità solo di introdurre limitazioni alla libertà di circolazione. Tuttavia, nel 2010, lo stato di allarme fu utilizzato per fronteggiare lo sciopero dei controllori di volo, che provocò una temporanea paralisi del traffico aereo in Spagna. L'evento fu ricostruito dal decisore politico come «paralisi dei servizi pubblici essenziali per la comunità» e pertanto rientrante nella disciplina dello stato di allarme di cui alla legge organica 4/1981. La spinta ascensionale dei processi decisionali fu interpretata come militarizzazione del servizio aereo, il cui blocco era suscettibile di arrecare gravi danni all'interesse nazionale e alla popolazione spagnola. Di particolare interesse per il caso italiano, il fatto che queste misure sono affiancate in ogni caso dalla possibilità, per il governo, di ricorrere alla decretazione d'urgenza, sulla base dell'art. 86 della Costituzione, che così recita: «1. In caso di straordinaria e urgente necessità, il Governo potrà adottare disposizioni legislative provvisorie che prenderanno la forma di decreti-legge e che non potranno modificare l'ordinamento delle istituzioni basilari dello Stato, i diritti, i doveri e libertà dei cittadini regolati nel Titolo primo, il regime delle Comunità autonome, né il diritto elettorale generale. / 2. I decreti-legge dovranno essere immediatamente sottoposti ad esame e votazione da parte dell'Assemblea della Camera dei deputati, convocata a tal fine ove non fosse già riunita, nel termine di trenta giorni successivi alla loro promulgazione. La Camera dovrà pronunciarsi espressamente entro tale termine sulla convalida o sul rifiuto, per cui il suo regolamento stabilirà un procedimento speciale e di urgenza». / 3. Durante il termine stabilito nel comma precedente le Cortes potranno inoltrare [i decreti-legge] come progetti di legge con procedura d'urgenza».

5. Lo stato di eccezione è “esterno” o “interno”? Falso problema

La descrizione sopra proposta potrebbe essere polemicamente glossata osservando come, durante la gestione della pandemia da coronavirus, la disciplina dello stato di eccezione, nei sistemi presi in considerazione, sia stata attivata solo in maniera sporadica. Al riguardo si può rispondere che lo stato di eccezione ha effetti “sistemici”, in quanto l'organizzazione dei pubblici poteri agisce sapendo di disporre in ogni caso di una soluzione estrema: lo sanno i membri dell'Esecutivo e quelli del Legislativo, lo sanno i partiti, lo sanno i cittadini e lo sa la stampa. Ragion per cui, la disciplina dello stato di eccezione funziona anche quando non viene applicata, così come le armi nucleari condizionano i rapporti internazionali anche quando non vengono utilizzate.

Dalla disamina proposta dovrebbe, comunque, emergere come l'eccezione possa avere la sua regola, nel senso che essa può essere “guidata” – questo il significato originario di “regola” – da un principio ordinatore. Peraltro, le trasformazioni culturali e geopolitiche degli ultimi anni, genericamente riconducibili al concetto di “globalizzazione”, comportano un profondo mutamento anche delle coordinate spazio-temporali dell'agire politico. La domanda circa il carattere “esterno” o “interno” dello stato di eccezione rispetto all'ordinamento

presuppone che la dualità esterno/interno esaurisca tutte le possibilità di correlazione spaziale tra un elemento e un determinato campo semantico. Una tale visione è tipica dell'ordinamento vestfaliano, dove lo spazio/tempo politico è costruito, appunto, secondo una rigorosa logica bivaloriale: esterno/interno e prima/dopo sono due facce della stessa medaglia. E anche l'eccezione si configura secondo questa logica. Essa è "esterna", in senso sia spaziale sia temporale. L'attacco militare dall'esterno crea lo stato di eccezione, così come il terremoto o la pestilenza. Ma oltre la coppia esterno/interno, si vanno affacciando nel tempo, dopo la Seconda Guerra mondiale e specialmente dopo la fine della Guerra fredda, altre modalità – che potremmo definire di tipo topologico – di relazione tra un elemento e un insieme.²⁴ Anche gli sviluppi della filosofia contemporanea agevolano un ripensamento concreto delle categorie giuridiche in tal senso.²⁵ Se noi definiamo la sfera giuridica come un sottoinsieme della sfera pubblica (all'interno della quale troviamo l'economia, ecc.), allora lo stato di eccezione, adoperando una nozione di carattere topologico, può essere definita la "frontiera" del diritto, ovvero la chiusura dell'insieme "diritto" meno il suo contenuto. In questo senso, può essere riletta, depurata delle sue implicazioni ideologiche, la tesi schmittiana dell'accesso giuridico-cognitivo allo stato d'eccezione. Il caso di eccezione è accessibile alla conoscenza giuridica, poiché, da un punto di vista topologico, l'ideale osservatore interno all'ordinamento può descrivere la chiusura di cui sopra. In altre parole, come abbiamo cercato di fare emergere dalla breve rassegna di cui sopra, esiste una relazione originaria tra stato di eccezione e normalità giuridica. I due sono collegati e originariamente distinti e viceversa. Se si colloca lo stato di eccezione all'interno dell'ordinamento, si cade nel *regressum in infinitum*. Se lo si colloca fuori si cade nella contraddizione. Il dualismo interno/esterno, presente anche nella identificazione tra interno ed esterno, comporta necessariamente una contraddizione. L'atto che genera il diritto non è né esterno né interno all'ordinamento e nemmeno insieme interno ed esterno. Esso è contiguo all'ordinamento, vale a dire *correlato e originariamente distinto*, in rapporto strutturale e non causalistico temporale. L'eccezione, dunque, si colloca, nel sistema fonti, in maniera "contigua" rispetto all'ordinamento, vale a dire in maniera non riducibile dentro la coppia concettuale "interno/esterno: il potere originario, ma è originariamente limitato, in quanto contiguo all'ordinamento, ragion per cui l'idea che lo stato di eccezione sia contraddittorio rispetto alla divisione dei poteri perde di absolutezza, in quanto la divisione dei poteri

²⁴ Cfr.: K. Jayasuriya, *Globalization Law, and the Transformation of Sovereignty*, in *Indiana Journal of Global Studies*, 6, 1999; www.globalpolicy.org, giugno 1998; M. R. Ferrarese, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002

²⁵ Rimandiamo a: C. Sbaìlò, *Schmitt o Leopardi: quale politica nell'età della deterritorializzazione*, in *Politica del Diritto*, vol. 23, fasc. 1, anno 2002, 111-136; L. Ronchetti, *Il nomos della deterritorializzazione*, in *Rivista di Diritto costituzionale*, 2003, 99-139; F. Dimichina, *Brevi note sul tema della territorializzazione dei diritti di libertà religiosa in Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2/2014, www.statoechiese.it. Sulla possibilità di adottare nella scienza giuspubblicistica un paradigma topologico, anche sulla scorta dei recenti sviluppi dell'ontologia fondamentale, v. C. Sbaìlò, *Sul "sentiero della follia", la πόλις. Breve introduzione alle sfide del diritto pubblico negli anni venti (e oltre)*, Pisa, 2020, in corso di pubblicazione, cap. 3.

costituisce l'originaria limitazione, il perimetro dello stesso stato di eccezione - quello stesso perimetro entro cui risulta chiuso l'ordinamento.

In questa chiave è possibile anche una rilettura della posizione di Santi Romano, espressa in maniera particolarmente efficace in occasione del citato terremoto di Messina-Reggio Calabria. Ne riportiamo qui il passo centrale:

«La necessità di cui ci occupiamo deve concepirsi come una condizione di cose che, almeno di regola e in modo compiuto e praticamente efficace, non può essere disciplinata da norme precedentemente stabilite. Ma se essa non ha legge, fa legge, come dice un'altra espressione usuale; il che vuol dire che costituisce essa medesima una vera e propria fonte di diritto. E si noti bene che il suo valore non è ristretto al caso speciale dei poteri d'urgenza del Governo, ma è ben più largo ed ha manifestazioni ben più importanti e generali. La necessità si può dire che sia la fonte prima ed originaria di tutto quanto il diritto, in modo che rispetto ad essa, le altre sono a considerarsi in certo modo derivate. Nell'assetto, che ha una così lunga evoluzione e che ha raggiunto un grado così notevole di completezza, degli Stati odierni, la produzione normale del diritto è di solito fissata da una norma scritta. Così quando s'indaga il fondamento obbligatorio, tale fondamento si rinviene in una legge precedente che stabilisce gli organi competenti ad emanarla e i loro poteri. Ma è chiaro in questa ricerca dovremo ad un certo punto arrestarci arrivando ad una prima legge, la quale avrà ricavata la sua forza solo dalla necessità che l'ha determinata. E nella necessità deve rintracciarsi l'origine e la legittimazione dell'istituto giuridico per eccellenza, cioè dello Stato, e in genere del suo ordinamento costituzionale, quando esso viene instaurato con un procedimento di fatto, ad esempio in via di rivoluzione».²⁶

Santi Romano scriveva in un contesto nel quale l'autodeterminazione interna alla sfera giuspubblicistica nazionale era pressoché assoluta. Oggi, almeno per quel che riguarda l'Europa, le interrelazioni sistemiche tra le democrazie sono tali da rendere pressoché impossibile la rappresentazione "granulare" dello spazio politico sovranazionale. La ricostruzione della congruenza e della simmetria tra agenti decisori e ambiti in cui la decisione ha effetto – presupposti della nozione moderna di giurisdizione e conditio si ne qua non per la garanzia del principio di effettività della norma giuridica – impegna il giurista nella valutazione di un numero crescente di variabili, al punto che prevale, ormai, tra gli operatori del diritto un approccio "strategico", non più "paradigmatico", nel senso che il criterio dell'efficacia tende ad assorbire quello della validità. Nell'ambito specificamente giuspubblicistico europeo si assiste a una moltiplicazione delle fonti di legittimazione del potere politico e a una crescente incertezza sui confini dell'ambito di ricaduta delle decisioni di quest'ultimo. Ne consegue che l'individuazione della "prima legge" cui fa riferimento Santi Romano è operazione ermeneutica (nel senso che la dottrina interagisce con lo iure positivo) complessa e multidimensionale, che si svolge a vari livelli, tra loro, peraltro intersecantisi,

²⁶ S. Romano, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione dei terremoti di Messina e Reggio Calabria*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1909 (ora in Id., *Scritti minori*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1990).

come quello statale, quello interstatale e quello sovrastatale, nonché su più piani, quali, ad esempio, quello legislativo, amministrativo o giurisdizionale. La fonte primaria e originaria, in questo senso, è la “frontiera” che circonda il diritto dentro la sfera dello spazio pubblico e la cui interpretazione, di volta in volta, è oggetto di valutazione da parte della comunità dei giuristi europei, in connessioni dell’attività delle Corti. Peraltro, l’assenza di una disciplina dello stato di eccezione non esime il politico dal prendere decisioni per affrontare l’emergenza. Quando si tratti di diritti costituzionali fondamentali, ovvero di diritti senza la cui garanzia si determina un *vulnus* nel sistema, il decisore politico, pur in assenza della legge, è chiamato a ricostruire la disciplina dello stato di eccezione e ad agire. In altre parole, la giuridicizzazione dello stato di eccezione, in Italia, non solo non potrà comportare rischi di derive autoritarie, ma si rivela necessaria proprio per rafforzare la “frontiera” di cui sopra, impedendo che l’immediata contingenza politica irrompa nel sistema delle fonti, generando una deriva entropica nella sfera pubblica, come puntualmente accade nelle crisi istituzionali che precedono le dittature. Dovrebbe, a questo punto, essere chiaro in che senso si disveli oggi la dimensione preformativa della prestazione giuspubblicistica. La chiarificazione intorno alle questioni di cui sopra può ci pare fondamentale perché il Legislatore si emancipi dall’“autorità dell’eterno ieri”, che ancora ostacola la realizzazione di una disciplina costituzionale dello stato di eccezione, finalizzata a preservare il sistema da vulnera conseguenti al verificarsi di situazioni di pericolo non gestibili con gli ordinari strumenti amministrativi e legislativi.

Ciro Sbailò
Facoltà di Scienze della Politica e delle Dinamiche Psico-Sociali
Università degli Studi Internazionali di Roma
ciro.sbailo@unint.eu