

17-18 giugno 2022  
Università degli Studi di Firenze  
«Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti  
nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza»

*Convegno annuale dell'Associazione di studi sul diritto e la giustizia costituzionale «Gruppo di Pisa»*

\*\*\*

RELAZIONE PROVVISORIA (NON CITABILE)  
**L'«EMERGENZA»: FATTORE ESOGENO DI CONDIZIONAMENTO DELLA  
PRODUZIONE NORMATIVA IN TEMPO DI CRISI?**

di Giuliano Serges

SOMMARIO: Premesse metodologiche; 2. L'«emergenza»; 3. Emergenza, urgenza, crisi; 4. “Fattore bisogno” e “fattore tempo”, tra false emergenze e principio di ragionevolezza; 5. (*segue*) Gli elementi di legittimità dell'atto urgente; 6. (*segue*) La funzione dell'atto urgente e le emergenze di rilievo costituzionale; 7. (*segue*) “Maggiore illegittimità” e “funzione prioritizzatrice”: l'esempio della giurisprudenza costituzionale in tempi di crisi economica; 8. I “limiti” dell'emergenza; 9. (*segue*) L'urgenza come limite: il caso del decreto-legge; 10. (*segue*) I limiti “contenutistici”. La ragionevolezza “sincronica”, tra funzione tipica dell'atto urgente, sommarietà e provvisorietà; 11. (*segue*) Urgenza e giustizia costituzionale: il caso della giurisprudenza costituzionale francese sullo stato di emergenza terroristica e quello della giurisprudenza italiana in materia di crisi economica; 12. (*segue*) Emergenza vs crisi: il caso della pandemia; 13. (*segue*) Gli “stati d'emergenza”; 14. (*segue*) Urgenza, gerarchia, competenza (riflessioni a partire dalla pandemia di Covid-19); 15. (*segue*) I limiti “contenutistici”, tra urgenza, necessità urgente, rispetto della dignità umana e principio di eguaglianza; 16. Ragionevolezza ed integrazione fattuale del parametro; 17. La “efficiente lentezza” della democrazia (a mo' di conclusione).

## 1. Premesse metodologiche

Innanzitutto, una precisazione: mi è stato chiesto di parlare dell'*emergenza* come fattore esogeno di condizionamento della produzione normativa in tempo di crisi. All'interno della “traccia” che mi è stato chiesto di sviluppare, quindi, era già contenuta un'asserzione, una, diciamo, presa di posizione - e cioè che l'emergenza sarebbe un fattore esogeno di condizionamento della produzione normativa in tempo di crisi - che tuttavia ho ritenuto di non poter fare mia sin dall'inizio, senza, cioè, aver prima sciolto qualche nodo definitorio (sul quale mi soffermerò nella prima parte della relazione). Di qui la scelta di volgere il titolo della relazione in forma interrogativa, ma anche quella di mettere la parola “emergenza” tra virgolette. Perché, a mio avviso, non è possibile rispondere alla domanda se l'emergenza costituisca un fattore esogeno di condizionamento della produzione normativa in tempo di crisi senza prima essersi chiesti che cosa voglia dire emergenza, e perché - come mi accingo a (tentare di) dimostrare - l'uso della parola “emergenza”, in questo caso, costituisce il frutto di un'approssimazione.

Le prime domande che occorre porsi, dunque, sono le seguenti: che cosa deve intendersi, quantomeno nel contesto delineato dal tema di questo convegno, con “emergenza”? In che senso può dirsi (se lo si può dire) che l'emergenza è un fattore esogeno di condizionamento della produzione

---

<sup>1</sup> Il presente testo contiene esclusivamente le linee fondamentali della ricerca condotta, e viene pubblicato in versione provvisoria al solo scopo di favorire il dibattito in sede convegnistica. La versione definitiva, ampliata anche nell'apparato bibliografico e nelle conclusioni, sarà pubblicata in seguito al dibattito ed alle sollecitazioni che dal Convegno deriveranno e che certamente costituiranno ulteriore e fondamentale occasione di riflessione.

normativa?<sup>2</sup> E – quindi – che cosa vuol dire che l'emergenza è un “fattore esogeno”? “Esogeno” rispetto a cosa, verrebbe da chiedersi?

Solo rispondendo a queste domande sarà possibile delimitare il campo d'indagine e, dunque, comprendere su quali “binari” debba svilupparsi la riflessione.

## 2. L'«emergenza»

Per quanto riguarda la definizione dell'emergenza, la risposta più semplice che si potrebbe dare è quella secondo cui, quando si parla di emergenza come fattore di condizionamento della produzione normativa in tempo di crisi, ci si riferisca all'emergenza come manifestazione della necessità, intendendosi quest'ultima – secondo una impostatura risalente, per non dire antica – quale autonoma (ed indomabile) fonte del diritto<sup>1</sup>. L'emergenza sarebbe, dunque, un'ipotesi della necessità, “esogena” rispetto agli atti e ai fatti che l'ordinamento giuridico riconosce come astrattamente idonei a porre norme. E si tradurrebbe, in ultima analisi, nella “classica” necessità come fonte del diritto *extra ordinem* (e *contra legem*) che, già da secoli, è oggetto delle attenzioni della dottrina (non solo) giuridica.

La riflessione, dunque, finirebbe fatalmente per vertere sul dibattito sulla necessità come fonte del diritto<sup>2</sup> (a cominciare dalla notissima tesi di Santi Romano)<sup>3</sup>, sulle distinzioni dottrinali tra necessità “essenziale” e necessità “accidentale”<sup>4</sup> o tra “necessità nell'ordinamento” e “necessità dell'ordinamento”<sup>5</sup>, sullo stato di necessità come produttivo di fonti sulla produzione<sup>6</sup>, sulla possibilità di qualificare l'emergenza (o l'urgenza) come “specie” del “genere” necessità, sullo stato d'eccezione (schmittiano<sup>7</sup>, e non solo quello), ecc.

Viene, però, da domandarsi quale potrebbe essere l'interesse di un tale approccio.

Di là dal fatto che è tutto da dimostrare che la “emergenza” sia una *species* del *genus* “necessità”<sup>8</sup>, una simile indagine sarebbe, in ogni caso, poco utile: sia in termini assoluti, dal momento che il tema della necessità come fonte del diritto è, come noto, già stato abbondantemente studiato dalla dottrina<sup>9</sup>, senza che (a mio avviso) si registri, al momento, alcun elemento che possa indurre a credere plausibile

---

<sup>1</sup> Sostengono che l'emergenza sia una fonte del diritto, ad es.: CH. GABOLDE, *Essai sur la notion d'urgence en droit administratif français*, Paris, 1951, 107 ss., il quale, in un paragrafo significativamente intitolato «*l'urgence fait loi*», sostiene che «*l'urgence joue le rôle de créateur de droit, en dehors de tout texte légal*»; C. BROUELLE, *L'urgence en droit administratif français*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo dell'emergenza. Annuario AIPDA 2005*, Milano, 2006, 205, il quale ha affermato che «*indépendamment des textes, l'urgence est elle-même, directement, créatrice de pouvoirs*».

<sup>2</sup> Per un'efficace, benché sintetica, ricognizione delle tesi in materia si veda, ovviamente, P. G. GRASSO, *Necessità (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, XXVI, 866 ss., spec. §§ 5 ss.

<sup>3</sup> S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, 1909, p. 251-272, nonché, ora, in S. ROMANO, *Scritti minori*, a cura di G. ZANOBINI, Vol. I (*Diritto Costituzionale*),

<sup>4</sup> Il riferimento qui è a G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, I, Pisa, 1831, 83 ss.

<sup>5</sup> Le espressioni sono di P. PIOVANI, *Il significato del principio di effettività*, Milano, 1953, 63 ss.

<sup>6</sup> Sul punto cfr. A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011, 49 ss.

<sup>7</sup> Cfr. C. SCHMITT, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, Berlin, 1978, edito in Italia col titolo *La Dittatura*, a cura di A. CARACCILO, Roma, 2006.

<sup>8</sup> Tesi ampiamente sostenuta in dottrina (con riferimento, invero, all'urgenza, più che alla necessità), ma che io risolutamente tentato di contestare nel mio *La dimensione costituzionale dell'urgenza. Studio su di una nozione*, Napoli, 2020, pp. 368 ss., cui mi sia consentito rinviare anche per la ricognizione e l'analisi critica delle tesi contrarie.

<sup>9</sup> Tra le più recenti opere monografiche che si sono occupate, più o meno direttamente, del tema vanno richiamate almeno: V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986; P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003; A. BENAZZO, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Torino, 2004; P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006; A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008; G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari, 2010; A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza*, cit.; G. DE MINICO, *Costituzione emergenza terrorismo*, Napoli, 2016; E. C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2020.

un reale superamento dello stato dell'arte<sup>10</sup>; sia in termini relativi, dato che il convegno è dedicato alla «trasformazione del sistema delle fonti» in relazione al «modello costituzionale», sì che si andrebbe indubbiamente fuori tema nel trattare, invece, gli avvenimenti normogeni esterni al sistema delle fonti ed estranei rispetto al modello costituzionale.

Mi pare allora - anche riflettendo sugli altri elementi che sono stati indicati come “esogeni” dagli organizzatori del convegno (i vincoli finanziari, la tecnica<sup>11</sup>) - che il termine “esogeno” qui debba intendersi come riferito non già a fonti del diritto *extra ordinem*, bensì, piuttosto, ad elementi fattuali che provocano conseguenze sulla produzione normativa, vuoi perché incidono sui procedimenti deliberativi del soggetto normatore, che decide di assumere taluni elementi come - diciamo così - “parametro” autoimposto di ragionevolezza dell'atto giuridico (come avviene, ad esempio, quando si adotta una certa limitazione della libertà di circolazione perché essa è suggerita dal parere di un comitato tecnico-scientifico, e tanto basta - secondo chi adotta l'atto - per renderla “costituzionalmente tollerabile”), vuoi perché sono le stesse fonti del diritto a prevedere che quegli elementi fattuali influenzino l'evoluzione del sistema delle fonti (sempre ammesso - beninteso - che di vero e proprio “sistema” possa ancora parlarsi, cosa invero per nulla scontata)<sup>12</sup>, come avviene, ad esempio, con l'urgenza in relazione al decreto-legge.

Se così è, allora, il vero “fattore esogeno” di condizionamento del sistema delle fonti è non tanto l'“emergenza” ma, piuttosto, il *fatto emergenziale*, inteso dunque non già come fonte-fatto *extra ordinem*, bensì quale accadimento straordinario (e per ciò emergenziale) cui l'ordinamento consente, a certe condizioni, di influire nel processo deliberativo che conduce alla creazione od all'applicazione di norme, anche determinando esiti che, rispetto all'ordinario svolgersi della produzione normativa, possono essere definiti, in qualche misura, anomali<sup>13</sup>.

Diversamente, l'emergenza - per quello che mi pare sia l'utilizzo più comune - sembrerebbe costituire una sorta di formula sintetica con la quale indicare (e, al contempo, fornire una “veste giuridica”, un *nomen iuris* a) tutto quel complesso di fenomeni che attengono all'affiorare del fatto emergenziale, al suo influire sui meccanismi di produzione giuridica e agli esiti prodotti da tale

---

<sup>10</sup> Basti pensare che al fatto che la risalentissima distinzione fatta dal Traversa (A. TRAVERSA, *Lo “stato di necessità” nel diritto pubblico interno*, Napoli, 1916, 175 ss.) tra tesi subiettive e tesi obiettive risulta - almeno ad avviso di chi scrive - ancora fondamentalmente valida. In particolare, Egli riteneva che, nella variegata moltitudine di Autori che sostenevano che la necessità fosse fonte del diritto, potessero individuarsi due macro-categorie: quella delle tesi subiettive, che «ammettono che dallo “stato di necessità” sorga un “diritto di necessità”, del quale lo Stato sarebbe il subietto, e il Governo avrebbe l'esercizio» (Ivi, p. 175); e quella delle tesi obiettive, le quali muovono «dalla negazione formale di un diritto di necessità, del quale lo Stato sia subietto», per giungere alla conclusione che «le ordinanze emesse dal Governo, per l'esercizio del diritto di necessità, sono assolutamente illegali», pur ammettendo che «la necessità possa, in generale, aver efficacia sulla attività giuridica degli individui [...] i quali acquisterebbero la qualità di subietto giuridico, per l'atto necessitato che compiono» il quale, «uscito dal campo della legalità, resterebbe, però, in quello del diritto» (ivi, 184-185).

<sup>11</sup> Sui quali si vedano, rispettivamente, le relazioni di A. ALBERTI, *I vincoli finanziari tra fatti e norme*, e C. SICCARDI, *Organi tecnici e produzione normativa*.

<sup>12</sup> Quasi superfluo, ma proprio per ciò dovuto, il richiamo sul punto a F. MODUGNO, *È ancora possibile parlare di un sistema delle fonti?*, in M. SICLARI (a cura di), *Il pluralismo delle fonti previste dalla Costituzione e gli strumenti per la loro ricomposizione*, Napoli, 2012, 3 ss., nonché in *Rivista AIC (Archivio)*, 2008, il quale, anche di recente, è intervenuto sul tema, ribadendo la posizione secondo cui «non è più possibile parlare di un *vero e proprio* “sistema” delle fonti; non, almeno, se per “sistema” si intende (come sembrerebbe doversi intendere) un qualcosa di “chiuso” o, comunque sia, di “ordinato”» (ID., *Il criterio di competenza può rimpiazzare quello di gerarchia? Qualche riflessione su fonti del diritto e principio democratico*, in corso di pubblicazione in GIU. SERGES - S. TAISNE (a cura di), *«Roma 2020» - Il dialogo tra le dottrine*, nella Collana editoriale del Gruppo di Pisa).

<sup>13</sup> Deve, qui, farsi una precisazione, a valere per tutto il corpo della trattazione. Quando userò espressioni come “esiti anomali”, “anomalie giuridiche” o, dall'altro lato, “diritto ordinario”, “norme ordinarie” *et similia*, non voglio certo fare riferimento alla collocazione al di fuori dello *jus conditum* delle norme giuridiche emergenziali e degli effetti da essere prodotti. Se così fosse, il mio ragionamento cadrebbe fatalmente in contraddizione con la premessa per la quale non mi occuperò dell'emergenza come fonte del diritto. Gli istituti urgentiali qui presi in considerazione sono istituti previsti dall'ordinamento giuridico e, in quanto tali, devono essere considerati tutti “normali” ed “ordinari”. I termini “anomalia” ed “ordinarietà”, dunque, devono essere intesi in senso lato, come riferimento alla “straordinarietà” dell'evento urgente ed alla attivazione di strumenti emergenziali che, nell'ordinario, rimangono quiescenti.

influenza. Possiamo dire, forse semplificando un po' (ma neanche troppo) che l'emergenza è *il regime* (giuridico) del fatto emergenziale.

Se ne deduce che, in realtà, la domanda cui sono chiamato a dare una risposta non è tanto se l'emergenza costituisca un fattore esogeno di condizionamento della produzione normativa in tempo di crisi, quanto piuttosto la seguente: *in che modo il fatto emergenziale condiziona la produzione normativa?*<sup>9</sup>

### 3. Emergenza, urgenza, crisi

Benché il campo d'indagine appaia, così, notevolmente ridimensionato, le questioni definitorie – la cui risoluzione, come ho già detto, ritengo indispensabile per poter mettere a fuoco il tema della relazione – non sono ancora esaurite.

Stabilita – almeno in via approssimativa – la distinzione tra emergenza e fatto emergenziale, occorre infatti comprendere con maggiore precisione non solo in che cosa consista questo “fatto emergenziale”, ma anche quale sia l'esatta portata concettuale dell'emergenza rispetto ad altri concetti “vicini”, a cominciare da quello di “crisi” la cui centralità per i nostri scopi è resa evidente, se non altro, dal fatto che esso è evocato nel titolo del convegno.

Ora, per quanto riguarda il concetto di “crisi” e la sua distinzione da quello di “emergenza”, mi pare che possa essere fatta valere proprio la ripartizione implicitamente suggerita dal sotto-titolo del convegno: “emergenza e persistenza”.

L'emergenza, infatti, è una *rottura repentina e provvisoria* della normalità<sup>14</sup>; alla quale ben può seguire, una volta cessata (e se, per l'appunto, non determina una crisi), un *ritorno* alla normalità, solo provvisoriamente perduta. La crisi (che può essere *anche*, ma non necessariamente, determinata da un accadimento emergenziale) consiste, invece, nella fase di instabilità che consegue alla *irrimediabile alterazione* di una normalità che non potrà più essere riconquistata tale e quale; il superamento della crisi, in altri termini, non può che essere determinato dall'insorgere di una *nuova* normalità che, fondandosi su di un ritrovato equilibrio, ponga fine alla fase di instabilità.

In dottrina si è parlato, a tal riguardo, di una «funzione conservativa dell'emergenza», contrapposta ad una «funzione evolutiva della crisi»<sup>15</sup>.

Questa distinzione – che si pone a monte di quella, classica, tra emergenza costituzionale e crisi costituzionale<sup>16</sup> – è foriera di conseguenze anche sul piano delle fonti del diritto: quelle condizionate dall'emergenza sono legittime fintanto che provvisorie, e tendono al ripristino della normalità interrotta, sì che contravverrebbero alla loro *raison d'être* qualora perdurassero in vigore anche una volta cessata l'emergenza, dato che la loro stessa esistenza impedirebbe il ristabilimento dell'equilibrio preesistente; quelle condizionate dalla crisi, invece, intervengono in un momento in cui non è (o non è più) possibile il conseguimento dello *status quo ante crisis*, e ben possono avere carattere tendenzialmente *stabile* (ovverosia *non provvisorio*), posto che il loro scopo è proprio quello di favorire l'uscita dalla instabilità e l'instaurazione di una nuova stabilità, cioè di una nuova normalità. È – a mio avviso – in questo senso che, a proposito della crisi, può parlarsi di “persistenza”, e che quest'ultima può essere sensatamente contrapposta all'emergenza.

---

<sup>14</sup> Illuminante, a tal riguardo, la definizione dell'emergenza offerta dal Curi, il quale sottolinea come «non si dà emergenza come condizione “assoluta”, né tanto meno come situazione “oggettiva”, ma solo ed unicamente come presentarsi inatteso e transitorio di una a-normalità» (U. CURI, *Il falegname e la norma*, in *Antigone. Bimestrale di critica dell'emergenza*, n. 3-4/1985, 49).

<sup>15</sup> G. MARAZZITA, *Op. cit.*, p. 151.

<sup>16</sup> Sulla quale v. P. PINNA, *Op. cit.*, 77 ss., V. ANGIOLINI, *Op. cit.*, 126 ss., G. DE VERGOTTINI, *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, Milano, 1971, 272 ss., e G. MARAZZITA, *Op. cit.*, 149 ss. Quest'ultimo Autore, rifacendosi, in particolare, alla ricostruzione del Pinna, così sintetizza efficacemente la distinzione in esame: «Per crisi costituzionale [s']intende una condizione nella quale è posto in questione un determinato assetto – valori ed organizzazione conseguente – dell'esercizio del dominio politico e, dunque, un processo di trasformazione il cui risultato è un nuovo ordine costituzionale. L'emergenza, invece, non mette in discussione l'ordinamento costituzionale esistente, anzi opera per la sua conservazione, richiede e presuppone un ordine costituzionale saldo; sicché non introduce alcun mutamento stabile in tale ordine fuori discussione, ma lo rafforza ed evita il suo cambiamento» (Ivi, pp. 149 s., nt. 14).

La pandemia di Covid-19 ci offre, sul punto, un esempio piuttosto chiarificatore, laddove il “confinamento” (o *lockdown*, come – per motivi a me ignoti – si è preferito chiamarlo in Italia)<sup>17</sup> è un intervento strettamente emergenziale, mentre l’obbligo di vaccinazione costituisce piuttosto una misura anti-crisi (ma sul punto tornerò in seguito).

Prima di proseguire con la trattazione, tuttavia, c’è, a mio avviso, almeno un altro concetto cui occorre raffrontare quello di emergenza, vale a dire quello di *urgenza*.

L’urgenza non compare né nel titolo del convegno, né in quello delle singole relazioni. E la cosa non sorprende, dacché (non da oggi) la particolare permeabilità dell’italiano all’inglese ha determinato – in controtendenza rispetto ad altre lingue neo-latine – un progressivo affiancamento della parola “emergenza” a quella “urgenza”<sup>18</sup>, che si è poi tradotta, nell’uso, in una tendenziale preferenza (almeno in certi contesti) per la prima sulla seconda. Vale la pena di chiedersi, però, se i due termini (ed i concetti che essi esprimono) siano davvero del tutto coincidenti.

Qui, per motivi di brevità, mi rimetto all’analisi già compiuta in precedenti riflessioni<sup>19</sup>, ove giungevo alla conclusione che la parola “emergenza” descriva – nel “nuovo” uso che si è venuto progressivamente ad affermare – un concetto appartenente alla medesima nozione di “urgenza” (rispetto alla quale, dunque, si pone in rapporto di *species a genus*), caratterizzantesi per l’indicare quelle urgenze che si manifestano sotto forma di “stato di cose”: stato d’assedio, stato di guerra, stato di pericolo pubblico, stato di calamità naturale o, più genericamente, stato d’emergenza, a sua volta variamente declinabile (stato d’emergenza terroristica, stato d’emergenza pandemica, ecc.). Diversamente, si tenderebbe a non usare il termine emergenza – preferendogli, in questo caso, quello di urgenza (da intendersi, quindi, quale urgenza “in senso stretto”) – quando la situazione emergenziale è data non già da uno “stato di cose”, bensì dall’approssimarsi di un “scadenza” o dall’insorgere di un *periculum in mora*, tali da determinare la necessità di adottare specifici provvedimenti o procedure (chiamati, per l’appunto, “provvedimenti d’urgenza” o “procedure d’urgenza”).

Naturalmente la proposta ricostruttiva appena esposta non riesce a spiegare tutti i casi in cui ricorre, nel linguaggio giuridico, la parola emergenza (il cui uso, d’altronde, si caratterizza per una buona dose di casualità). Essa, tuttavia, sembra poter avere una discreta validità se intesa quale distinzione di massima basata sull’uso più consueto che si fa dei due termini nei testi normativi, in cui – ad esempio – si parla di “stato d’emergenza” (e non, come in Francia, di “stato d’urgenza”) con riferimento a «calamità naturali o connesse con l’attività dell’uomo che in ragione della loro intensità ed estensione debbono, con immediatezza d’intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo» (artt. 5, co. 1, e 2, co. 1, lett. c), l. n. 225/1992, oggi abrogato dal d.lgs. n. 1/2018) e si parla, invece, di “urgenza” con riferimento ad atti di tipo provvedimentale (ordinanze contingibili e urgenti, decreti-legge da emanarsi in casi straordinari di necessità e urgenza, ecc.) o a procedure caratterizzantesi per una particolare celerità (quelle, ad esempio, di cui all’art. 72, co. 2, Cost. od all’art. 700 c.p.c.).

So bene che la questione potrebbe, a prima vista, sembrare di “lana caprina”. A me pare però che, volendo guardare più in profondità, anche la corretta definizione dei termini “emergenza” ed “urgenza” – così come quella, sopra richiamata, del termine “crisi” – sia foriera di conseguenze sul piano della produzione giuridica. Ad accogliere la ricostruzione qui proposta, infatti, vi sarebbe “emergenza” ogni qual volta l’urgenza risulti il presupposto non già per l’adozione di un singolo provvedimento o per lo

---

<sup>17</sup> Come ha efficacemente sottolineato il Presidente dell’Accademia della Crusca Claudio Marazzini «si è saccheggiato il vocabolario inglese per descrivere questa nuova emergenza» (A. VIVALDI, *Così il Covid-19 cambia la lingua. L’intervista al presidente della Crusca*, in *la Repubblica*, 14 maggio 2020, p. 1, 11 ss.).

<sup>18</sup> Occorre ricordare, infatti, che il lemma “emergenza” costituiva, in origine, una semplice variante morfologica di quello “emersione”, ed è solo con la diffusione, in Italia, dell’inglese *emergency* che è affiorato, «sull’esempio dell’ingl. *Emergency*», l’attuale significato di «particolare condizione di cose, momento critico, che richiede un intervento immediato, soprattutto nella locuzione *stato di emergenza*» (voce *Emergenza*, in *Treccani on-line*, sign. 2b; ma v. anche G. DEVOTO, *Avviamento alla etimologia italiana. Dizionario etimologico*, Milano, 1979, 147, voce “emergenza”: «astr. di emèrgere, nel sign. politico dall’ingl. *emergency* “qualcosa che salta fuori (improvvisamente)”, perciò “pericolo”»).

<sup>19</sup> Mi riferisco, ancora una volta, al mio *La dimensione costituzionale dell’urgenza*, cit., al quale – dato l’argomento affrontato – sarò costretto (e, per ciò, chiedo qui, una volta per tutte, di essere perdonato) a fare diversi rinvî (anche impliciti) nel corso della trattazione.

svolgimento eccezionalmente rapido di una determinata procedura, bensì per l'instaurazione di una sorta di "ordinamento alternativo" – certo, limitato nel tempo e nello spazio, ma pur sempre alternativo a quello "ordinario" – in cui i rapporti tra interessi, diritti e principi appaiano declinati (o, se si preferisce, "bilanciati") in modo diverso dall'ordinario. Questa definizione, peraltro, si ricongiunge con quella che avevo grossolanamente enucleato poc'anzi dell'emergenza (ma sarebbe più appropriato dire, a questo punto, dello "stato d'emergenza") come "regime" del fatto emergenziale.

Il che vuol dire, probabilmente, che la domanda iniziale – *in che modo il fatto emergenziale condiziona la produzione normativa?* – richiede risposte diverse a seconda che per "fatto emergenziale" s'intenda un generico "fatto urgente", ovvero – e più specificamente – un "fatto emergenziale" in senso proprio, vale a dire un fatto urgente da cui discende l'avverarsi (non già di una qualunque urgenza, bensì) di una vera e propria emergenza, perché in quest'ultimo caso il "condizionamento della produzione normativa" acquisirà, gioco-forza, delle caratteristiche peculiari date dall'insorgere di una "emergenza", cioè di uno "stato di cose", e, quindi, dal costituirsi di un "regime", di un "ordinamento alternativo".

#### 4. "Fattore bisogno" e "fattore tempo", tra false emergenze e principio di ragionevolezza

Il punto appena evocato ci conduce all'ultima questione definitoria che va affrontata, e che potremmo così riassumere: stabilito, in via generale (e al netto di qualche inevitabile approssimazione), cosa s'intenda per "emergenza", possiamo dire che – sul piano della produzione normativa – tutte le emergenze siano uguali?

In altri termini: di là dalla definizione puramente fenomenologica dell'emergenza, che cosa è *giuridicamente* qualificabile come emergenza e, quindi, come fatto emergenziale idoneo a *legittimamente* condizionare la produzione normativa, e che cosa, invece, non lo è? Esistono delle "false" emergenze, alle quali dovrebbe essere inibito il condizionamento della produzione normativa, almeno quando il condizionamento è tale da determinare deroghe od eccezioni al normale svolgimento del sistema delle fonti? Esiste una specificità delle "emergenze di rilievo costituzionale" rispetto ad altre emergenze? E, in definitiva: può qualunque fatto, purché dichiarato "urgente" o "emergenziale", giustificare provvedimenti limitativi delle libertà costituzionali o derogatori rispetto alla ordinaria separazione delle funzioni statuali?

Ognuna di queste risposte potrebbe essere oggetto di una specifica relazione, senza peraltro che sia comunque possibile giungere a conclusioni universalmente accolte. Riterrò allora sufficiente – data la circostanza – enucleare delle definizioni che, benché forse controvertibili sotto diversi profili, possano risultare soddisfacenti almeno per i limitati scopi di questa relazione.

Per quanto riguarda il "fatto emergenziale", occorre naturalmente distinguere il fatto urgente in sé considerato (l'accadimento straordinario sul piano fenomenologico)<sup>20</sup> dalla fattispecie urgente (cioè l'accadimento straordinario sul piano giuridico o, forse più correttamente, l'accadimento straordinario sul piano fenomenologico idoneo a produrre "anomalie" anche sul piano giuridico)<sup>21</sup>, e quest'ultima dalla "fattispecie emergenziale" propriamente detta, la quale si caratterizza – come già detto – per la circostanza che la "anomalia" prodotta sul piano giuridico si traduce in uno "stato di cose" (nel senso dell'espressione dapprima precisato).

---

<sup>20</sup> Corrispondente a quella che il Marazzita definisce, opportunamente, come «la natura "fattuale" del fatto straordinario», data dall'insorgenza di situazioni che «incidono direttamente sulla realtà effettuale, comportandone una evidente alterazione» (G. MARAZZITA, *Op. cit.*, p. 162).

<sup>21</sup> Anche in questo caso è efficace la sintesi proposta dal Marazzita, il quale osserva come gli accadimenti giuridici provocati dal fatto straordinario possono essere riassunti nella proposizione «*il diritto vigente è inadeguato*» (enfasi dell'A.). Adattando tale formula alla ricostruzione qui proposta, forse, si potrebbe "emendare" la proposizione, affermando che il problema posto sul piano giuridico dal fatto straordinario risiede nella circostanza che il diritto vigente *per l'ordinario* è inadeguato, dacché è ben possibile che l'ordinamento si sia già dotato di strumenti adeguati a fronteggiare lo straordinario (e che, anzi, possono svolgere un'assai positiva opera di facilitazione nella qualificazione di una determinata fattispecie quale urgente od emergenziale).

Una *vexata quaestio* è quella se la fattispecie urgente od emergenziale attenga al “fattore tempo” ovvero al “fattore bisogno”. Senza qui poter rievocare l’infinito dibattito che si è creato attorno a tale tematica, procedo direttamente ad esporre, sia pure per sommi capi, la mia posizione al riguardo<sup>22</sup>:

a) occorre, innanzitutto, considerare che “fattore tempo” e “fattore bisogno” sono – e devono essere – due fattori separati, la cui fusione concettuale (operata da chi, ad esempio, ritiene, autorevolmente, che non possa esistere un’urgenza in sé considerata, ma solo un’indistinguibile “necessità urgente”)<sup>23</sup> non è (o, comunque sia, non è più) sostenibile, né sul piano concettuale<sup>24</sup>, né, tanto meno, su quello costituzionalistico, dacché l’assorbimento del “fattore tempo” all’interno del “fattore bisogno” conduce ineluttabilmente alla totale impossibilità di oggettivare l’urgenza, e si traduce, dunque, nella possibilità di giustificare l’uso di “poteri urgenti” (che, per caratterizzazione ontologica, sono sovente assai pericolosi sul piano della garanzia dei diritti e della separazione dei poteri) anche in situazioni del tutto avulse da qualunque reale urgenza (basti pensare a quanto avviene con la decretazione d’urgenza ed agli effetti prodotti dal suo abuso sulla forma di governo)<sup>25</sup>;

<sup>22</sup> Per la cui dimostrazione si rinvia alle pp. 368 ss. del mio lavoro monografico.

<sup>23</sup> Si tratta, com’è noto, di un’opinione molto diffusa in dottrina. Già in tempi remoti G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Archivio di Diritto pubblico*, Vol. I, fasc. 1, Padova, 1936, p. 429, osservava come «la nozione di necessità va completata con quella dell’urgenza», mentre F. FRANCHINI, *Lo stato di necessità nel diritto costituzionale*, Roma, 1943, chiariva come «urgenza e necessità non sono termini giuridicamente separabili». Più di recente, si possono registrare (tra le altre) le opinioni, particolarmente autorevoli, di: A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto. Art. 1-9*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca. Disposizioni sulla legge in generale*, I ed., Bologna-Roma, 2011, 508-509, secondo cui «i due termini “necessità” ed “urgenza” compong[ono] una mera endiadi»; G. U. RESCIGNO, voce *Ordinanze e provvedimenti di necessità e di urgenza (diritto costituzionale e amministrativo)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XI, 1965, 89-103, il quale afferma che «è errato distinguere qualitativamente per concetto l’urgenza dalla necessità: infatti l’urgenza non è che una specie del genere necessità [...]. Perciò ogni volta che la legge, prevedendo un potere di ordinanza, dice urgenza, questa va sempre intesa come necessità urgente» (p. 100); C. FRESA, *Provvisoria con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, Padova, 1981, pp. 49-51, il quale ritiene che «la necessità e l’urgenza [...] vanno risolte [...] in un’endiadi, dovendosi parlare di necessità urgente o di urgenza necessitata», la quale costituisce una «nozione giuridica indeterminata a struttura complessa». Anche in Francia la tesi “unitarista” della necessità ed urgenza è piuttosto diffusa. Secondo L. NIZARD, *La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la légalité*, Paris, 1962, p. 110, ad esempio, «l’urgence est [...] un cas particulier de la nécessité, mais elle n’est que cela». Anche R. PALLARD, *L’exception de nécessité en droit civil*, Paris, 1949, pp. 243-245, osservava come l’urgenza «présente, en effet, les mêmes caractères essentiels que la notion de nécessité», dalla quale si distingue unicamente perché «a un domaine d’application moins vaste que la seconde: l’urgence se réfère, en effet, non pas à la nécessité d’agir, mais à la nécessité d’agir vite».

<sup>24</sup> Si condivide qui, dunque, l’opinione di chi ha sostenuto che «non pare esatto, oltre che utile, ritenere l’urgenza una *species* del *genus* necessità» (L. GIANNITI – P. STELLA RICHTER, voce *Urgenza (Diritto pubblico)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XLV, Milano, 1992, 902), che necessità e urgenza «non costituiscono una mera endiadi, perché non esprimono lo stesso concetto» (G. SILVESTRI, *Alcuni profili problematici dell’attuale dibattito sui decreti-legge*, in *Politica del diritto*, 1996, 437), che «quella relativa alla sussistenza della *necessità* e, a seguire, quella relativa alla esistenza dell’*urgenza* sono due valutazioni distinte» (D. CHINNI, *Decretazione d’urgenza e poteri del Presidente della Repubblica*, Napoli, 2014, p. 33) e che «l’urgence ne se confond pas avec la nécessité» (G. CAMUS, *L’état de nécessité en démocratie*, Paris, 1965, p. 92).

<sup>25</sup> Come è stato osservato con non comune chiarezza, infatti, l’imponente abuso (sia in termini qualitativi che in termini quantitativi) della decretazione d’urgenza ha condotto ad una profonda modificazione de «l’assetto delineato nella costituzione formale: si è assistito ad un vero e proprio capovolgimento di ruoli tra Governo e Parlamento, con squilibri e scompensi nella separazione dei poteri e forti impatti su altri valori costituzionalmente tutelati» (A. CELOTTO, voce *Decreto-legge (postilla di aggiornamento)*, in *Enc. Giur.*, Roma, 2001, 6). Sulla decretazione d’urgenza, essendo la letteratura in materia davvero sterminata, sia consentito rinviare, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, alle seguenti opere monografiche o collettanee: F. MOHRHOFF, *Note sul decreto legge nel diritto costituzionale italiano e comparato*, Roma, 1962; G. VIESTI, *Il decreto-legge*, Napoli, 1967; V. DI CIOLO, *Questioni in tema di decreti-legge*, Milano, 1970; F. CAZZOLA – A. PREDIERI – G. PRIULLA (a cura di), *Il decreto-legge fra Governo e Parlamento*, Milano, 1975; AA. VV., *Decreto legge e suoi aspetti problematici*, Roma, 1980; C. FRESA, *Op. cit.*; F. CAZZOLA – M. MORISI, *L’alluvione dei decreti: il processo legislativo tra settima e ottava legislatura*, Milano, 1981; G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto legge*, Padova, 1989; AA. VV., *I decreti-legge non convertiti. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nel giorno 11 novembre 1994*, Milano, 1996; A. CELOTTO, *L’«abuso» del decreto-legge. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Vol. I, Padova, 1997; A. CONCARO, *Il sindacato di costituzionalità sul decreto-legge*, Milano, 2000; N. MACCABIANI, *La conversione dei decreti-legge davanti alla Camera dei Deputati*, Brescia 2001; F. VARI, *La conversione del decreto legge*, Roma, 2003; A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge. La decretazione d’urgenza dopo la sentenza n. 360/1996 della Corte costituzionale*, Milano, 2003; ID. (a cura di), *L’emergenza infinita. La decretazione d’urgenza in Italia*, Macerata, 2006; A. GHIRIBELLI, *Decretazione d’urgenza e qualità della produzione normativa*, Milano, 2011; M. CARTABIA – E.

b) se è vero che “fattore tempo” e “fattore necessità” non vanno confusi (né sul piano concettuale, né sul piano della verifica della loro sussistenza), è non meno vero – come già affermava, molto efficacemente, il Franchini – che «ogni provvedimento, specie di diritto pubblico, è sempre improntato ad un *minimum* di necessità e di urgenza»<sup>26</sup>, nel senso che ogni provvedimento ha una rilevanza sia in relazione al bisogno che in relazione al tempo. Una “fattispecie urgente” (o “emergenziale”) è quindi una fattispecie caratterizzata tanto da una particolare urgenza, quanto da una particolare necessità (che possiamo pertanto definire “necessità urgente”, senza che tale “necessità urgente”, però, possa essere confusa con l’urgenza stessa). Una situazione di urgenza propriamente detta è quella in cui una straordinaria circostanza di fatto mette in pericolo immediato un bene. Il decisore, verificata la effettiva indifferibilità di un intervento qualora volesse mettersi al riparo quel bene (valutazione del “fattore tempo”), deve poi scegliere se e come occorre intervenire (valutazione del “fattore bisogno”);

c) l’urgenza potrebbe, allora, essere definita in tal modo: *vi è urgenza ogni qualvolta si presenti una circostanza tale per cui, se non si pone immediatamente in essere un’azione volta a conseguire A* (cioè la messa in sicurezza del bene in pericolo) *è almeno probabile che non possa realizzarsi B* (cioè la perdita del bene in pericolo); e, di conseguenza, *vi è necessità (urgente) ogni qualvolta si reputi prioritario il bisogno di evitare B, perseguendo il fine A con il mezzo/modo C* (laddove C rappresenta la forma e/o il contenuto specifico della misura urgente, che deve essere idoneo e proporzionato al perseguimento del fine)<sup>27</sup>.

Se così è – e ovviamente io ritengo che lo sia – le varie domande che ci siamo poc’anzi posti attongono in alcuni casi al “fattore tempo”, in altri al “fattore bisogno”.

Chiedersi se esistano delle “false emergenze” (e quindi delle “false urgenze”) attiene, ad esempio, al “fattore tempo”, perché è la sussistenza (o l’insussistenza) di quella speciale condizione di “indifferibilità” che consente, a mio avviso, di distinguere una urgenza “vera” da un’urgenza “falsa”.

Chiedersi, invece, se sia legittimo intervenire sul piano giuridico attiene chiaramente al “fattore bisogno”, perché si tratta di svolgere una valutazione sulla *necessità* di adottare un provvedimento urgente e, quindi, di eventualmente produrre quella “anomalia” giuridica cui si faceva poc’anzi riferimento.

I due fattori, infine, concorrono nella determinazione del tipo e del contenuto dell’atto urgente (ed è probabilmente da tale concorrenza che nasce la confusione tra di essi), dacché è ovvio che il provvedimento o la misura urgente, per essere efficaci (prima ancora che legittimi) devono tenere in eguale considerazione sia il *quantum* di indifferibilità dell’intervento (“fattore tempo”), sia *cosa* è necessario fare per porre al riparo il bene il pericolo (“fattore bisogno”). Ad esempio: *è sufficiente un provvedimento di legge abbreviato o è necessario un decreto-legge?*

## 5. (segue) Gli elementi di legittimità dell’atto urgente

Quanto, da ultimo, alla legittimità dell’atto, essa è data da tre elementi.

Il primo è, per l’appunto, il raggiungimento di un equilibrio, di una concordanza tra il “fattore tempo” e il “fattore bisogno”. Detto in termini più semplici: l’atto urgente deve essere, nella forma e nel contenuto, efficace (cioè adeguato) e proporzionato rispetto all’obiettivo da conseguire. Esso deve, cioè, essere *ragionevole*<sup>28</sup>.

---

LAMARQUE – P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici. Atti del convegno annuale dell’Associazione “Gruppo di Pisa”*, Torino, 2011; D. CHINNI, *Op. cit.*; R. CALVANO (a cura di), *Legislazione governativa d’urgenza e crisi*, Napoli, 2015; E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell’età dell’accelerazione*, Torino, 2017, 118 ss.; G. BERNABELI, *Carattere provvedimentale della decretazione d’urgenza: l’amministrazione con forza di legge*, Padova, 2017; C. DOMENICALI, *Il provvedimento-legge*, Napoli, 2018.

<sup>26</sup> F. FRANCHINI, *Sui provvedimenti amministrativi di urgenza*, in *Rassegna di Diritto pubblico*, 1946, I parte, p. 30.

<sup>27</sup> Su queste definizioni si veda, più nel dettaglio, il mio lavoro monografico, pp. 554 ss.

<sup>28</sup> Che l’adeguatezza e la proporzionalità siano manifestazioni della ragionevolezza costituisce un principio ormai così radicato nel nostro ordinamento e nella nostra cultura costituzionalistica che, francamente, non sembra utile soffermarsi. In ogni caso si rinvia, per ulteriori approfondimenti, almeno a: F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, nonché ID., *Ragione e ragionevolezza*, I ed., Napoli, 2012; G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della*



Il secondo elemento è dato, invece, dall'esistenza di *divieti* quanto al mezzo o al modo con cui s'intende far fronte all'urgenza od all'emergenza. Sul punto, però, tornerò in un secondo momento.

Quanto al terzo ed ultimo elemento (che in realtà, sul piano logico, costituirebbe il secondo), esso è dato da una valutazione sulla necessità di proteggere il bene in pericolo, oltretutto – volendo essere forse più chiari – dalla sussistenza di un *obbligo giuridico* di evitare che si producano gli effetti conseguenti alla mancata adozione del provvedimento o della misura.

Sottolineo, qui, il concetto di “obbligo giuridico”, perché secondo me esso rappresenta davvero la chiave di comprensione del “fattore bisogno” in relazione all'emergenza, posto che – in uno stato costituzionale di diritto – esso deve inevitabilmente essere enucleato sul piano giuridico, anziché su quello fattuale (altrimenti saremmo di fronte alla necessità come fonte del diritto, anziché come presupposto di esercizio di poteri d'emergenza previsti nell'ambito dello *jus conditum*).

Cerco di spiegarmi meglio.

C'è un esempio che gli Autori francesi che si sono occupati di urgenza usano sempre per spiegare il concetto: «*quand la maison brûle on ne va pas demander au juge l'autorisation d'y envoyer les pompiers*»<sup>29</sup>. Oltretutto: quando la casa brucia, non ci mettiamo certo a domandare l'autorizzazione al giudice (come richiederebbe il diritto “ordinario”) per mandare i pompieri.

La fortuna di questo esempio discende, ovviamente, dal fatto che esso è di immediata comprensione. Ma tale immediata comprensione discende, a ben vedere, dalle circostanze di fatto, che rendono intuitivo, anche per il *quisque de populo*, il ragionamento. Sul piano giuridico la domanda che dobbiamo porci invece è: per quale motivo non dovremmo volere che la casa bruci? Qual è il diritto, la libertà, il principio messo in pericolo dall'incendio? Questo diritto, questa libertà o questo principio è riconosciuto come meritevole di tutela dall'ordinamento? E lo è fino al punto di giustificare la compressione o, comunque sia, la limitazione, sia pure parziale e provvisoria, di un altro diritto, di un'altra libertà, di un altro principio?

Possono sembrare domande perfino banali; eppure, nella realtà dei fatti, non è così scontato che esse vengano poste. Sempre rifacendosi alla dottrina francese, ricordo che il Wattine diceva che «*l'urgence ne se définit pas, elle se constate et elle s'affirme*» (l'urgenza non si definisce: si constata e si afferma)<sup>30</sup>. Mi pare che sulla necessità d'intervenire in situazioni d'urgenza prevalga un po' la stessa idea: essa si constata, anzi forse, addirittura, s'intuisce. Attentati terroristici, recessione finanziaria, terremoti, eruzioni vulcaniche, pandemie... c'è davvero bisogno di chiedersi quale sia il bene giuridico in gioco, prima d'intervenire?

Ebbene, secondo me sì. Perché per quanto la necessità d'intervenire possa risultare auto-evidente sul piano fattuale, l'assenza di una – diciamo così – “ricomposizione” dell'evento empirico in evento giuridico è esattamente ciò che apre le porte all'abuso dei poteri d'urgenza e, quindi, allo scardinamento della rigidità costituzionale, della separazione dei poteri, della garanzia dei diritti.

## 6. (segue) La funzione dell'atto urgente e le emergenze di rilievo costituzionale

Si tratta, in altri termini, di interrogarsi sulla funzione dell'atto urgente (intendendosi, con tale, generica espressione, qualunque provvedimento o misura di tipo urgente od emergenziale) e sul fondamento giuridico degli effetti che esso può produrre all'interno dell'ordinamento.

Qual è la necessità che giustifica l'adozione di un atto urgente?

---

*ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005.

<sup>29</sup> J. ROMIEU, *Conclusions T.C.*, 2 dicembre 1902, *Société immobilière de Saint-Just*.

<sup>30</sup> Si tratta di una frase nota e citata da molti Autori, ciascuno riportandola da altri. G. PAMBOU TCHIVOUNDA, *Recherche sur l'urgence en droit administratif français*, in *Revue du droit public et de la Science politique en France et à l'étranger*, 1983, 81-134, 92, nt. 28), ad esempio, la riprende dal Rials (S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, 1980), il quale, a sua volta (94, nt. 462), la riprende da Grévisse (*concl. S. 14.11.1958, reconstruction*, A.J., 1958.1.186).

Necessità di mettere in sicurezza un bene pericolante? Se così fosse sarebbero esclusi tutti gli atti urgenti che non hanno una funzione, per così dire, “cautelare” (sia pure intendendosi il termine in senso molto lato).

Necessità di agire in modo tempestivo? Certo, ma questa non è una necessità tipica dell’urgenza, quantomeno non dell’urgenza “qualificata” secondo diritto, nella misura in cui la “tempestività”, com’è stato opportunamente notato, è una qualità propria di qualunque atto normativo<sup>31</sup>.

A me pare che per spiegare la funzione dell’atto urgente in termini giuridici, anziché fattuali, ben possa farsi riferimento ad una categoria, invero ben nota ai costituzionalisti, benché in tutt’altro ambito: quella delle “situazioni di maggiore incostituzionalità”, da intendersi qui in senso più generico quali “situazioni di maggiore illegittimità”.

Una categoria che, se si rivelasse applicabile all’urgenza, sarebbe “perfetta” per i nostri scopi, poiché individuerebbe la ragion d’essere dell’atto urgente (e quindi la urgente necessità) non già nella necessità data da un “fatto materiale”, che si collocherebbe al di fuori dell’ordinamento giuridico e potrebbe autorizzare visioni – per così dire – “legalizzatrici” dell’urgenza<sup>32</sup>, ma in quella data da un “fatto giuridico”. Volendo semplificare, si potrebbe dire che l’uso della categoria delle situazioni di maggiore illegittimità consente il passaggio dalla vecchia concezione della *nécessité fait loi* (o, se si preferisce, “*necessitas non habet legem, sed ipsa sibi facit legem*”) ad una nuova concezione per la quale non è più la necessità a fare la legge ma, in qualche modo, è la legge a fare la necessità (urgente).

Una tale concezione della necessità urgente sarebbe, a mio avviso, ben più consona ai principî del costituzionalismo moderno, rispetto a quella – ormai inaccettabile – della *salus rei publicae*, specie con riferimento alle capacità derogatorie, eccezionali o sospensive dell’atto urgente. *Dire che si derogano, si eccepiscono, si sospendono, si limitano una o più regole per non doverne sacrificare un numero maggiore, infatti, costituisce una giustificazione che riporta anche le più gravi manifestazioni dell’urgenza all’interno della unità dell’ordinamento, evitandone così la (altrimenti inevitabile) interruzione, e definisce bene, in via generale, i limiti finalistici ai quali la necessità urgente è sottoposta, riducendoli ad uno solo: quello di poter operare esclusivamente al fine di evitare situazioni di maggiore illegittimità.*

Ed è – a mio avviso – (solo) in questo senso che si può effettivamente distinguere tra “emergenze di rilievo costituzionale” ed “altre” emergenze, potendosi parlare a giusto titolo di *emergenza di rilievo costituzionale* ogni qual volta l’intervento urgente (od emergenziale) è finalizzato ad evitare non già una generica situazione di maggiore illegittimità, bensì, più specificamente, una situazione di maggiore incostituzionalità<sup>33</sup>.

Torniamo così al discorso sulla sussistenza di un obbligo giuridico di intervenire, e di intervenire anche in modo giuridicamente “anomalo”, come condizione di legittimità dell’atto urgente.

Ora, se la ricostruzione da me proposta dovesse risultare convincente, dovremmo convenire sulla seguente conclusione: è la sussistenza di una situazione di fatto che, in assenza di un intervento *difforme*,

---

<sup>31</sup> L’osservazione è di A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Bologna, 2003, 358, il quale, in realtà, si riferisce alla funzione legislativa – ma ci pare che il medesimo ragionamento possa adattarsi a qualunque attività normativa – rilevando come la tempestività sia «una qualità della legge che il Parlamento può e deve perseguire».

<sup>32</sup> Il riferimento qui è alle tesi che riguardano all’atto urgente come atto anti-giuridico reso legittimo dalla necessità di agire. La parola “anti-giuridico” viene tradizionalmente accostata, dall’inizio del XX secolo, alle teorie dello stato di necessità, sia in ambito giuspubblicistico che in ambito penalistico. Per la precisione, come nota B. INZITARI, voce *Necessità (stato di) – Diritto privato*, AA. VV., *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXVI, Milano, 1977, 852-866, la categoria dell’anti-giuridicità è di provenienza penalistica, «frutto della elaborazione (specialmente tedesca) della dottrina di questo settore», e serve ad «identificare il momento oggettivamente lesivo, che si caratterizza per “opposizione ad un precetto di diritto nell’offesa di un interesse protetto dall’ordinamento giuridico». In ambito giuspubblicistico, l’idea di fondo era quella – alla quale già s’è fatto cenno – della necessità come fonte del diritto. Muovendosi da tali presupposti, si riteneva che l’atto urgente, formandosi non già in virtù di una norma dell’ordinamento bensì a cagione della necessità, si imponeva sulle regole giuridiche, trasgredendole. In tal senso si diceva che l’atto era anti-giuridico, ma che non era illegittimo (diritto pubblico) o punibile (diritto penale) in quanto mosso da necessità.

<sup>33</sup> Distinguerci ulteriormente, peraltro, tra “emergenze di rilievo costituzionale” ed “emergenze di natura costituzionale”, laddove le seconde sono quelle emergenze nelle quali – diciamo così – la Costituzione viene dominata dall’emergenza e, dunque, di fatto sospesa. Le emergenze di natura costituzionale, in altri termini, sono quelle nelle quali la necessità riesce ad imporsi come fonte del diritto, sopraffacendo la Costituzione.

*nella forma o nella sostanza, dal diritto “ordinario”, produce, sul piano giuridico, una situazione di maggiore illegittimità, a far “scattare” un obbligo giuridico di intervenire e di intervenire anche derogando, eccepando, sospendendo o, comunque sia, limitando o diversamente bilanciando diritti e principî. E tale obbligo giuridico troverebbe il suo fondamento – per dirla in modo semplice – in un principio generale (che di fatto costituisce una manifestazione del principio di legalità costituzionale) secondo cui ogni atto compiuto all’interno dell’ordinamento non può che tradursi in una riaffermazione dei suoi principî e dei suoi diritti, giammai in una negazione (come invece avviene quando si teorizza l’atto urgente come “atto antiggiuridico”), neanche quando tali principî o diritti vengono, per qualche ragione, “limitati”.*

### **7. (segue) “Maggiore illegittimità” e “funzione prioritizzatrice”: l’esempio della giurisprudenza costituzionale in tempi di crisi economica**

Ovviamente la bontà della ricostruzione appena proposta discende dalla risposta ad una domanda: può davvero essere la categoria della maggiore illegittimità a spiegare la funzione dell’atto urgente?

Un primo dato sembra fornire esiti confortanti. Tale categoria, infatti, viene usata per spiegare tutte quelle decisioni, in qualche modo anomale, della Corte costituzionale che – ed è questo il punto d’interesse – hanno a che fare col “fattore tempo”: sentenze monitorie, decisioni di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, pronunce di costituzionalità provvisoria ovvero di incostituzionalità sopravvenuta o differita, *etc.*

Tra le molte, ce n’è una per la quale l’abbinamento con la categoria in esame viene proposto con maggiore insistenza, vale a dire quello delle decisioni che prevedono una modulazione degli effetti temporali delle decisioni. Si noti, a tal riguardo, che la modulazione degli effetti compiuta dalla Corte costituzionale con la famosa sentenza n. 10 del 2015 venne giustificata proprio dalla «impellente necessità di tutelare uno o più principi costituzionali» (*Cons. dir.* §7). Ma dire “impellente necessità” – mi chiedo – non è forse come dire “necessità urgente”? Vi è, dunque, il forte sospetto che vi sia un collegamento tra l’urgenza e la categoria della “maggiore illegittimità”.

Certo, si potrà obiettare che la categoria della “maggiore illegittimità” non vale solo per ipotesi legate al “fattore tempo” (che, come ho cercato di dimostrare prima, è quello che contraddistingue l’urgenza), ma viene usata, ad esempio, anche a fondamento delle così dette “decisioni manipolative”<sup>34</sup>. Essa, d’altronde, non è certo un esclusivo appannaggio dell’urgenza o dell’atto urgente. Ciò non significa, però, che dalle riflessioni fin qui compiute non possano dedursi elementi utili per giungere a conclusioni di tipo, al contempo, più generale (che valgano, cioè, per ogni ipotesi di urgenza giuridica) e più puntuale (che valgano, cioè, solo per l’urgenza giuridica).

Ora, dal momento che abbiamo rilevato un legame non esclusivo tra la categoria della “maggiore illegittimità” e il “fattore tempo”, per risalire – se possibile – alla funzione tipica dell’atto urgente, la domanda giusta da porsi sembrerebbe essere se esista qualcosa che unisce tutte e solo le ipotesi in cui la categoria della “maggiore illegittimità” si “sposa” con il “fattore tempo”.

Ebbene, è mia opinione che sia effettivamente possibile individuare un elemento unificante in quella che, in altra sede, ho definito la “funzione prioritizzatrice” dell’atto urgente.

Solitamente, quando si usa la categoria della “maggiore illegittimità”, la si spiega facendo ricorso alla così detta tecnica del “bilanciamento”, da sempre oggetto dell’attenzione della dottrina<sup>35</sup>. Nel caso della

---

<sup>34</sup> Come infatti ricorda C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, 1996, 22, le così dette decisioni manipolative sono giustificate «non solo da ragioni pratiche contingenti (rimedi contro comportamenti omissivi del legislatore), bensì, soprattutto, da ragioni istituzionali permanenti», tra le quali, per l’appunto, «l’esigenza di evitare il verificarsi di situazioni di maggiore incostituzionalità».

<sup>35</sup> Sull’argomento, straordinariamente vasto, si vedano, anche per ulteriori riferimenti: R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; G. BRONZINI, *Il bilanciamento nella giurisprudenza: come bilanciare la sovranità popolare?*, in G. BRONZINI – R. COSIO (a cura di), *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, Milano, 2017, 147-160; V. ITALIA, *Il bilanciamento nelle leggi*, Milano, 2016; A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014; G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*,

modulazione degli effetti temporali delle decisioni, ad esempio, si dice che occorre fare un bilanciamento tra l'esigenza di rimuovere l'illegalità costituzionale contenuta nella singola legge e quella di evitare gli effetti di maggiore incostituzionalità che tale rimozione comporterebbe se le si conferisse efficacia retroattiva.

Eppure, a ben vedere, il bilanciamento legato al "fattore tempo" non è un bilanciamento come gli altri e, anzi, forse non è neppure un vero e proprio bilanciamento.

Innanzitutto, spesso esso avviene tra entità disomogenee, mentre di norma il "bilanciamento" *stricto sensu* dovrebbe avvenire (anche se poi non sempre avviene) «fra entità omogenee»<sup>36</sup>. Ma, quand'anche esso si facesse tra entità disomogenee - come d'altronde accade con una certa frequenza nella giurisprudenza costituzionale, se a torto o a ragione qui non importa - esso dovrebbe vedere sempre prevalere l'elemento - per così dire - più "pesante", oppure, a parità di peso, dovrebbe risolversi in un contemperamento che impedisca la prevalenza dell'uno sull'altro. Basti citare - e, come si vedrà, l'esempio non è casuale - quel noto apoftegma (peraltro, a mio avviso, accolto con eccessivo entusiasmo dalla dottrina)<sup>37</sup> contenuto nella sentenza n. 275 del 2016 della Corte costituzionale, secondo cui «è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»: un'asserzione che costituisce chiaramente il frutto di una logica di prevalenza.

Ebbene, quando il bilanciamento è correlato al "fattore tempo" non necessariamente prevale l'elemento più "pesante", come d'altronde è ovvio che sia: l'esigenza non è quella di stabilire quale dei due elementi debba prevalere, ma se ve ne sia uno dei due che necessita di un soddisfacimento immediato (anche, ad esempio, ai fini della sua conservazione nel tempo, così da poter poi stabilire, al momento debito, se esso prevalga o no rispetto all'altro elemento).

Quest'ultima osservazione ci conduce al secondo punto. Il termine bilanciamento, solitamente, fa riferimento ad una «tecnica di composizione di interessi o diritti in conflitto»<sup>38</sup> che viene usata, specialmente, in situazioni in cui vi sia, da un lato, una «comparazione tra due oggetti» e, dall'altro, l'esigenza di ricercare «un equilibrio tra essi»<sup>39</sup>. Nel diritto tale termine trova uso «quando la questione da decidere non sia o non sembri direttamente regolata da una norma giuridica univoca e precisa ma anzi sembri parimenti sussumibile contemporaneamente sotto due o più norme»<sup>40</sup>. Il bilanciamento - come pure accennavo poc'anzi - si conclude con l'individuazione del "valore preminente", per usare una terminologia cara alla Corte costituzionale<sup>41</sup>, ovvero, quando non ve ne sia uno, con una soluzione

---

in *Etica & Politica*, n. 1/2006, 23; L. TRIA, *Brevi osservazioni sul bilanciamento nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in G. BRONZINI - R. COSIO (a cura di), *Interpretazione conforme*, cit., 201-224.

<sup>36</sup> M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, 13.

<sup>37</sup> Unanimemente salutata dalla dottrina con entusiasmo, la decisione in commento ha in effetti il "merito" di aver escluso in maniera categorica che, a seguito della revisione dell'articolo 81, il pareggio di bilancio potesse essere considerato quale «super principio» (I. CIOLLI, *L'art. 81 della Costituzione: da limite esterno al bilanciamento super principio*, in *Forum di Quaderni costituzionali - Rassegna*, 5/2015) o «super-norma» (C. BUZZACCHI, *Bilancio e stabilità. Oltre l'equilibrio finanziario*, Milano, 2015, 89) avente carattere assoluto e, dunque, destinato a prevalere in ogni caso sugli altri principi o norme della Costituzione. Ma, al contempo, essa ha suggellato l'equivalenza tra "tutela del diritto" e "tutela dei livelli minimi del diritto", dacché, come si evince chiaramente dal testo complessivo della decisione, l'espressione adoprata dalla Corte - «diritti incompressibili» - non fa riferimento alla "natura" del diritto (com'è nel caso di "diritto inviolabile", "diritto fondamentale", ecc.) bensì, per l'appunto, al suo «nucleo indefettibile» (*Cons. dir.* §10). Insomma, dire che «è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio» non significa che vi sono alcuni diritti che debbono essere qualificati come incompressibili e che, pertanto, non possono mai essere "compressi" in virtù di esigenze di bilancio, ma solamente che queste ultime non possono mai prevalere sul "nucleo duro" dei diritti. Ed è estremamente sintomatico che la Corte costituzionale abbia scritto che «è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio» e non già che «è il nucleo indefettibile dei diritti ad incidere sul bilancio», quasi che, oramai, ogni diritto coincidesse e si esaurisse con il suo "nucleo duro" (per quanto va detto che, essendo quest'ultima nozione estremamente evanescente, in molti casi il Giudice delle Leggi, con il "pretesto" di proteggere il "nucleo duro", finisce in realtà con il garantire delle prestazioni che ben potrebbero essere qualificate, secondo una diversa e più "rigida" ricostruzione, quali "livelli ulteriori di tutela", riducendo così significativamente la portata potenzialmente anti-garantista della sua stessa giurisprudenza).

<sup>38</sup> A. MORRONE, *Il bilanciamento*, cit., 7.

<sup>39</sup> V. ITALIA, *Il bilanciamento*, cit., 3.

<sup>40</sup> L. TRIA, *Brevi osservazioni*, cit., 201

<sup>41</sup> Sul punto v. R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 4, nt. 8.

“compromissoria”, in cui vengano parzialmente sacrificati entrambi gli elementi ma nessuno dei due del tutto.

Ora, nel “bilanciamento” legato al fattore tempo, del bilanciamento “classico” c’è solo la situazione di partenza data dalla “comparazione di due elementi”, ma manca del tutto, invece, il criterio caratterizzante, quello cioè della ricerca del valore preminente o del contemperamento degli elementi. La funzione dell’atto urgente, infatti, non è quella di far prevalere l’elemento più “pesante” (o di contemperare due elementi di egual peso), ma di “mettere in salvo” quello più pericolante o, comunque sia, di soddisfare, sia pure solo provvisoriamente e parzialmente, quello che può “aspettare” di meno. Così ben può succedere, in quest’ottica, che – per tornare all’esempio di prima – venga data precedenza al soddisfacimento di un interesse economico a quello di un diritto sociale, se si ritiene che il danno che rischia il primo sia più imminente e irreparabile di quello che rischia il secondo.

Non è un caso che io faccia riferimento proprio agli interessi economici: non solo perché la “crisi economica” è una delle due crisi che gli organizzatori del convegno ci invitano a tenere in considerazione, ma anche perché la peculiare tecnica di bilanciamento – se così vogliamo chiamarla – cui sto facendo riferimento è stata utilizzata dalla Corte costituzionale (peraltro non sempre opportunamente e non sempre con esiti soddisfacenti) proprio in occasione di decisioni in cui uno degli interessi in gioco era di tipo finanziario.

Il riferimento, in modo particolare, è a quelle pronunce con le quali il Giudice delle Leggi italiano ha riconosciuto che una determinata disciplina sarebbe stata incostituzionale in situazioni “normali”, ma non lo era nel caso di specie in quanto giustificata dalla crisi economica<sup>42</sup>. Colpisce, di questo filone giurisprudenziale, il continuo richiamo del Giudice delle Leggi alla recessione e alla “eccezionalità” e “temporaneità” delle misure di austerità (*ex multis*, sentt. nn.: 62, 108, 310 del 2013; 154 del 2014; 64 e 173 del 2016), unitamente a quelle “clausole” con cui la Corte sembra aprire a una futura dichiarazione di incostituzionalità (come, in alcuni casi, è avvenuto: v. sentt. nn. 70 e 178 del 2015). In tali casi, dunque, la Corte, riconosciuta la rilevanza costituzionale dei due interessi in gioco (risanamento delle istituzioni, da un lato, e tutela dei diritti fondamentali, dall’altro), si è mossa non già nell’ottica della prevalenza o del contemperamento, che è quella tipica del bilanciamento *stricto sensu*, bensì in quella che potremmo definire, per l’appunto, della priorità, dando immediato appagamento all’interesse più “pressante” sul piano istituzionale e rimandando a futuro (ed eventuale) soddisfacimento l’altro, senza escludere – e, anzi, in taluni casi affermando – che, alla “resa dei conti”, l’interesse che, in situazione d’urgenza, era risultato recessivo, potesse finire, invece, per prevalere. Ebbene: legittimità dell’atto giustificata solo dalla straordinarietà delle circostanze, eccezionalità e temporaneità delle misure, appagamento immediato di un interesse, non sono forse gli elementi caratteristici dell’urgenza?

Ecco, dunque, in che senso ho ritenuto di poter individuare, quale funzione tipica dell’atto urgente, la “funzione prioritizzatrice”.

## 8. I “limiti” dell’emergenza

Vediamo ora in che modo la ricostruzione appena proposta può esserci utile per rispondere alle domande rimaste in sospeso, che sono, grossomodo, queste:

- a) se esistano divieti sul mezzo o sul modo con cui s’intende far fronte all’urgenza od all’emergenza;
- b) in che modo il fatto emergenziale condiziona la produzione normativa e, nella specie, in che modo si differenzia il condizionamento della produzione normativa determinato dall’emergenza propriamente detta, rispetto a quello determinato da una generica urgenza.

Due sono le strade che, a questo punto, si potrebbe percorrere per tentare di rispondere a questa domanda.

---

<sup>42</sup> Una rassegna di queste decisioni è resa disponibile all’interno del *Dossier sulla giurisprudenza costituzionale* contenuto in R. ROMBOLI (a cura di), *Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*, Torino, 2017, 540 ss.

La prima: passare in rassegna tutte le ipotesi “urgenziali” (od “emergenziali”) previste dalla Costituzione o, comunque sia, riconducibili alla materia costituzionale (ad es. ordinanze urgenti, stato d'emergenza), riflettendo brevemente attorno a ciascuna di esse.

Un tale approccio avrebbe il vantaggio di calare nel contesto di ogni singola disposizione le definizioni generali (se non, talvolta, perfino generiche) che ho tentato di enucleare nella precedente parte della trattazione. Quando ho descritto l'urgenza come quella circostanza tale per cui se non si pone *immediatamente* in essere un'azione volta a conseguire la messa in sicurezza del bene in pericolo è *almeno probabile* che non possa che realizzarsi la perdita di tale bene, è chiaro che ho fornito una definizione che poi va declinata e specificata in modo diverso a seconda dell'istituto urgenziale (o emergenziale) cui si riferisce, specie per quanto riguarda l'elemento della *immediatezza* e quello della *probabilità*.

Nell'articolo 21 della Costituzione, ad esempio, l'*immediatezza* è oggetto di una specificazione abbastanza puntuale all'interno del testo normativo («quando...non sia possibile il tempestivo intervento dell'autorità giudiziaria»), diversamente da altri articoli, ove pure sono presenti clausole di tipo urgenziale, all'interno dei quali non è tuttavia contenuta alcuna esplicita determinazione dell'elemento temporale (si pensi al secondo comma dell'articolo 72).

Allo stesso modo il giudizio sulla *probabilità* che l'evento indesiderato si verifichi varia a seconda delle caratteristiche tipiche del singolo istituto urgenziale (e, soprattutto, della sua maggiore o minore capacità di provocare squilibri sulla garanzia dei diritti o sulla forma di governo), sì che in alcuni casi è richiesto che l'evento temuto sia soltanto probabile (si pensi, ancora una volta, ai procedimenti legislativi abbreviati), mentre in altri è necessario che esso costituisca la più probabile delle ipotesi, se non addirittura che vi sia certezza del suo avvento. Un caso in cui è certamente richiesto, sia pure implicitamente, un altissimo tasso di probabilità, ad esempio, è la dichiarazione dello stato di guerra di cui all'articolo 78 della Costituzione, essendo semplicemente inimmaginabile che si attivi un dispositivo di così devastante impatto sull'ordinamento per un evento bellico la cui realizzazione si consideri soltanto probabile.

Un discorso non dissimile potrebbe farsi anche per la definizione della necessità urgente, laddove la misura urgente può essere oggetto di diverse limitazioni particolari a seconda dell'istituto urgenziale. Si pensi, ad esempio, all'articolo 72, che vieta l'esperimento di procedure legislative diverse da quella normale per i disegni di legge in materia costituzionale, elettorale, di delegazione legislativa, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali e di approvazione di bilanci e consuntivi, oppure all'articolo 16, che inibisce limitazioni alla libertà di circolazione che non siano stabilite, in via generale, per motivi di sanità o di sicurezza.

Ritengo, tuttavia, che questa pista d'indagine “articolo per articolo” – che pure ho seguito in altre circostanze<sup>43</sup> – risulterebbe essere, nel contesto odierno, quella meno interessante: sia perché, dati i tempi della relazione, sarebbe fatalmente ridotta ad una “carrellata” di norme e di istituti, senza reali possibilità di approfondimento; sia perché non sembra potersi aggiungere molto di veramente nuovo rispetto a quanto già detto in relazione a tematiche così già ampiamente “battute” dalla dottrina.

La seconda strada – che ho dunque scelto di seguire in questo contesto – è invece quella di svolgere un discorso più generale – certamente più teorico nelle premesse ma, a mio avviso, con non trascurabili ricadute pratiche – sui “limiti” che le norme giuridiche prodotte a seguito di un accadimento emergenziale incontrano a livello formale o sostanziale.

## 9. (segue) L'urgenza come limite: il caso del decreto-legge

La prima cosa che va detta, a tal riguardo, è che affinché l'urgenza (e quindi l'emergenza) possa costituire un elemento di riaffermazione, e non già di negazione, dell'unità dell'ordinamento, *essa deve*

---

<sup>43</sup> Nella prima parte del mio lavoro monografico ho infatti compiuto un'analisi puntuale di tutti gli articoli nei quali si fa riferimento all'urgenza (13, 14, 21, 72, 73, 77) o che, comunque sia, contengono disposizioni implicitamente od eventualmente urgenziali (16, 17, 76, 78, 81, 120, 126, VII disposizione transitoria). Il volume è stato scritto prima dell'emergenza pandemica. Con il senno di poi, tra le disposizioni da esaminare avrei probabilmente dovuto inserire anche il secondo comma dell'articolo 32 della Costituzione.

*essere riguardata non già (solamente) come presupposto di attivazione di un potere straordinario, ma anche (e soprattutto) come limite all'esercizio di quel potere.*

So che, anche in questo caso, l'affermazione che ho appena fatto potrebbe essere considerata banale, se non addirittura scontata, specie alla luce di quanto ho detto prima sulle situazioni di maggiore illegittimità e sulla "funzione prioritizzatrice", rispetto alle quali la teorizzazione dell'urgenza come limite costituisce chiaramente un corollario, se non perfino il presupposto implicito.

Eppure, se volgiamo lo sguardo alla prassi dell'urgenza, ci possiamo facilmente rendere conto di come essa sia quasi sempre riguardata come condizione puramente potestativa e facoltizzante, la cui unica funzione limitatrice finisce per tradursi in un mero orpello procedimentale: la dichiarazione d'urgenza (categoria nella quale rientra, ovviamente, anche quella dello stato di emergenza).

L'esempio direi più illuminante è quello della decretazione d'urgenza. Le origini dell'articolo 77 della Costituzione – che, come noto, è stato scritto in quel modo affinché l'attivazione del potere di adozione dei decreti-legge fosse subordinata alla effettiva sussistenza di "casi di straordinaria necessità ed urgenza", e non alla mera volontà dell'esecutivo, come avveniva in regime statutario – viene completamente ignorata dal Governo (e dal Parlamento). E il significato che di quella disposizione viene sostanzialmente dato, è che essa riconosca in capo al Governo un potere – un "treno ad alta velocità", come qualcuno l'ha definito<sup>44</sup> – da usare (quasi) a piacimento per tutte quelle volte in cui l'esecutivo ritiene non opportuno (anche solo per motivi puramente politici)<sup>45</sup> che un determinato disegno di legge segua l'iter parlamentare, alla sola condizione procedurale (ecco il punto!) che venga dichiarata la sussistenza di una straordinaria necessità ed urgenza.

Anche il controllo giurisdizionale effettuato dalla Corte costituzionale a partire dalla sentenza n° 171 del 2007 (il cui contenuto, dato l'uditorio, mi pare superfluo evocare) e, più di recente, dalle pronunce n° 22 del 2012, 220 del 2013 e 32 del 2014, non sempre sembra muovere da una piena consapevolezza del fatto che l'urgenza sia *innanzitutto* un limite all'esercizio di poteri che, altrimenti, verrebbero comunque esercitati, ma senza preclusioni quanto ai presupposti di attivazione<sup>46</sup>. Ed è probabile che questa non piena consapevolezza discenda, almeno in parte, dal fatto che l'opinione maggioritaria (cui la Corte mi pare aderisca) consideri la formula "straordinaria necessità ed urgenza" come un'endiadi, anziché come un "dittico"<sup>47</sup>, non distinguendo, dunque, la verifica dell'urgenza (e quindi dell'effettiva

---

<sup>44</sup> Così G. M. FLICK, *Intervento al seminario "Decreto legge e legge di conversione nella più recente giurisprudenza costituzionale"*, in *Federalismi.it*, Focus «fonti del diritto» n. 1/2014, § 3, il quale paragonava l'iter di conversione del decreto-legge ad un «Treno Frecciarossa», spiegando che «la legge di conversione di un decreto legge viaggia su un binario dedicato, al massimo della velocità (riapertura delle Camere sciolte, discussione molto concentrata e, in generale, una serie di procedure di estrema rapidità). Da molto tempo il legislatore ha preso l'abitudine di attaccare al Frecciarossa una serie di vagoni che non c'entrano nulla; ma l'unico modo per farli viaggiare veloci è proprio quello di inserirli in sede di conversione di un decreto legge».

<sup>45</sup> Sovente, infatti, il maggiore o minore abuso della decretazione d'urgenza si è rivelato direttamente collegato al *quantum* di instabilità delle maggioranze parlamentari. È stato ad esempio osservato che, se durante i Governi presieduti da De Gasperi i limiti costituzionali all'emanazione di atti con forza di legge «furono sostanzialmente rispettati, ciò fu probabilmente dovuto al fatto che i governi del tempo potevano avvalersi delle collaborazioni di una maggioranza parlamentare relativamente docile e di un'opposizione quasi sempre messa fuori gioco dalla sua stessa intransigenza», mentre nell'«epoca post-gasperiana [...] la difficoltà di fissare un indirizzo politico coerente intorno al quale potessero coagularsi le maggioranze spesso eterogenee che sostenevano i vari governi e soprattutto di imporre tale indirizzo ad un Parlamento sempre più spesso dominato dalle opposizioni, indusse i governi a ricorrere con crescente frequenza allo strumento del decreto legge, interpretando assai estensivamente la previsione costituzionale della necessità e dell'urgenza» (A. PIZZORUSSO, *I controlli sul decreto legge in rapporto al problema della forma di governo*, in *Politica del diritto*, in 1981, nn. 2-3, pp. 304-305.). A

<sup>46</sup> Basti pensare che l'assenza di un "articolo 77" nello Statuto albertino non ha affatto impedito l'emersione del decreto-legge come fonte del diritto, e che anche in Paesi in cui manca una Costituzione scritta si è affermato, senza particolari ostacoli, il meccanismo del *bill of indemnity*.

<sup>47</sup> La felice espressione «*dyptique nécessité-urgence*» è di P.-L. FRIER, *L'urgence*, Paris, 1987, 132. La metafora del "dittico" traduce, a nostro avviso, assai meglio la natura del rapporto intercorrente tra necessità e urgenza rispetto alla figura retorica dell'endiadi. Se quest'ultima si riferisce ad un unico concetto espresso tramite due termini coordinati, la prima evoca invece l'idea di un concetto complesso, formato da due concetti semplici i quali, in ipotesi, possono anche scindersi senza perdere la loro autonomia concettuale, così come in un dittico le due parti del dipinto possono staccarsi e costituire, ciascuna di esse, una autonoma opera d'arte.

indifferibilità dell'intervento, che si articola tutta, fatalmente, sul piano fattuale) da quella della necessità urgente (e quindi della necessità d'intervenire, che attiene, invece, al piano più strettamente giuridico-normativo).

Qui, però, tengo a fare una precisazione, perché non vorrei che il mio pensiero fosse frainteso: la sentenza n° 171 del 2007 (che è di fatto la capostipite del “nuovo” - ormai non più tanto - filone giurisprudenziale sulla decretazione d'urgenza), è una sentenza (peraltro redatta da un grande giudice costituzionale come Francesco Amirante) che non può che essere apprezzata in ogni sua parte. È una sentenza coraggiosa, se non addirittura rivoluzionaria, solida, ben argomentata, con la quale la Corte ha fatto quello che doveva fare *in quel momento*. E sottolineo le parole *in quel momento*, perché se non vogliamo fare analisi della giurisprudenza che siano del tutto sganciate dal dato di realtà, dobbiamo necessariamente leggere le decisioni anche in modo diacronico: venendo da una pregressa giurisprudenza con la quale, fino al 1995, il Giudice delle leggi aveva, addirittura, negato di poter intervenire sulla carenza dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza e poi, con la sentenza n° 29 del 1995, soltanto affermato la sua competenza in tal senso, senza però mai dare seguito a tale affermazione, quando, nel 2007, la Corte costituzionale ha deciso di lanciarsi nella sua “prima volta”, essa non poteva far altro se non fondare il suo *revirement* su di un *Evidenzkontrolle*. Diversamente, lo “strappo” sarebbe stato troppo importante, e avrebbe finito poi anche per creare problemi in termini organizzativi alla Corte costituzionale.

Nel tempo, però, il Giudice delle leggi avrebbe dovuto, progressivamente, “aggiustare il tiro”, dotandosi degli strumenti, anche argomentativi, necessari ad operare un controllo più oggettivo, soprattutto per quanto riguarda la sussistenza della straordinaria urgenza (vale a dire del “fattore tempo”).

Il controllo sull'evidenza, infatti, funziona benissimo, anche sul lungo periodo, quando si tratti di verificare la ragionevolezza di una legge, perché il controllo di ragionevolezza possiede una peculiarità, data dal fatto che il vizio di ragionevolezza «o è evidente, manifesto, macroscopico oppure non è»<sup>48</sup>. Una norma irragionevole, cioè, può definirsi tale solo in quanto manifestamente iniqua od arbitraria, poiché l'irragionevolezza risiede proprio nell'evidenza dell'irrazionalità della scelta legislativa. Se non vi è evidenza, si esce dal campo della ragionevolezza (giuridicamente intesa) e si entra invece in quello delle scelte politiche, che possono essere più o meno “giuste”, più o meno condivisibili ma, se non manifestamente inique od arbitrarie, pur sempre espressione del legittimo esercizio di un potere discrezionale.

Il controllo sulla “evidente carenza” dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza (che, ribadisco, era l'unico possibile nel contesto giurisprudenziale del 2007) è, invece, un controllo che, se portato avanti nel tempo, non solo finisce per legittimare gli abusi minori<sup>49</sup>, ma di fatto - al di là delle intenzioni della Corte - rinnega il principio secondo cui l'urgenza costituisce un limite. Le decisioni in materia di decretazione d'urgenza, cioè, rientrano a pieno titolo nella categoria di quelle che, in altre occasioni, ho chiamato “decisioni rinneganti”, vale a dire quelle decisioni con le quali l'autorità giurisdizionale - in questo caso la Corte costituzionale - pone nello stesso contesto due principi fra loro opposti e contrastanti, lasciando a sé stessa la possibilità di valersi dell'uno e dell'altro. Se l'articolo 77 è formulato, significativamente, in negativo («Il Governo non può...»), salvo che non vi siano casi straordinari di necessità ed urgenza), la regola che risulta effettivamente applicata dal Giudice delle leggi sembra, invece, essere quella secondo cui il Governo *può* adottare decreti-legge, anche in carenza di una straordinaria necessità ed urgenza, *eccetto che* quando tale carenza è evidente, laddove l'evidenza

---

<sup>48</sup> P. CARNEVALE, *Il controllo di costituzionalità limitato alla evidenza del vizio ovvero del come la Corte può aggredire spazi politicamente sensibili senza fare politica*, R. ROMBOLI (a cura di), *Il pendolo della Corte - Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*. Ricordando Alessandro Pizzorusso, Torino, 2017, 54.

<sup>49</sup> Altrove ho definito questa fase giurisprudenziale come fase dell'“almeno non”, poiché il messaggio che la Corte costituzionale sembra mandare al Governo è: «se proprio non puoi fare a meno di adottare decreti-legge in assenza di casi straordinari di necessità ed urgenza fai pure, ma “almeno non” quando la carenza dei presupposti è evidente». L'espressione «almeno non», in fondo, racchiude e sintetizza il paradosso per cui ogni qualvolta il Giudice delle leggi sanziona una violazione “maggiore”, “autorizza” di fatto una o più forme di abusi “minori”, laddove, per altro, i secondi sono normalmente più frequenti della prima.



è un concetto già di per sé molto difficile da oggettivare e che diventa del tutto evanescente quando declinato nei confronti di altre nozioni non meno indeterminate come l'urgenza o la necessità.

Non a caso il «*test di scrutinio*»<sup>50</sup> elaborato dalla Corte è volto ad accertare, per il mezzo di figure sintomatiche (omogeneità, coerenza della norma con le finalità del decreto, ecc.), non già la sussistenza di una situazione di urgenza, e neppure – a ben vedere – l'eventuale carenza di una necessità urgente, bensì la (sola) “evidenza” della mancanza della necessità urgente<sup>51</sup>. Il che significa, per l'appunto, che ad essere riguardata come limite all'attivazione del potere di decretazione d'urgenza non è l'urgenza in sé considerata, bensì l'evidente carenza di necessità urgente.

Non posso, in ogni caso, soffermarmi oltre su questo tema (anche perché quella della decretazione d'urgenza è una materia talmente vasta da non poter essere trattata compiutamente nello spazio di una sola relazione).

Dico solo un'ultima cosa, per concludere, su questo profilo. Come ho già accennato non è mia intenzione proporre analisi che possano finire per risultare sganciate dalla realtà. So bene che l'oggettivazione dell'urgenza costituisce un problema di difficile soluzione, e che tale difficoltà deve essere tenuta adeguatamente in considerazione, se non si vogliono proporre diagnosi che risultino, a conti fatti, eccessivamente ingenerose nei confronti dello *status quo*. È facile criticare il Governo per l'abuso della decretazione d'urgenza e la Corte costituzionale per la non sufficiente efficacia dei rimedi proposti; molto meno lo è dire in che modo l'azione di Governo possa risultare altrettanto incisiva senza un massiccio ricorso al decreto-legge (tenuto conto del quadro politico francamente disarmante), o come lo scrutinio della Corte possa divenire più penetrante senza invadere l'ambito di discrezionalità politica.

Si tratta di problematiche complesse, che devono essere declinate in relazione al singolo istituto (essendo quello della decretazione d'urgenza solo uno dei numerosi esempi che si potrebbero fare), per le quali non sempre (anzi, quasi mai) è agevole trovare una soluzione (che pure, come altrove ho anche cercato, almeno in parte, di dimostrare, non è – secondo me – impossibile)<sup>52</sup>. Ma il punto che io volevo mettere in luce in quest'occasione è di tipo concettuale.

---

<sup>50</sup> Così P. CARNEVALE, *Il vizio di “evidente mancanza” dei presupposti al debutto quale causa di declaratoria di incostituzionalità di un decreto-legge. Il caso della sentenza n. 171 del 2007*, in *Giur. It.*, 2007, 2684, nonché in P. CARNEVALE, *della Corte Costituzionale in tema di sindacato sui presupposti del decreto legge (sentt. nn. 171 del 2007 e 128 del 2008). Per un tentativo di lettura combinata*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 10.

<sup>51</sup> Il *test di scrutinio* in parola, infatti, nasce dall'esigenza di dare un seguito concreto, “pratico” all'affermazione compiuta con la sentenza n. 29 del 1995, con la quale la Corte costituzionale, per la prima volta, si è riconosciuta competente ad effettuare un sindacato sull'esistenza dei presupposti di necessità ed urgenza. Tale affermazione aveva posto il Giudice delle Leggi in una sorta di «*empasse* in cui il sindacato del giudice costituzionale rischiava di impantanarsi, astretto fra i due estremi della totale marginalità, da un lato, e dell'inevitabile sconfinamento nella sfera riservata alla discrezionalità del legislatore, dall'altro» (P. CARNEVALE, *Considerazioni*, cit., 10). In altri termini: la Corte costituzionale non sapeva in che modo dare seguito a quella affermazione – e, dunque, dichiarare l'incostituzionalità di un decreto-legge o di una norma in esso contenuta – senza dare l'impressione di voler “sconfinare” nell'ambito di discrezionalità riservato al legislatore. Il criterio per uscire dall'«*empasse*» è stato trovato solo nel 2007, con l'elaborazione, per l'appunto, di quel “*test di scrutinio*” al quale mi sto riferendo, il quale è tutto incentrato sul concetto di omogeneità. Il Giudice delle Leggi, infatti, effettua un primo, più superficiale, controllo sulla omogeneità del decreto-legge. Se questa risulta carente, allora viene effettuato un controllo più “in profondità”, sulla coerenza della norma censurata con le finalità ed i presupposti del decreto, così come risultanti dal titolo dello stesso, dal suo preambolo o dai lavori parlamentari in sede di conversione. Se, invece, la Corte costituzionale riscontra la sussistenza della omogeneità del decreto, nessun controllo sulla finalità e sui presupposti viene effettuato, poiché si ritiene che – quand'anche il provvedimento fosse stato adottato al di fuori di casi di straordinaria necessità ed urgenza – l'assenza di una “eterogeneità” renderebbe in ogni caso la carenza dei presupposti “non evidente” e, quindi, non sanzionabile in sede di giudizio di legittimità costituzionale. Una posizione, questa, apertamente (e condivisibilmente) criticata da autorevole dottrina, la quale ha sottolineato come non si possa essere «sicuri che l'eterogeneità sia sempre testimonianza della “ordinarietà” del caso e, per ciò stesso, della carenza di potere del Governo, così come, all'opposto, la omogeneità ne attesti la straordinarietà», osservando come, al contrario, non possa escludersi «che siano proprio le norme “altre” a mostrarsi incongrue (irragionevoli) rispetto allo stato delle cose, anziché quella oggetto del sindacato di costituzionalità» (A. RUGGERI, *Ancora una stretta (seppur non decisiva) ai decreti-legge, suscettibili di ulteriori, ad oggi per vero imprevedibili, implicazioni a più largo raggio (a margine di Corte cost. n. 171 del 2007)*, in *Il foro italiano*, n. 10/2007, 2664-2667, 2666).

<sup>52</sup> Mi riferisco soprattutto al decimo capitolo del mio lavoro monografico.

Troppo spesso, a mio parere, quando si parla dei limiti dell'emergenza ci si concentra esclusivamente sulla legittimità del contenuto delle misure adottate, mentre si tendono a trascurare quei profili (anche sostanziali, ma) correlati ai presupposti di adozione della misura urgente, più che al contenuto di quest'ultima, laddove però sono proprio questi profili ad attenersi maggiormente all'urgenza in senso stretto. Come osservavo poc'anzi, nella maggior parte dei casi ci si accontenta che l'urgenza o l'emergenza vengano dichiarate.

Se, dunque, vogliamo che l'urgenza venga riguardata anche come limite, e non solo come mero presupposto di attivazione di poteri straordinari, dobbiamo prestare, a mio avviso, una più decisa attenzione anche ai profili da ultimo evocati.

#### **10. (segue) I limiti "contenutistici". La ragionevolezza "sincronica", tra funzione tipica dell'atto urgente, sommarietà e provvisorietà**

Diverso, almeno in parte, è il discorso che può farsi sui limiti di tipo contenutistico delle misure urgenti (od emergenziali), dacché, nei loro riguardi, l'urgenza s'incontra con la "necessità urgente", la quale, anzi, risulta forse - tra le due componenti - quella preponderante. Il tipo di controllo da effettuarsi non può che essere, a sua volta, di diversa natura.

Certo, anche per la necessità urgente deve dirsi che essa rappresenta un limite e non solo un presupposto di attivazione. Ed anche per i limiti contenutistici delle misure urgenti vale il discorso secondo cui le cose che possono dirsi in modo generale sono davvero pochissime, perché i "limiti" debbono sempre essere valutati in concreto, con riferimento al singolo istituto emergenziale e alla singola fattispecie urgente.

La necessità urgente, d'altronde, costituisce, come in parte abbiamo già visto, un bisogno qualificato dal fine (quello di evitare situazioni di maggiore illegittimità), dal mezzo (il tipo di atto da adottare) e dal modo (le misure che vengono poste in essere per favorire il ritorno alla normalità). Tre elementi che, ovviamente, sono strettamente legati alle circostanze del momento e rispetto ai quali è davvero difficile trarre considerazioni di carattere generale.

Ma difficile non è sinonimo di impossibile.

Un primo punto da mettere in luce è il seguente: benché, come ho poc'anzi accennato, nei confronti del contenuto delle misure d'urgenza l'elemento della necessità urgente risulti essere quello forse preponderante, non va comunque trascurato il profilo dell'urgenza propriamente detta. Vorrei, a tal proposito, rievocare quanto detto, nella prima parte della relazione, a proposito del fatto che uno dei fattori di legittimità dell'atto urgente è dato dal raggiungimento di una concordanza tra il "fattore tempo" e il "fattore bisogno", e che tale concordanza si traduce in elemento di ragionevolezza dell'atto.

Ecco: se per la valutazione dei presupposti di adozione dell'atto la natura dei controlli di legittimità deve essere - per le ragioni sopra illustrate con l'esempio della decretazione d'urgenza - radicalmente diversa da quella utilizzata per la ragionevolezza, non altrettanto può dirsi con riguardo alla valutazione dei contenuti della misura urgente, che è una valutazione in larga parte di ragionevolezza. Ma, al contempo, si tratta di una ragionevolezza *sui generis*, perché deve tenere in considerazione almeno tre elementi che, nei "normali" controlli di ragionevolezza, solitamente non ricorrono, e che discendono proprio dalla necessità di trovare una forma di conciliazione tra il "fattore bisogno" e il "fattore tempo".

Il primo elemento è ovviamente quello costituito dalla "funzione prioritizzatrice" dell'atto urgente. Ometto, sul punto, di ripetere cose già dette in precedenza, e mi limito dunque a sottolineare una sola ovvietà: se è vero, come io ritengo, che l'atto urgente ha una funzione che gli è propria - cioè, per l'appunto, quella prioritizzatrice - è evidente che di tale funzione si dovrà tenere conto nel valutare la legittimità del contenuto della misura urgente anche sotto il profilo della ragionevolezza, dato che quest'ultima trova la sua manifestazione forse più "forte" proprio nella congruenza del fine rispetto al mezzo, laddove, in questo caso, il fine riveste caratteristiche del tutto peculiari.

Il secondo elemento che deve essere preso in considerazione - e che spesso viene del tutto trascurato nelle riflessioni sull'urgenza - è quello della *sommarietà*. Quando il soggetto che deve adottare l'atto urgente (sia esso il Parlamento, il Governo, un amministratore locale, un giudice, ecc.) deve decidere sul da farsi, trovandosi in una situazione di *reale* urgenza, le sue valutazioni non potranno che essere

approssimative, in quanto non c'è materialmente il tempo di svolgere analisi approfondite della situazione. Ora, tale mancanza di tempo non può che avere conseguenze anche sul contenuto dell'atto urgente, il quale è stato adottato - se, ripeto, l'urgenza è reale (ed è anche per questo che è importante che lo sia) - in condizioni di *improvvisazione* e sulla base, come dicevo, di valutazioni fatalmente *sommari* e *approssimative*. Ed è fin troppo evidente come la sommarietà possa facilmente condurre ad errori di valutazione, talvolta di natura tale da portare l'atto urgente a superare i limiti ai quali dovrebbe essere sottoposto per essere considerato "lecito", malgrado le "buone intenzioni" di chi ha posto in essere l'atto.

Al contempo, neppure può negarsi che non avrebbe senso prevedere la possibilità di adottare atti e poteri "urgenti" (ispirati ad un principio di efficienza) e poi pretendere che chi li pone in essere lo faccia come se l'urgenza non ci fosse (dando esito, in ultima analisi, ad un intervento del tutto inefficiente). Anche perché un'eccessiva - diciamo così - severità nei confronti delle decisioni adottate *sub urgentia*, rischierebbe di paralizzare l'azione del decisore che, dinanzi al rischio di "sbagliare", potrebbe preferire non fare nulla.

Se è vero, allora, che *apparentia rei sufficit in his quæ celeritate requirunt*<sup>53</sup>, si deve pertanto ritenere che eventuali "errori di valutazione" - *rectius*, valutazioni che, col senno di poi, si rivelano essere non del tutto esatte - possano essere, per così dire, scusabili; ma (solo) nella misura in cui si tratti, effettivamente, di errori, vale a dire quando dall'analisi della circostanza urgente emerga che fosse plausibile che chi ha posto in essere l'atto abbia ritenuto, in quel momento, che la decisione presa fosse la migliore possibile e che essa non violasse alcun limite normativo<sup>54</sup>. Si tratta, insomma, di compiere una (delicatissima e, anche in questo caso, assolutamente *sui generis*) valutazione *ex post* non già sulla "correttezza" della misura adottata, quanto piuttosto sulla correttezza (e quindi sulla *ragionevolezza*) del giudizio prognostico compiuto da chi ha posto in essere l'atto, tendendo conto che tale giudizio prognostico non poteva che essere un giudizio di "parvenza" e che, come tale, deve essere valutato. È ciò che avviene - non a caso - con il *fumus boni iuris*, che, secondo la tradizionale (ma non superata) impostatura dottrinale processual-civiltistica viene definito quale giudizio di "*parvenza di buon diritto*" finalizzato all'adozione di un atto urgente, laddove, per l'appunto, si richiede al giudice di valutare esclusivamente la "parvenza", nella consapevolezza che tale "parvenza" potrebbe poi rivelarsi, a conti fatti, ingannatrice, ma che nei tempi rapidissimi imposti dalla circostanza urgente non può pretendersi nulla di più dell'approssimazione.

È per questo che la motivazione dell'atto urgente è indispensabile: affinché una valutazione *ex post* come quella appena descritta sia possibile, l'atto urgente deve essere adeguatamente motivato. E, a mio avviso, ciò vale - sia detto *en passant* - anche per gli atti urgenti aventi forza di legge, sul cui obbligo di motivazione esiste, da tempo, un vivace dibattito dottrinale<sup>55</sup> (sul quale, però, non ho intenzione di soffermarmi).

Da ultimo, va considerato l'elemento della provvisorietà che, come già detto in apertura, è correlato alla natura urgente/emergenziale della misura. Nel valutare la legittimità del contenuto di quest'ultima, infatti, si dovrà tenere conto - contrariamente a quanto avviene nei giudizi di ragionevolezza delle norme "ordinarie" che, per loro caratterizzazione ontologica, sono tendenzialmente stabili (per quanto tutte pur sempre suscettibili di futura abrogazione) - del fatto che essa è destinata a produrre i suoi effetti solamente per un limitato periodo di tempo. Sotto tale profilo, la norma urgente od emergenziale è, in qualche misura, strutturalmente diversa dalle altre, perché

---

<sup>53</sup> J. MENOCHIO, *De adipiscenda, retinenda et recuperanda possessione*, Parma, 1576-1577, Libro IV, ora in ID., *Opera*, Genevæ, 1687, da cui si cita, 51, *Summaria*, § 692. Il medesimo brocardo è, peraltro, ivi così alternativamente formulato: «*Sola apparentia sufficit, quia res celeritatem desiderat*» (108, § 692).

<sup>54</sup> Particolarmente acuta, in tal senso, ci pare la riflessione di S. CASSELLA, *La nécessité en droit international. De l'état de nécessité aux situations de nécessité*, Leiden-Boston, 2011, 257, la quale ha osservato come l'urgenza abbia, per l'appunto, una funzione, in qualche misura "giustificatrice" - usandosi tale termine in senso, evidentemente, differente da quello fatto proprio dal Pambou Tchivounda, di cui s'è detto - nella misura in cui «*si une action presse*», e dunque "urge", «*alors il est plus simple de justifier qu'il manque le temps nécessaire afin de réfléchir à la meilleure solution possible*» ("se urge porre in essere un intervento, allora è più agevole giustificare la mancanza del tempo necessario affinché possa riflettersi su quale sia la migliore delle soluzioni possibili").

<sup>55</sup> Per la ricostruzione del quale si rinvia a M. PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, Milano, 2011, 48 ss.

mentre di queste può dirsi (soltanto) *possibile* che esse, benché inizialmente ritenute legittime, divengano poi illegittime (ad esempio perché muta il contesto socio-culturale, ovvero perché il parametro di legittimità ha subito delle modificazioni), di quella dovrà invece dirsi (se è davvero una norma emergenziale) che è *certa* la sopravvenienza di un profilo d'illegittimità (anche a contesto socio-culturale o giuridico invariato) una volta cessata l'urgenza o l'emergenza o, comunque sia, non appena essa avrà raggiunto il suo scopo (il ripristino della normalità interrotta) ovvero qualora il suo scopo sia divenuto impossibile (vale a dire in caso di crisi, secondo la definizione del termine che ho tentato di enucleare all'inizio della mia riflessione).

La ragionevolezza della norma urgente (od emergenziale) deve essere, in altri termini, valutata anche in relazione alla sua *ontologica ed inevitabile "precarietà"*<sup>56</sup>, dovendo ritenersi la sua legittimità come una - per così dire - "legittimità sincronica" (o, comunque sia, *pro tempore*), destinata a, progressivamente, "spegnersi", cedendo il passo ad una (inizialmente latente) "illegittimità diacronica". In fondo il principio di eguaglianza, da cui promana il criterio di ragionevolezza, postula - come talvolta si dice, forse un po' grossolanamente, ma efficacemente - che situazioni eguali devono essere trattate in modo eguale, mentre situazioni diverse devono essere trattate in modo diverso. Questo adagio trova applicazione in maniera non solo sincronica ma, per l'appunto, anche diacronica: più lontana è nel tempo l'emergenza, meno ampia deve essere la deroga, fino a scomparire del tutto.

In termini pratici, questo significa - senza girarci troppo attorno - che il contenuto della misura urgente deve essere valutato, quanto alla sua ragionevolezza e, quindi, legittimità, con una certa "tolleranza", con l'avvertenza, però, che si tratta non solo di una tolleranza "a tempo", ma anche di una tolleranza destinata a tramutarsi nel suo contrario (cioè in una tendenziale intolleranza) man mano che si allontana nel tempo il momento in cui si è verificato il fatto urgente (o emergenziale, che dir si voglia). Potremmo anche dire, con una semplificazione spero non troppo eccessiva, che il contenuto della misura urgente è oggetto, nell'immediato, di uno scrutinio "largo" di legittimità, le cui maglie si fanno via via sempre più strette, sino a diventare strettissime, forse financo traducendosi, oltrepassato un congruo lasso di tempo, in una vera e propria presunzione di illegittimità<sup>57</sup>.

## 11. (*segue*) Urgenza e giustizia costituzionale: il caso della giurisprudenza costituzionale francese sullo stato di emergenza terroristica e quello della giurisprudenza italiana in materia di crisi economica

Un interessante spunto di riflessione, a tal riguardo, ci viene offerto dalla giurisprudenza francese sullo stato di emergenza dichiarato, a partire dalla mezzanotte del 14 novembre 2015 (all'indomani dell'attentato al teatro Bataclan, a Parigi), con il *Décret* n° 2015-1475, poi prorogato numerose volte, sino a cessare alla mezzanotte del 1° novembre 2017.

Senza entrare nel merito nelle singole pronunce, il dato che mi sembra rilevante è che considerando tutte le decisioni adottate dal *Conseil constitutionnel*, in riferimento allo stato d'emergenza, dal 2015 fino al 2018, risulta che le decisioni di conformità a Costituzione<sup>58</sup>, o di conformità con riserva di interpretazione<sup>59</sup>, siano tutte concentrate nell'arco di tre mesi (dicembre 2015, gennaio e febbraio 2016), vale a dire nei primi tre mesi di vigenza dell'*état d'urgence*. Le restanti pronunce<sup>60</sup>, tranne una<sup>61</sup>, sono state adottate in periodi successivi e - eccezion fatta per una di *non lieu* (inammissibilità)<sup>62</sup> - sono tutte dichiarazioni di incostituzionalità.

<sup>56</sup> Sul concetto di precarietà normativa v. per tutti E. LONGO, *La legge precaria*, Torino, 2017.

<sup>57</sup> Sulla tematica dello "scrutinio stretto" e della "presunzione di illegittimità" v. A. TURTURRO, *scrutinio stretto e presunzione di illegittimità nel controllo sulle leggi*, in *Rivista GdP*, 18 settembre 2015.

<sup>58</sup> *Décision* n° 2015-527 QPC del 22 dicembre 2015; *Décision* n° 2016-535 QPC del 19 febbraio 2016; *Décision* n° 2016-536 QPC del 19 febbraio 2016

<sup>59</sup> *Décision* n° 2017-624 QPC del 16 marzo 2017

<sup>60</sup> *Décision* n° 2016-536 QPC del 19 febbraio 2016; *Décision* n° 2016-567/568 QPC del 23 settembre 2016; *Décision* n° 2016-600 QPC del 2 dicembre 2016; *Décision* n° 2017-624 QPC del 16 marzo 2017; *Décision* n° 2017-625 QPC del 7 aprile 2017; *Décision* n° 2017-635 QPC del 9 giugno 2017; *Décision* n° 2017-677 QPC del 1° dicembre 2017; *Décision* n° 2017-684 QPC dell'11 gennaio 2018.

<sup>61</sup> *Décision* n° 2016-536 QPC del 19 febbraio 2016.

<sup>62</sup> *Décision* n° 2016-600 QPC del 2 dicembre 2016.

E non caso la dottrina francese ha osservato come non solo la “tolleranza”, ma anche la qualità stessa del controllo sia mutata col tempo, dacché all’inizio dello stato di emergenza venivano risparmiate dalla “scure” dell’incostituzionalità le «*atteintes légères à la liberté individuelle*» (cioè le restrizioni “minime”, non gravi, alla libertà individuale), mentre al suo prolungarsi si è progressivamente tornati ad un controllo “a tutto tondo” («*contrôle entier*»)<sup>63</sup>.

Mi pare un sintomo davvero significativo di come l’*état d’urgence* sia legato – come, d’altronde, la stessa nozione di urgenza – al “fattore tempo”, quasi che la conformità a Costituzione delle misure adottate diminuisse col passare del tempo. Il che sembrerebbe confermare ciò che dicevo poc’anzi a proposito del legame tra “fattore tempo” e principio di eguaglianza: più lontana è nel tempo l’emergenza, meno ampia deve essere la deroga, fino a scomparire del tutto. E, allo stesso tempo, più è lontana, nel tempo, l’emergenza, più lo scrutinio di legittimità deve farsi a “maglie strette”.

Più che la conformità a Costituzione, in altri termini, è proprio la *tolleranza costituzionale* che diminuisce man mano che si allontana il momento dell’emergenza.

Si tratta di un fenomeno non dissimile – salvo, naturalmente, il diverso contesto – da quello che si è osservato in Italia con le misure adottate per far fronte alla così detta “crisi economica” degli anni 2007-2013 che, come ho già ricordato in precedenza, sono state in un primo momento tollerate dalla Corte costituzionale e poi dichiarate incostituzionali a causa del loro eccessivo protrarsi nel tempo.

Anche in quel caso si trattava, infatti, di una urgenza – mentre meno evidente è la sua qualificazione come vera e propria crisi, nonostante la comune denominazione di “crisi economica”<sup>64</sup> – e, in quanto tale, rispondeva alla logica della “funzione prioritizzatrice”.

Senza, però, tornare su cose già dette, quello che mi sembra importante rilevare è come questa tolleranza temporalmente mutevole che possiamo riscontrare nella giurisprudenza costituzionale, sia italiana, sia francese, a fronte di due emergenze tutt’affatto diverse sotto ogni punto di vista possa costituire una conferma di come il “bilanciamento” (se così lo si vuole chiamare) consentito e condizionato dall’urgenza sia diverso dal “classico” bilanciamento – diciamo così – per prevalenza.

Nel caso della giurisprudenza francese, poi, c’è un secondo dato che merita di essere messo in luce.

Ho già ricordato come, in Francia, siano state adottate, con riferimento allo stato d’emergenza, otto dichiarazioni di incostituzionalità nel periodo considerato.

Ebbene, di queste otto, ben quattro – pari, dunque, alla metà – contenevano una forma di modulazione degli effetti. In tre casi, il *Conseil* ha indicato una data specifica a partire dalla quale la decisione avrebbe prodotto i suoi effetti (decisioni n° 2016-600 QPC346, n° 2017-635 QPC347, n° 2017-677 QPC348). In un caso, invece, il *Conseil constitutionnel* (n° 2016-567/568349), pur non rinviando la data di entrata in vigore della decisione, s’è avvalsa dei poteri conferitigli dalla seconda frase del secondo comma dell’art. 62 Const., in virtù della quale «*le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d’être remis en cause*» (ovverosia: il Consiglio costituzionale determina le condizioni e limiti entro i quali gli effetti prodotti dalla disposizione censurata possono essere rimodulati”).

Ora, non costituisce certo una rarità l’uso dei poteri di modulazione da parte del *Conseil*. Il fatto, però, che questi poteri siano stati usati nella metà delle declaratorie d’incostituzionalità relative allo stato d’emergenza potrebbe essere proprio un sintomo di come il “rapporto di priorità” muti nel corso del tempo, sicché in determinati casi il *Conseil*, pur a fronte di limitazioni piuttosto invasive delle libertà costituzionali, ha preferito limitare la portata dell’incostituzionalità in virtù del particolare momento storico.

---

<sup>63</sup> V. GOESEL-LE BIHAN, *Et le Conseil constitutionnel ? Réflexions sur la jurisprudence du Conseil, l’état d’urgence et la perspective de révision de la Constitution*, in P. D’ARGENT – D. RENDERS – M. VERDUSSEN (a cura di), *Les visages de l’État. Liber Amicorum Yves Lejeune*, Bruxelles, 2017, 474.

<sup>64</sup> È stato infatti osservato come, nel caso della crisi economica, «non si p[ossa] parlare di crisi dovuta a particolari fenomeni o avvenimenti, quanto piuttosto di un fattore endogeno al sistema capitalistico che per sopravvivere deve risorgere dalla sue ceneri» (I. CIOLLI, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2012, §2, con riferimento a G. BUCCI, *Diritto e politica nella crisi della mondializzazione*, in *Democrazia e diritto*, n. 2, 2009, 120-121).

## 12. (segue) Emergenza vs crisi: il caso della pandemia

Naturalmente la ricostruzione appena proposta deve subire qualche necessaria integrazione, con riferimento, da un lato, allo “stato di emergenza” (inteso, secondo quanto già detto, come “regime giuridico” dell'emergenza) e, dall'altro, alle crisi cagionate da una emergenza (cosa invero non scontata)<sup>65</sup>.

Su queste ultime, in realtà, le cose da dire sono relativamente poche e, per lo più, facilmente intuibili.

Mi pare, innanzitutto, evidente che le misure “anti-crisi” (o, quantomeno, alcune delle misure anti-crisi) condividono, con quelle “anti-emergenziali”, il fatto di poter risultare “anomale” rispetto al diritto “ordinario”. Ciò che cambia è il motivo per il quale esse determinano l'anomalia. Le misure d'urgenza costituiscono, in qualche modo, la “prima barriera difensiva” dell'ordinamento dinanzi alla deflagrazione del fatto emergenziale: quando la situazione sta per esplodere e serve – diciamo così – forzare un po' la mano per (tentare di) ripristinare alla normalità.

Qui vorrei richiamare un esempio che ho già fatto prima, ripromettendomi però di articolarlo meglio, cioè quello della pandemia, che ci aiuta anche a capire un punto – che finora non ho affrontato – i cui aspetti problematici vengono spesso sottovalutati: quello del *dies a quo*, vale a dire quello del momento a partire dal quale si può effettivamente dire che la situazione è diventata “urgente” od “emergenziale”. Possiamo dire che l'emergenza “scatta” quando il pericolo è (almeno) *imminente*, non essendo, chiaramente, ammissibile che possa dichiararsi – che so – lo stato di emergenza per terremoto quando non si è realizzato alcun fenomeno sismico che lasci pensare all'imminenza di un terremoto ma solo perché, essendo l'Italia un Paese ad alto rischio, sussiste un astratto pericolo che possa esserci una scossa da un momento all'altro.

Meno facile, però, è definire con esattezza a partire da quando un pericolo possa dirsi effettivamente imminente. Qui c'è una raffinatissima definizione elaborata dalla dottrina processualcivilista a proposito – ovviamente – del *periculum in mora*, ma che secondo me a livello concettuale è pienamente applicabile all'urgenza in generale:

«[Il requisito dell'imminenza] comporta che l'evento dannoso paventato da chi domanda il provvedimento di urgenza debba non essere di remota possibilità, ma incombere con vicina probabilità, che l'*iter*, il quale conduce a detto evento, appaia già, se non proprio iniziato, almeno direttamente ed univocamente preparato, e che l'evento stesso si presenti lesivo immediatamente, e non in via mediata o strumentale, di quello stesso interesse che con l'azione [...] si vuol tutelare»<sup>66</sup>.

Certo, lo stesso Autore deve poi ammettere che «ben pochi limiti possono essere fissati in via astratta e generale»<sup>67</sup>. Ma quei pochi che vengono fissati nella definizione appena riportata – vale a dire che l'*iter* appaia *univocamente iniziato* e che la lesione temuta sia immediata – consentono comunque un livello di oggettivazione della nozione superiore a quello normalmente usato nell'elaborazione costituzionalistica dell'urgenza. E, secondo me, possono essere di grande utilità anche nel diritto pubblico per affrontare il problema relativo all'individuazione del momento a partire dal quale una circostanza possa considerarsi giuridicamente urgente.

Ora, vediamo un po' come sono andate le cose con la pandemia di Covid-19.

---

<sup>65</sup> Come ben messo in luce da A. LO CALZO nella sua relazione *Interazioni tra dimensione sovranazionale e dimensione nazionale nella produzione normativa: tra crisi “endemiche” e nuove emergenze*, «può aversi [...] una crisi non innescata da un fatto emergenziale, così come possono aversi emergenze di entità ridotta che non portano alla crisi di un sistema, vengono cioè risolte prima che questa si manifesti».

<sup>66</sup> L. MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile (Artt. 700 - 702 Cod. Proc. Civ.)*, Napoli, 1955, 78-79.

<sup>67</sup> L. MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 79.

La “emergenza da nuovo coronavirus” – come veniva chiamata nelle prime fasi della pandemia – possiede, com’è stato osservato in dottrina, una «natura specifica»<sup>68</sup> che la rende in qualche modo unica rispetto ad altre ipotesi emergenziali:

«si tratta di un evento situazione che, piuttosto che presentarsi in sé come sovversivo dell’ordinamento in quanto tale, mette direttamente a repentaglio un bene di assoluto pregio costituzionale, qual è la salute, individuale e collettiva, oggetto della specifica tutela *ex art.* 32. Ed è – si badi bene – proprio la salvaguardia di questo bene fondamentale ad aver imposto e ad imporre l’adozione di più o meno drastiche misure di compressione degli altri diritti costituzionali, del meccanismo di produzione normativa, delle dinamiche proprie della forma di governo, cioè in buona misura del sistema ordinamentale nel suo complesso.

Insomma, [...] la relazione conflittuale fatto *vs* diritto si articola [nel caso della pandemia da Covid-19] nel trilaterale nesso fatto *vs* diritto *vs* diritto e, per quel che qui ora interessa, si riduce nel legame diritto *vs* diritto, ove il primo termine si identifica nel diritto alla salute e nel secondo si colloca la metamorfosi sistemica che la salvaguardia del primo richiede. È un conflitto fortemente innestato, anzi introiettato nell’alveo del diritto: è *giuridicamente intestino*»<sup>69</sup>.

Sul piano giuridico, dunque, la peculiarità della pandemia di Covid-19 risiede nel fatto che, a cagione di essa, si è dovuto porre in essere un «macro-bilanciamento»<sup>70</sup> tra un solo diritto (il diritto alla salute) e, praticamente, tutti gli altri diritti e tutte le altre libertà (o quasi) previste dalla Costituzione.

Certo, a questa affermazione si potrebbe forse obiettare che in realtà un’analoga considerazione può essere compiuta, magari con qualche forzatura, con riferimento a qualunque emergenza, ad esempio dicendo che si ha un macro-bilanciamento tra il diritto alla sicurezza e tutti gli altri diritti. Senonché, come pure di recente è stato osservato da autorevole dottrina<sup>71</sup>, il così detto “diritto alla sicurezza” non è propriamente un diritto ma, piuttosto, la manifestazione (apparentemente) unitaria di un complesso di diritti costituzionalmente garantiti (libertà personale, libertà di circolazione, integrità psico-fisica, ecc.), ciascuno con le sue specificità e il suo – per così dire – “peso”; anche perché a voler diversamente pensare e a voler, cioè, ritenere il diritto alla sicurezza come un vero e, soprattutto, autonomo diritto fondamentale, si rischierebbe di realizzare – come ha opportunamente osservato il Denninger – quella temuta “esplosione” della «attività statale», suscettibile di produrre «delle competenze di più ampia portata» dando, in fine, esito a quello «stato paradisiaco in cui la preoccupazione (*Sorge*) che secondo il dottor Faust di Goethe produce cecità dell’uomo, potrebbe essere sostituita dalla certo chiaroveggente ma smisurata o illimitata pre-videnza (*Vor-Sorge*)»<sup>72</sup>.

In ogni caso, non sembrano poterci essere dubbi sul fatto che il bene messo in pericolo dall’emergenza pandemica fosse, sul piano giuridico, il diritto alla salute (quella collettiva, quella individuale dei contagiati dal Sars-CoV-2 e quella, non meno individuale, dei malati di altre patologie che non trovavano posto negli ospedali). E allora la domanda che dobbiamo porci è a partire da quale momento il pericolo di non riuscire più a garantire il diritto alla salute è diventato *imminente*.

Non, sicuramente, quando è avvenuto il “salto di specie” del coronavirus dal pipistrello all’uomo, né quando si è avuta conoscenza di qualche caso di Covid-19 al di fuori dell’area di Whuan.

Occorre – per riprendere le già citate parole del Montesano, che l’“evento, appaia già, se non proprio iniziato, almeno direttamente ed univocamente preparato, e che l’evento stesso si presenti lesivo immediatamente”. Occorre, cioè, che si abbia coscienza del fatto che il *virus* ha come conseguenza quella di sviluppare malattie gravi o di condurre al decesso una certa percentuale di contagiati, e che si sia compresa la sua natura diffusiva (epidemicamente, tendente al pandemico). È a partire da quel momento che “scatta” l’emergenza e che diviene lecito attivare le necessarie contro-misure.

<sup>68</sup> P. CARNEVALE, *Pandemia e sistema delle fonti a livello statale. Qualche riflessione di ordine sistematico*, in *Corti supreme e salute*, 2021, p. 44.

<sup>69</sup> P. CARNEVALE, *Pandemia*, cit., p. 44.

<sup>70</sup> P. CARNEVALE, *Pandemia*, cit., p. 45.

<sup>71</sup> Cfr. M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità, lotta alla povertà*, Napoli, 2012, pp. 25 ss., e G. PISTORIO, *La sicurezza giuridica. Profili attuali di un problema antico*, Napoli, 2021, 109 ss., anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>72</sup> E. DENNINGER, *Dallo “Stato di diritto” allo “Stato di prevenzione”*, in V. BALDINI (a cura di), *Sicurezza e stato di diritto: problematiche costituzionali*, Cassino, 2005, 54, come citato da M. RUOTOLO, *Sicurezza*, cit., p. 83, nt. 125.

Da questo punto di vista, in Italia (ma, in realtà, dovrei dire ovunque) l'emergenza è stata dichiarata con qualche ritardo rispetto al momento in cui il pericolo poteva dirsi già divenuto imminente. L'emergenza è stata dichiarata, infatti, quando ci si è accorti che il virus si era diffuso, che sempre più persone morivano o finivano in terapia intensiva, che gli ospedali erano saturi, che non c'era abbastanza personale sanitario, che non c'erano abbastanza mascherine, che non c'era abbastanza disinfettante per le mani, che non c'erano piani adeguati sulle misure di prevenzione e sanificazione da osservare nei posti di lavoro e nei luoghi aperti al pubblico, che non c'erano terapie o vaccini sperimentati ed efficaci e che la situazione, già ingestibile, rischiava di divenire apocalittica. In altri termini, l'emergenza è stata attivata quando il pericolo non era più solo imminente, bensì *attuale*.

E a quel punto si è fatta l'unica cosa che si poteva fare in quel momento per evitare che l'“effetto indesiderato” di un aumento esponenziale dei decessi si producesse: prendere tempo; chiudere tutto, far desaturare le terapie intensive e cercare di far tornare indietro le lancette dell'orologio a prima che il pericolo divenisse imminente. Si è posto in essere, quindi, il così detto confinamento o *lockdown*.

Si è, insomma, deciso di limitare per un periodo di tempo limitato alcuni diritti ed alcune libertà (*in primis* la libertà di circolazione), per evitare il prodursi di una situazione di maggiore illegittimità data dall'eccessivo ed irrimediabile sacrificio dell'unico diritto che la Costituzione italiana qualifica espressamente come “fondamentale”: il diritto alla salute.

Nel momento in cui le terapie intensive si sono svuotate, il problema di approvvigionamento di dispositivi sanitari si è risolto e la circolazione del virus è tornata ad essere sotto controllo, l'emergenza in senso stretto è cessata, nel senso che tutto ciò che, dello *status quo ante*, poteva essere ripristinato, era ormai stato ripristinato. Sfortunatamente, nel caso della pandemia di Covid-19 il ritorno alla “vecchia” normalità non era possibile, perché l'unico modo di conseguire un tale risultato sarebbe stato quello di debellare il virus.

Si è aperta, dunque, una crisi: un momento di instabilità il cui esito è quello dell'affermazione di una nuova normalità; una nuova normalità, nel caso di specie, in cui si deve convivere con il *virus*. E questa convivenza impone l'adozione di misure che, benché tendenzialmente connotate da provvisorietà (essendo la crisi un momento di transizione), possono talvolta divenire “definitive” (ovverosia - se vogliamo riprendere la terminologia adoperata dagli organizzatori del convegno - persistenti), qualora la loro permanenza in vigore sia coesistente alla “nuova normalità” che si è venuta a creare al termine della crisi.

L'esempio di più facile comprensione che si possa fare è l'obbligo vaccinale contro la Covid-19: un obbligo vaccinale che, nella “vecchia normalità” che conoscevamo fino al 2019 non esisteva, e che invece connota la “nuova normalità” che si sta creando e, pian piano, stabilizzando oggi. Senza l'obbligo vaccinale si rischierebbe, infatti, di ripiombare nell'emergenza che ha ingenerato la crisi, determinando dunque l'insorgere di un nuovo periodo di instabilità.

È, a mio avviso, in ciò che risiede il problema, sul piano delle fonti del diritto, delle emergenze che ingenerano crisi, poiché i due piani finiscono per sovrapporsi, allorché le misure per uscire dall'emergenza e quelle per uscire dalla crisi hanno scopi diversi e quindi, proprio sul piano della ragionevolezza, rispondono a criteri di valutazione della legittimità differenti: ciò che è consentito alle une non è necessariamente consentito alle altre, e vice-versa.

Le misure per uscire dalla crisi non rappresentano - per riprendere le parole usate poco fa - la “prima barriera difensiva”. Non sussistono le condizioni di sommarietà che connotano l'adozione della misura urgente, non sono necessariamente provvisorie e, avendo finalità diverse, non rispondono alla logica della “funzione prioritaria”.

Il loro obiettivo è quello - delicatissimo - di favorire l'ingresso in una nuova normalità che, però, non sia eversiva dell'ordine giuridico costituito ma, al contrario, ne costituisca una riaffermazione, sul piano dei diritti e dei principi, nell'ambito delle inedite circostanze di fatto che caratterizzeranno il futuro *status quo*.

In questo senso, distinguerei tra due diverse tipologie di norma “anti-crisi”.

La prima è costituita da quelle norme il cui scopo è - per così dire - “prendere tempo”, rallentare, cioè, il decorso della crisi quando si verifica, onde evitare che essa divenga indomabile sfociando, poi, in una nuova normalità incompatibile con i principi ed i diritti caratterizzanti l'ordinamento. Si tratta,



per tornare all'esempio della pandemia, delle "chiusure" successive al grande *lockdown* dell'inizio del 2020, dell'obbligo di mascherina e di "certificato verde", delle varie restrizioni, insomma, che sono state adottate nei mesi successivi alla cessazione dell'emergenza in senso stretto.

Tale tipologia di misure (che potremmo definire "di transizione") possiede caratteristiche strutturali – potremmo dire ontologiche – simili a quelle emergenziali: ambo le due (necessariamente) provvisorie, ambo le due autorizzate a derogare od eccipire il diritto "ordinario". In altri termini, ambo le due possono valersi del privilegio di quella "tolleranza *pro tempore*" di cui si è parlato prima. L'unica differenza, sotto questo profilo, risiede nella loro finalità: le misure emergenziali sono volte a (tentare di) ripristinare la "vecchia normalità", quelle di transizione hanno invece lo scopo di dominare la crisi determinata dall'emergenza. In questo senso può dirsi che le norme di transizione hanno, o comunque sia possono avere, anche uno scopo preventivo, poiché volte ad impedire che si ripropongano le medesime condizioni di fatto che hanno determinato l'emergenza iniziale.

La seconda tipologia, invece, è data da norme che potremmo definire di "stabilizzazione", poiché il loro ruolo è quello di uscire dalla crisi, ricostituendo una normalità che, pur non essendo uguale a quella preesistente, risulti (almeno) altrettanto "in linea" con i principî dell'ordinamento. Qui la valutazione della legittimità delle misure risponde, dunque, a parametri completamente diversi, poiché questo genere di norme, non avendo natura provvisoria, può essere valido fintanto che la sua conformità ad i principî dell'ordinamento sia sostenibile sul lungo (se non lunghissimo) periodo.

### 13. (*segue*) Gli "stati d'emergenza"

Quanto agli stati d'emergenza, il discorso è un po' più complesso (e si ricollega, in parte, anche a quanto da ultimo evidenziato circa le misure "anti-crisi").

Si è già detto, in apertura della relazione, che il concetto di "emergenza" appartiene – quanto meno nella ricostruzione che qui se ne dà – alla medesima nozione di "urgenza", ed indica quelle urgenze che si manifestano sotto forma di "stato di cose". Vi è "emergenza" quindi – mi ripeto – ogni qual volta l'urgenza risulti il presupposto non già per l'adozione di un singolo provvedimento o per lo svolgimento eccezionalmente rapido di una determinata procedura, bensì per l'instaurazione di una sorta di "ordinamento alternativo" – certo, limitato nel tempo e nello spazio, ma pur sempre alternativo a quello "ordinario" – in cui i rapporti tra interessi, diritti e principî appaiano declinati (o, se si preferisce, "bilanciati") in modo diverso dall'ordinario.

Questo "ordinamento alternativo" assume, a sua volta, la denominazione di "stato", laddove, in questo caso, la parola non indica l'elemento fattuale (lo "stato di cose" determinato dall'accadimento urgente), bensì quello giuridico-normativo, vale a dire il complesso di norme e di provvedimenti (in una parola, di misure) adottati per far fronte all'emergenza. Si può parlare, in tal senso, di "stati emergenziali" come categoria generale, all'interno della quale è possibile poi distinguere in generici "stati d'emergenza", ovvero in specifici "stati di emergenza pandemica", "stati di emergenza terroristica", "stati di emergenza bellica", ecc.

La Costituzione italiana, come noto, prevede un solo "stato emergenziale", lo stato di guerra (articoli 78 e 87), limitandosi a disporre che esso viene dichiarato dal Presidente della Repubblica e deliberato dalle Camere, le quali conferiscono al Governo i «poteri necessari». Ciò non impedisce, ovviamente, al legislatore di individuare altri stati emergenziali (mentre è da sempre oggetto di dibattito se, e fino a che punto, esso possa prevedere misure limitative dei diritti fondamentali in atti di normazione sub-costituzionale). Direi anzi – pure dando uno sguardo ad altri ordinamenti – che il così detto livello primario costituisca ormai il livello di normazione per elezione degli stati emergenziali, tanto che, in Francia, l'idea, avanzata sotto la presidenza Hollande, di costituzionalizzare lo stato d'emergenza (previsto da una legge) ha suscitato vivaci polemiche<sup>73</sup>, sino ad arenarsi.

---

<sup>73</sup> Sul tema si vedano, almeno: S. PIERRE-CAPS, *Constitutionnaliser l'état d'urgence ?*, in *Civitas Europa*, n. 1/2016, 141-154; J.-C. PAYE, *Constitutionnaliser l'état d'urgence : quel enjeu ?* in *Voltaire.net*, 15 luglio 2016; I. BOUCOBZA – CH. GIRARD, « *Constitutionnaliser* » l'état d'urgence ou comment soigner l'obsession d'inconstitutionnalité ? in *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, 5 febbraio 2016.

Gli stati emergenziali possiedono due peculiarità, rispetto alle altre misure urgenti.

La prima è che, essendo rivolte a dominare uno “stato di cose”, possono contenere al loro interno anche misure non strettamente correlate con l’urgenza, vale a dire non finalizzate al tentativo di ripristino dello *status quo ante*. Possono includere, in altri termini, anche quelle che poc’anzi ho definito misure di transizione o, comunque sia, misure a scopo preventivo. Gli stati d’emergenza, infatti, sono istituti urgenti la cui durata può eccedere, entro certi limiti, quella dell’urgenza in senso stretto, atteso il loro scopo preventivo rispetto all’eventuale insorgere di nuove urgenze (in ciò distinguendosi, invece, dai “provvedimenti urgenti”, tipo decreto-legge, ordinanze contingibili, ecc). Così, ad esempio, a seguito di un attentato terroristico, uno Stato potrà dichiarare lo stato d’emergenza per imporre una serie di misure restrittive allo scopo di prevenire nuovi attentati, anche se non vi è nessuna certezza che essi verranno commessi.

Resta, naturalmente, ferma la regola secondo cui la “deroga” alle ordinarie regole democratiche può essere concessa solo a fronte di vere emergenze, cioè quelle caratterizzate dal manifestarsi di un accadimento imprevisto, che rispondono al requisito della provvisorietà e che domandano un intervento straordinario da parte dei pubblici poteri onde scongiurare il formarsi di una situazione di una maggiore illegittimità. Occorre, insomma, che l’intervento sia indispensabile (necessario), ma anche, ovviamente, indifferibile (urgente), per quanto – lo si è già detto – l’indifferibilità deve qui essere valutata in modo diverso, potendo avere lo “stato di emergenza” uno scopo anche “preventivo” (fermo restando, beninteso, che una dichiarazione d’emergenza deve pur sempre trovare la sua giustificazione nell’avverarsi di un fatto nuovo e imprevisto, tale da comportare un comprovabile innalzamento del rischio al di sopra dell’ordinario). Ci si deve, insomma, trovare in una circostanza tale per cui il mancato intervento emergenziale determinerebbe (o, comunque sia, potrebbe molto probabilmente determinare) la compressione totale – o, in ogni caso, ben oltre il “nucleo duro” e “irriducibile” – di un diritto costituzionalmente garantito.

La seconda particolarità degli stati emergenziali (o, per meglio dire, delle normative sugli stati emergenziali), è che essi consentono al legislatore (o, comunque sia, al soggetto normatore) di disciplinare, almeno in parte, alcuni aspetti dell’emergenza prima che essa si verifichi e, anzi, senza neppure sapere se essa mai si verificherà.

Sotto questo profilo, nonostante le diffidenze che talvolta le leggi sugli stati emergenziali sembrano suscitare in dottrina, personalmente ritengo – anche in considerazione del fatto che, nella gran parte (se non nella totalità) dei casi, gli stati emergenziali fanno riferimento ad emergenze di rilievo costituzionale – le leggi sugli stati emergenziali possono svolgere un ruolo rassicurante, proprio perché consentono di predeterminare, in periodi di tranquillità (e, dunque, al di fuori della “ondata emotiva” che le emergenze sempre provocano, anche sul piano istituzionale), i limiti entro i quali si potrà agire per dominare l’emergenza, limitando così tanto il livello di approssimazione, sommarietà, improvvisazione dell’intervento, quando la possibilità di abusi da parte dei pubblici poteri.

In questo senso, le leggi sugli stati emergenziali svolgono (o, per meglio dire, dovrebbero svolgere) una funzione che potremmo, in qualche misura, definire “costituzionalistica”: essi sono, come la Costituzione, degli atti che lo Stato produce quando è più “lucido” (cioè al di fuori di un’urgenza) a valere per il momento in cui lo sarà meno (cioè al momento dell’urgenza)<sup>74</sup>. Si tratta, insomma, di applicare quella che Jon Elster ha chiamato la “strategia di Ulisse”, consistente nel “farsi legare” per non cedere alla tentazione delle “sirene”: allo stesso modo, infatti, «la nazione può “farsi” legare (una nozione controversa) attraverso l’assemblea costituente»<sup>75</sup>.

Ebbene, le leggi sugli “stati emergenziali” servono proprio a questo: a legare, cioè limitare il potere dell’Esecutivo, affinché esso non approfitti delle situazioni d’urgenza per limitare i diritti oltre il dovuto.

---

<sup>74</sup> Il riferimento qui è alla nota frase di Gustavo Zagrebelsky, a sua volta ispirata da Jon Elster, secondo cui la Costituzione rappresenta «ciò che ci siamo dati nel momento in cui eravamo sobri, a valere per i momenti in cui siamo sbronzi». (G. ZAGREBELSKY, *Valori e diritti: dietro ai conflitti della politica*, in *la Repubblica*, 22 febbraio 2008).

<sup>75</sup> J. ELSTER, *Ulysses and the Sirens*, Cambridge, 1979, ripubblicata, con modifiche, in italiano, col titolo *Ulisse e le Sirene. Indagini sulla razionalità e l'irrazionalità*, Bologna, 1983, da cui si cita (p. 163). L’A., poi, spiega: «La strategia di Ulisse in questo caso consiste nell’obbligare le generazioni future promulgando una costituzione che include delle clausole che impediscono facili mutamenti».

Sotto questo profilo, i vantaggi offerti dagli stati emergenziali possono essere almeno sette:

1) In primo luogo, essi offrono la possibilità di prevedere normativamente le circostanze di fatto che determinano l'attivazione dello stato di emergenza, consentendo di influire sull'elemento della contingibilità (intesa come "imprevisione"<sup>76</sup>). Sarà così possibile, ad esempio, non solo indicare quale tipologia di eventi sia (o non sia) idonea a far attivare lo stato di emergenza – ad esempio un terremoto – ma anche in che modo l'evento debba manifestarsi per essere ritenuto "urgente" (ad esempio, nel caso del terremoto, precisando a partire da quale grado della scala Mercalli o Richter un terremoto possa considerarsi quale "emergenza");

2) Conseguentemente, sarà inoltre possibile fornire elementi sul momento *a quo* dell'emergenza, che resta una delle maggiori problematiche nei casi di pericolo imminente ma non attuale;

3) Allo stesso modo potranno essere individuate tutte o alcune delle misure o dei provvedimenti che possono legittimamente essere adottati al verificarsi dei casi urgenti, svolgendosi così, almeno in parte, un giudizio di opportunità<sup>77</sup> preventivo;

4) La legislazione sugli stati emergenziali offre altresì la possibilità di normare il singolo stato d'emergenza a seguito di un normale procedimento legislativo, che garantisca non solo i necessari tempi per un'adeguata ponderazione delle scelte, ma anche una corretta dialettica tra le varie minoranze parlamentari, ciò che certamente potrebbe diminuire la "carica autoritaria" (perché maggioritaria) delle decisioni sull'emergenza prese, sul momento, dall'Esecutivo;

5) Quanto da ultimo detto vale, naturalmente, anche – se non soprattutto – con riferimento al più importante dei problemi relativi agli stati di necessità, cioè quello del "bilanciamento". La prevalenza (*rectius*, la priorità) di un principio su di un altro principio, di un diritto su di altro diritto, ecc., diventerebbe infatti frutto di un accordo tra i rappresentanti del popolo e non già un'imposizione della maggioranza, ciò che non potrebbe che avere degli effetti positivi sulla legittimità della misura adottata;

6) Di conseguenza, verrebbe concesso al Governo non solo un minore spazio di discrezionalità, ma anche un meno esteso "diritto all'errore". Certo, vi saranno pur sempre degli aspetti della fattispecie concreta che si discosteranno o non saranno preveduti dalle disposizioni normative sull'urgenza. Ma, al di fuori di tali casi, è innegabile che, in presenza di una predeterminazione normativa dello stato emergenziale, il bilanciamento, i mezzi e i modi d'intervento e quant'altro risulteranno già preventivamente definiti dal legislatore, sicché all'Esecutivo spetterà soprattutto il compito di verificare se vi siano i presupposti di fatto e di diritto e di adottare le misure necessarie alla corretta ed efficiente attuazione della legge;

7) Da ultimo, sul piano del controllo della legittimità dell'atto, la predeterminazione di tutti o di alcuni degli elementi sopra elencati consente una riduzione del "potere di concretizzazione" del giudice il quale, per altro verso, potrà effettuare una verifica necessariamente più "severa" sulla sussistenza dei presupposti, poiché qualunque discostamento dalle previsioni legislative celerebbe un'inaccettabile tendenza decisionistica da parte del Governo.

---

<sup>76</sup> La parola "contingibile" ha subito, nel tempo, una curiosa evoluzione, di cui ho dato ampiamente conto nel mio lavoro monografico (pp. 492 ss.). Nella definizione cui sono approdato, l'esser contingibile significa l'essere relativo ad un caso *previsto... in quanto impreveduto*. In altri termini, a fronte di alcune ipotesi che si ritiene *possibile* ma non *certo* che si verifichino e di cui sarebbe difficile, se non impossibile data la loro casualità e accidentalità, fornire un elenco puntuale e completo, il legislatore sceglie di approntare un rimedio da attivarsi *nel o pel* caso in cui una di queste ipotesi "impreviste" (*rectius*, previste genericamente ma non puntualmente) si verifichi. Si tratta di un caso di (ri)definizione sintetica, frutto della necessaria «funzione pragmatica» (U. SCARPELLI, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Milano, 1995, 27 ss.) del linguaggio giuridico: poiché è contingibile ciò che è "relativo/a ad un fatto previsto in quanto impreveduto", allora per sapere se vi è contingibilità o meno occorre verificare se il fatto che si verifica possa qualificarsi quale "impreveduto". Se così è, allora, deve affermarsi come, a rigore, sia la "prevedibilità" (o, per meglio dire, la previsione dell'impreveduto) a costituire l'essenza della "contingibilità". La previsione normativa di provvedimenti "contingibili" è difatti il modo con cui il legislatore "prevede" tutti quei casi che non vuole o non può descrivere puntualmente. La "imprevisione", invece, caratterizza il singolo caso cui si vuole far fronte con l'ordinanza contingibile. Dal momento che, ormai, è questo l'unico uso che viene fatto della parola "contingibile", è normale che sia venuta a porsi in essere una sorta di identificazione tra la contingibilità e l'imprevisione.

<sup>77</sup> Secondo la ricostruzione della necessità in fasi operata nel lavoro monografico (pp. 391 ss.) per "giudizio di opportunità" s'intende la scelta, da parte di chi adotta l'atto urgente, del mezzo o del modo più idoneo per conseguire il fine proposto.

Queste considerazioni, tra l'altro, mi portano ad affermare che tra "stati emergenziali" e provvedimenti urgenti vi sia (o, meglio, vi dovrebbe essere) una sorta di rapporto sussidiario. È chiaro, infatti, che, malgrado tutti gli sforzi del Parlamento, non sarà mai possibile porre in essere una legge con la quale davvero si riesca a prevedere ogni accadimento emergenziale nel minimo dettaglio. Le eventuali lacune, insufficienze, rigidità della legge sullo stato emergenziale potranno, allora, essere risolte con puntuali provvedimenti di carattere normativo adottati, se del caso, d'urgenza al momento in cui si verifica l'emergenza.

Ovviamente, non tutte le potenzialità della legislazione sugli stati emergenziali vengono sfruttate adeguatamente. Anzi, in molti casi non vengono sfruttate affatto.

È proprio questo, mi pare, il caso italiano, il cui stato d'emergenza (art. 24, d. lgs. 1 del 2018, per le emergenze di rilievo nazionale) risponde al modello così detto "a ordinanze di necessità", secondo una tradizione che può farsi risalire (almeno) all'ordinamento statutario e che, da allora, non è mai mutata, non ostante il diverso esempio di alcuni Paesi confinanti (si pensi, ancora una volta, alla Francia, il cui stato d'emergenza risponde al così detto modello "a misure predefinite")<sup>78</sup>.

In altri termini, nelle leggi sullo stato d'emergenza (e, ancora prima, in quelle sullo stato di pericolo pubblico, sullo stato di calamità naturale, ecc.) che si sono susseguite nel tempo in Italia, non vi è mai stata una predeterminazione delle misure che entravano in vigore al dichiararsi dello stato di emergenza. Nella nostra tradizione giuridica, infatti, la dichiarazione dello stato di emergenza serve solo ad autorizzare un soggetto - sia esso il Presidente del Consiglio dei Ministri, il Capo della Protezione civile, un Presidente di Regione, ecc., a seconda dei casi (e delle leggi) - ad adottare delle ordinanze (o dei decreti) contingibili e urgenti alle quali (o ai quali) è sovente consentito (pur non dicendo nulla la Costituzione in proposito) derogare financo a norme di livello superiore. Il soggetto incaricato di assumersi questo potere deciderà poi quale contenuto dare alle ordinanze, che vengono tutte, presuntivamente, ritenute "urgenti", fintantoché vengono adottate all'interno dello "stato d'emergenza" (che ha una durata limitata ma solitamente rinnovabile).

Orbene, è chiaro che, prevedendosi una gestione delle emergenze "a colpi di ordinanza", si perde praticamente tutto il potenziale vantaggio dato dalla previsione di uno stato di emergenza. E non stupisce, allora, che - come ricordavo poc'anzi - in Italia la legislazione sullo stato d'emergenza suscita non poche perplessità in dottrina<sup>79</sup>, poiché di fatto essa si risolve in un potere d'ordinanza sostanzialmente "libero" che non trova appiglio in alcuna disposizione costituzionale.

---

<sup>78</sup> La tecnica emergenziale francese si connota, infatti, per la seguente procedura: si dichiara lo stato d'emergenza (ai sensi della legge sull'*état d'urgence* n. 55-385 del 3 aprile 1955), poi, a colpi di successive proroghe, lo si modifica per adattarlo al caso di specie (così detto «*toiletage de la loi antérieure*», espressione ripresa da O. BEAUD - C. GUÉRIN-BARGUES, *L'état d'urgence. Une étude constitutionnelle, historique et critique*, Paris, 2016, 121). Il vantaggio, almeno apparente, di tale tecnica è che, essendo tutte le misure discusse con i tempi propri della legge, la misura di improvvisazione (e, quindi, il rischio di antidemocraticità) è (o dovrebbe essere) minore, anche se, nella realtà dei fatti, data la fretta con cui vengono redatti i testi delle varie proroghe, non è inusuale riscontrarsi «*une célérité excessive dans la façon de légiférer*» (Ivi, 129). Lo svantaggio è invece dato dal fatto che, a dispetto della formula molto ampia usata dall'art. 1 della legge sull'*état d'urgence* riguardo ai presupposti di attivazione (ove si fa riferimento a un «*péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public*», ma anche a una «*calamité publique*»), lo stato d'emergenza finisce, col tempo, per diventare troppo "simile" al caso particolare cui si propone di far fronte. A cosa potrebbero mai servire le perquisizioni o le *assignments à résidence* in caso di terremoto o di epidemia? Si perde così molto del vantaggio che potrebbe essere fornito dalla previsione *ex ante* di uno stato d'emergenza, e si crea una legge talmente "caratterizzata" su di alcuni specifici stati emergenziali da poter risultare inservibile - persino con modifiche - qualora applicata per fronteggiare contesti troppo "lontani" da quelli per i quali è stata pensata. Tale svantaggio può, però, venire risolto creando legislazioni specifiche per ciascuno stato emergenziale nei confronti del quale la legge sull'*état d'urgence* risulterebbe inapplicabile, com'è stato in effetti fatto per l'emergenza sanitaria (L'articolo 2 della legge n. 2020-290 del 23 marzo 2020 ha infatti introdotto uno specifico *état d'urgence sanitaire*, sul quale v. V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Qu'est-ce que l'état d'urgence sanitaire ? D'un état d'urgence à l'autre, ou l'intégration des régimes d'exception dans les États de droit contemporains*, in *Revue française d'administration publique*, 4/2020/4, n. 176, pp. 875-888).

<sup>79</sup> Basti pensare alla torrenziale produzione scientifica in materia di ordinanze di protezione civile, sulla quale si vedano, *ex multis*: E. ALBANESI - R. ZACCARIA, *Le ordinanze di protezione civile «per l'attuazione» di decreti-legge (ed altri scostamenti della l. n. 225 del 1992)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, 2231-2248; N. ALI, *Protezione civile. Calamità naturali ed emergenze anomale. Una legge fisarmonica, buona per tanti usi*, in *Amministrazione italiana*, 1994, 1805 ss.; C. ASTRALDI DE ZORZI, *La disciplina dell'emergenza e il potere di ordinanza in deroga*, in *Foro amministrativo*, 1992; M.

#### 14. (segue) Urgenza, gerarchia, competenza (riflessioni a partire dalla pandemia di Covid-19)

Tali perplessità si sono, ovviamente, riproposte in occasione dell'emergenza pandemica del 2020, oggetto di un'attenzione quasi febbrile da parte della dottrina, tradottasi in una produzione davvero torrenziale di scritti, convegni e progetti di ricerca.

La quantità di riflessioni sul tema è tale che è divenuto praticamente impossibile “dominare” la tematica, se non all'interno, forse, di una riflessione di carattere monografico. Tra i molti profili esaminati, quello del “tipo” di fonti utilizzate è stato forse il più discusso, specie per quanto riguarda il ruolo, per certi versi inedito, che è stato assegnato, nella gestione della pandemia, ai decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Sul punto si è già espressa la Corte costituzionale, con una sentenza (la numero 198 del 2021) che a me pare, almeno nei suoi tratti essenziali, convincente e sulla quale, dunque, non ho nulla da aggiungere in questa sede.

L'argomento, però, mi offre l'occasione di fare una riflessione di carattere più generale su di un tema che, proprio in relazione alla questione della tipologia di fonti utilizzate per gestire la pandemia, ha suscitato numerose riflessioni in dottrina: quello dello scardinamento della gerarchia delle fonti.

Il problema è stato evocato non solo in relazione ai decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri ma, più in generale, a tutti gli atti normativi (e non solo) che hanno costituito il *corpus* dell'intervento emergenziale dello Stato e delle Regioni. Com'è stato efficacemente sintetizzato in bel volume di recente pubblicazione, infatti, «per far fronte all'emergenza si è ricorsi a una produzione normativa alluvionale, complicata, inevitabilmente frettolosa, fatta di decine di provvedimenti governativi, tra decreti-legge, decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri [...], delibere, protocolli, di una cinquantina di ordinanze e decreti del Capo della protezione civile, di più di trecento provvedimenti regionali, di migliaia di provvedimenti locali», senza considerare circolari interpretative e “FAQ” che, spesso, hanno creato più danni che benefici: «numeri incontrollabili, discipline a macchia di leopardo, normative spesso animate da fervida fantasia che si intrecciano si accavallano, si sovrappongono confusamente in quel sistema delle fonti già di per sé, da tempo, ormai “reticolare”, “mobile”, “precario”, fatto di “molte, oscure e complicate leggi”».<sup>80</sup>

Si è, così, parlato di un «paradossale capovolgimento della gerarchia delle fonti kelseniana»<sup>81</sup>, osservandosi come «la “confusione nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19» abbia messo «a dura prova gerarchia e legalità»<sup>82</sup>.

---

CAPATINI, *I grandi eventi. Esperienze nazionali e sistemi ultrastatali*, Napoli, 2010; A. CARDONE, *La «normalizzazione dell'emergenza*, cit., 164 ss.; G. CARUSO, *Protezione civile e potere di ordinanza: note sull'art. 5 l. 225/92*, in *Foro italiano*, 1992, I, 3054 ss.; R. DI PASSIO, *L'organizzazione centrale, i poteri di coordinamento e di ordinanza*, in E. PETROCELLI (a cura di), *Il nuovo sistema della protezione civile*, Roma, 1992, 46 ss.; L. GIAMPAOLINO, *Il servizio nazionale di protezione civile: commento alla legge 24 febbraio 1992, n. 225*, Milano, 1993; M. MALO, *La nuova legge sul servizio nazionale di protezione civile (l. 24 febbraio 1992, n. 225)*, in F. S. SEVERI (a cura di), *La protezione civile*, Roma, 1995, 80 ss.; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., 432 ss.; F. PEDRINI, *Le ordinanze contingibili e urgenti in materia di protezione civile*, in A. BARBERA - T. F. GIUPPONI (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, 2008, 183-208; G. U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte Costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1995, 2189 ss.; F. S. SEVERI, *Le ordinanze della legge n. 225/92 sulla protezione civile*, in *Quaderni della Luiss*, n. 2/1996, 18 ss., 80 ss.; S. Spuntarelli, *Normatività ed efficienza del sistema delle ordinanze adottato in occasione della sequenza sismica di amatrice, Norcia e Visso*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2017, III, 1 ss.; E. C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2020.

<sup>80</sup> Così G. PISTORIO, *Op. cit.*, pp. 83 s. Le espressioni contenute tra apici doppi sono, nell'ordine, di: B. PASTORE, *Le fonti, la piramide, la rete: per un ripensamento del principio di legalità*, in ID., *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, 2014, 19 ss.; G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006, p. 75; E. LONGO, *Op. cit.*, 32 ss.; B. G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, 2011.

<sup>81</sup> A. CELOTTO, *Il re Ur-Nammu e la corsetta ai tempi del coronavirus*, in *Formiche*, 18 aprile 2020.

<sup>82</sup> Così M. BELLETTI, *La “confusione” nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchie e legalità*, in *Osservatorio AIC*, 2020, p. 182.

Ora, non è (affatto) mia intenzione negare che, nella gestione della pandemia, ci siano state numerose criticità (specie, a mio avviso, a partire dalla così detta “fase due”<sup>83</sup>, che corrisponde, in buona sostanza, con la cessazione dell’emergenza in senso stretto e con l’inizio della fase di transizione verso una “nuova normalità”).

Mi ha sorpreso, però, l’accurata denuncia, proveniente da parte autorevole della dottrina, della “crisi” della gerarchia delle fonti. E non perché tale crisi non sussista ma, ben al contrario, perché essa esiste da anni, e non mi pare, francamente, che l’emergenza pandemica abbia – sotto questo profilo – peggiorato la situazione.

Forse lo sbaglio è a monte: siamo davvero sicuri che la gerarchia sia (ancora) il modo migliore per descrivere il nostro sistema delle fonti; e, soprattutto, siamo davvero sicuri che la gerarchia sia il modo migliore d’intendere le fonti dell’emergenza?

Non voglio, qui, rievocare nel dettaglio tesi sulla crisi della gerarchia e sull’affermazione della competenza assolutamente note all’uditorio<sup>84</sup>. Ciò che m’interessa rilevare, in questa sede, è come la ricomposizione dell’intero ordinamento attraverso il prisma del principio di competenza comporti necessariamente una diversa concezione della liceità dei poteri e degli atti urgenti e, di conseguenza, dell’organizzazione dei poteri. Una diversa concezione a mio avviso più in linea con il nostro “disegno costituzionale” e che, probabilmente, potrebbe portarci a riguardare all’uso che delle fonti è stato fatto durante l’emergenza sotto prospettive inedite.

È stato osservato come, in un ordinamento gerarchico, nel quale «il diritto viene a modellarsi sullo Stato, appoggiando la vigenza della norma sulla persistenza e sul funzionamento di un apparato organizzativo strumentale alla sua osservanza», istituti come quello della «sospensione – che si traduce in un temporaneo congelamento dell’efficacia delle regole e dei principi ordinari – o [dell]a deroga – intesa come sottrazione, anche duratura, di taluni fatti all’impero del diritto ordinario – [...] si riflettono necessariamente anche sull’organizzazione, dando vita ad enti, organi e apparati, che rischiano di mettere in discussione l’armonia dei rapporti istituzionali, il riparto di competenze, l’equilibrio fra funzioni e risorse – umane e finanziarie – destinate al loro svolgimento. È dunque il sistema nel suo complesso – normativo e organizzativo – ad essere esposto, per via della sospensione o della deroga – a un’alterazione dei suoi tratti unitari»<sup>85</sup>.

Il passaggio dalla gerarchia alla competenza consente invece, secondo me, di considerare l’abbandono *pro tempore* del “diritto ordinario” non più quale negazione degli equilibri istituzionali e normativi dell’ordinamento giuridico bensì, al contrario, quale attivazione di istituti previsti dall’ordinamento stesso e da esso (e all’interno di esso) legittimati. Si dirà allora, ad esempio, che il Governo è competente a legiferare in via provvisoria sull’urgenza e che l’atto urgente è competente a contenere le “misure necessarie”, senza che in ciò possano ravvisarsi usurpazioni o illiceità di sorta<sup>86</sup>.

E allora, per tornare al discorso sull’uso dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, la domanda che dovremmo forse porci non è tanto se essi si collochino al *giusto rango* della piramide normativa (da cui la pretesa, da taluni avanzata, che tutto il fenomeno pandemico dovesse essere gestito con i soli decreti-legge, in quanto di “rango primario”), quanto piuttosto se essi rappresentino (o, per meglio dire, rappresentassero) la fonte competente – vale a dire più adatta – per quel tipo di norme, in quel contesto emergenziale.

---

<sup>83</sup> Coglie bene i punti fondamentali del passaggio dalla “Fase uno” alla “fase due” dell’emergenza pandemica M. D’AMICO, *Emergenza, diritti, discriminazione*, in *Rivista GdP*, 8 giugno 2020, pp. 22 ss.

<sup>84</sup> Sulle quali si v. in ogni caso il recente F. MODUGNO, *Il criterio di competenza può rimpiazzare quello di gerarchia?*, cit.

<sup>85</sup> M. A. CABIDDU, *Necessità ed emergenza: ai confini dell’ordinamento*, in *Amministrare*, n. 2/2010, 167-168.

<sup>86</sup> Com’è stato anche di recente affermato, «riguardare l’ordinamento giuridico sotto la visuale della competenza, e quindi dell’orizzontalità, permette di ricondurre al principio democratico anche quelle situazioni che sembrano mettere quest’ultimo in crisi: si pensi alle norme “eccezionali”, adottate da un Governo in situazioni di emergenza, le quali, ragionando in termini di gerarchia, sarebbero segno di una (poco democratica) “conquista” della “punta della piramide” da parte dell’Esecutivo; ma che, ragionando invece in termini di competenza, diventano nient’altro, se non una manifestazione della speciale competenza (anche normativa) del Governo a gestire situazioni di urgenza» (F. MODUGNO, *Il criterio di competenza*, cit.).

Coglie, a mio avviso, molto bene il punto Paolo Carnevale, quando afferma che «è la natura della cosa ad offrirci elementi giustificativi del sistema delle fonti adottato», aggiungendo poi che, nel caso della emergenza pandemica:

«più che la continuità è la continua discontinuità a rilevare, giacché il fenomeno pandemico, pur essendo ahimè perdurante, è soprattutto incessantemente cangiante. È la mobilità – nella diffusione, nella nostra capacità di acquisire conoscenze, nella stessa capacità di strutturalmente riconformarsi e pluralizzarsi del virus – la cifra caratteristica di cui bisogna infatti tener conto. Ed è alla sua luce che si può comprendere la ragione principale del ricorso alla diade decreto-legge – dPCm in luogo che al solo atto di decretazione d’urgenza.

Il camaleontico mutare del fenomeno in parola, la sua natura sfuggente sono caratteristiche che richiedono una continua adattabilità delle misure da adottare; adattabilità, in grado di mettere in seria difficoltà anche l’idoneità a provvedere dello strumento di decretazione d’urgenza. In sostanza, anche quello che tradizionalmente è stato considerato, fra le fonti del diritto, il mezzo principe – col suo presentarsi come provvedimento connotato dalla straordinarietà, necessità ed urgenza – per fare fronte e regolare le situazioni d’emergenza, si è scoperto in questo frangente non pienamente adeguato.

È il modello delineato dall’art. 77 Cost. ad urtare con quell’esigenza di adattabilità continua della disciplina di cui dicevo, essendo quella richiesta dalla gestione del fenomeno pandemico in atto una provvisorietà delle regole assai più pronunciata di quella che pur caratterizza il decreto-legge. La brevissima gittata temporale di queste ultime, che hanno spesso avuto un’efficacia cronologica misurata, se non *ad horas, ad dies*, e quindi la continua intercambiabilità delle stesse, ha ben presto mostrato i limiti di un atto che, seppur dotato di applicabilità immediata, richiede tuttavia un arco temporale – in sé abbastanza breve, ma nel caso specifico quasi un’eternità – di sessanta giorni per la sua conversione.

Peraltro, immaginare di inseguire il mutamento della situazione reale attraverso la possibilità di introdurre correzioni di rotta attraverso l’approvazione di emendamenti nel corso del procedimento parlamentare di conversione è, come si sa, ipotesi non praticabile per la duplice ragione per cui, da un verso, si tratterebbe di *ius novum* destinato ad entrare in vigore a valle dell’avvenuta conversione (i. e. alla fine dell’eternità); dall’altro, perché la necessaria approvazione della legge di conversione nel termine imposto dei sessanta giorni, da parte di entrambe le Camere, sarebbe messa a forte rischio dai rimbalzi da una camera all’altra richiesti dall’approvazione degli emendamenti modificativi del testo»<sup>87</sup>.

Naturalmente quanto detto riguarda esclusivamente la questione della forma: ben altro è il problema della “sostanza”, che pure deve essere riguardato, a mio avviso, sotto il prisma della competenza. Se il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri può essere considerato la fonte più competente per gestire la quotidianità della pandemia, non c’è dubbio che, accanto ad esso, debba poi essere individuato un altro atto, nella cui formazione sia, in qualche modo coinvolto, il Parlamento (ivi compreso, dunque, il decreto-legge), che sia competente ad indicare ciò che all’interno di un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri può o non deve esserci<sup>88</sup>.

## 15. (segue) I limiti “contenutistici”, tra urgenza, necessità urgente, rispetto della dignità umana e principio di eguaglianza

Arriviamo, così, all’ultimo dei punti da trattare riguardante i limiti contenutistici dell’atto urgente.

---

<sup>87</sup> P. CARNEVALE, *Pandemia e sistema delle fonti*, cit., p. 50.

<sup>88</sup> Di qui le critiche mosse da parte della dottrina al decreto-legge n° 6 del 2020 (*Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19*) «a fronte dell’eccessivo, ma soprattutto indeterminato, potere riconosciuto all’Esecutivo» (G. PISTORIO, *Op. cit.*, p. 79), dato dal fatto di aver creato, secondo alcuni, «una sorta di fattispecie aperta, con cui la fonte primaria autorizza in generale l’atto amministrativo a regolare il contesto emergenziale» (E. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Rivista AIC*, 2/2021, p. 69 s.), violando così «in modo palese il dettato costituzionale, che esige l’individuazione delle materie derogabili e che queste non siano tutelate da riserve assolute di legge» (U. DE SIERVO, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, p. 305). *Contra* M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, p. 125, secondo cui, date le caratteristiche precipue dell'emergenza pandemica *de qua*, «deve necessariamente tollerarsi un grado di determinatezza delle norme primarie legittimanti minore dell’usuale».

La domanda che vorrei porre è la seguente: al di là dei limiti specifici previsti per ogni singolo istituto urgente, esistono divieti di ordine generale circa il contenuto delle misure urgenti?

Detto in altri termini: ci sono strumenti che, quale che sia l'istituto urgente adottato, non si possono mai utilizzare, neppure in via "derogatoria" e neppure qualora essi possano, all'atto pratico, risultare efficaci nei confronti dell'urgenza o dell'emergenza in questione?

Ora, è chiaro che le cose che possono dirsi su questo tema in modo generale sono davvero pochissime, perché i "limiti" debbono sempre essere valutati in concreto, con riferimento al singolo istituto emergenziale e alla singola fattispecie urgente.

In un mio precedente lavoro, occupandomi, in modo particolare, della lotta al terrorismo, avevo ritenuto che l'uso di pratiche securitarie particolarmente antidemocratiche (il riferimento era alla tortura) non poteva essere consentito neppure in situazioni di oggettiva urgenza (ad esempio torturare un terrorista per farsi dire dove si trova la bomba che sta per esplodere), poiché tali pratiche sarebbero state in grado di innescare un travolgente effetto-domino, sì che la presunta "sospensione" della democrazia si sarebbe in realtà tradotta in una degenerazione della stessa. Nell'assumere una tale posizione - che oggi non solo non rinnego ma, anzi, volentieri riaffermo - non avevo però potuto prendere in considerazione la tesi, qui (ri)proposta, della funzione prioritaria dell'urgenza. La quale consente di introdurre un interessante elemento di novità: quello dato, per l'appunto, dal fattore tempo.

Può sostenersi che, in situazioni di urgenza estrema, ad esempio quando l'evento emergenziale è non già meramente imminente ma addirittura attuale, l'equilibrio tra libertà e sicurezza possa spostarsi a favore della seconda per il tempo strettamente necessario al "primo intervento", per poi riposizionarsi subito dopo - si badi, anche qualora lo "stato di emergenza" dovesse proseguire - dal "lato" della libertà? A voler essere coerenti con quanto fin qui affermato si dovrebbe rispondere in modo affermativo. Con una precisazione però.

Anche la funzione prioritaria dell'urgenza, infatti, deve essere "filtrata" attraverso il prisma democratico. Nel caso di specie, tale filtro porta, come peraltro si è già detto, all'assunto secondo cui la funzione in esame deve essere tesa ad evitare situazioni di maggiore incostituzionalità (o, comunque sia, di maggiore illegittimità). Ma cosa comporta ciò concretamente?

I possibili sviluppi di tale tesi, chiaramente, sono molti, ed è difficile fissare dei "paletti" *a priori* che siano buoni per tutte le occasioni. C'è però un elemento che mi pare di poter affermare con ragionevole certezza, vale a dire quello secondo cui *in ogni caso* non si possono usare strumenti i quali siano *ontologicamente* incompatibili con la democrazia, in quanto l'uso di tali strumenti darebbe sempre luogo, "a prescindere", a situazioni di maggiore incostituzionalità.

Un possibile esempio è costituito proprio dalla tortura, istituto antidemocratico, anti-garantista e, soprattutto, disumano<sup>89</sup> per definizione. Non è, insomma, possibile un uso democratico della tortura, in quanto essa è ontologicamente antidemocratica. Il suo uso, in altri termini, genererebbe *sempre*, a prescindere dal contesto, una situazione di maggiore incostituzionalità. La tortura infatti - sia pure circondata da limitazioni e dal carattere temporaneo, derogatorio ed eccezionale - reca in sé un germe che la rende ontologicamente incompatibile con qualunque ordinamento democratico e garantista, costituendo essa uno strumento che, al fondo, si traduce sempre in un modo di esercizio autoritario del potere e di condizionamento delle coscienze.

Quello della tortura, naturalmente, è solo un esempio che serve a spiegare una regola più generale che, a me pare, sia una ovvia conseguenza delle tesi fin qui esposte.

Questa regola generale trova una certa assonanza con quella tesi, sostenuta autorevolmente da Gaetano Silvestri, secondo cui il limite sempre invalicabile sarebbe quello della dignità umana. Secondo l'Autore, infatti:

---

<sup>89</sup> Nella *Fondazione della metafisica dei costumi* Kant affermava che «l'umanità stessa è una dignità; infatti l'uomo non può essere trattato da nessuno [. . .] meramente come mezzo, ma deve sempre essere trattato come un fine, e proprio in ciò consiste la sua dignità». Ebbene, chi subisce la tortura viene privato della propria dignità, in quanto non più considerato come persona ma come un oggetto, una *res* senza diritti o, nel caso specifico di tortura *ad erudendam veritatem*, una «spugna dalla quale si deve far sgorgare la confessione» (C. C. FORNILI, *Delinquenti e carcerati a Roma alla metà del '600. Opera dei Papi nella riforma carceraria*, Roma, 1991, 168).



«la posizione suprema della dignità in un ordinamento costituzionale pluralista, in cui non è possibile stabilire una gerarchia tra i diritti fondamentali [...] conduce alla conseguenza che essa non è suscettibile di riduzioni per effetto di bilanciamento, in quanto è la bilancia medesima, il criterio di misura di tutti i principi e di tutti i diritti, oltre che, naturalmente, di tutte le forme di esercizio dell'autorità»<sup>90</sup>.

Ecco, a queste incisive parole – il cui contenuto essenziale (la dignità non è bilanciabile nel nostro ordinamento), ovviamente, non si può che condividere<sup>91</sup> – vorrei, però, fare una “glossa”.

La metafora della bilancia è certamente molto efficace. Mi chiedo, però: se davvero la dignità non potesse essere bilanciata perché ontologicamente non bilanciabile, che motivo avrebbe avuto il Costituente italiano di scrivere, ad esempio, che l'iniziativa economica privata non può svolgersi in modo da recare danno alla dignità umana (art. 41 Cost.)? La verità è che la dignità umana, in astratto, può essere bilanciata (ad esempio con l'esigenza di sicurezza dello Stato). Ma è proprio per questo motivo che il costituente ha previsto un divieto assoluto di bilanciamento sancito dalla Costituzione e, peraltro, in più punti ed in diverse forme esplicitato (ad. es. artt. 2, 3, 13, 27, 32, 41). Ed è a causa di tale divieto che la dignità non può essere bilanciata.

Questo vuol forse dire che non esiste una “bilancia”?

Ora, la bilancia – fuor di metafora – è uno strumento la cui funzione è quella di consentire la comparazione tra due oggetti, al fine di stabilire quale tra i due abbia maggior peso. La “bilancia” di un ordinamento – per poter essere opportunamente definita tale (affinché, insomma, la metafora funzioni) – dev'essere allora rappresentata da un elemento che, per la sua stessa struttura intrinseca, si presti ad essere adoprato come criterio di bilanciamento, costituisca, in altri termini, uno strumento di comparazione tra due diversi “pesi” (principi, diritti, interessi, ecc.). Ebbene, a me pare che tale struttura “comparativa”, estranea alla dignità umana (che si presenta come valore assoluto e irriducibile, con una struttura dunque opposta a quella della “bilancia”), sia invece propria del (solo) principio di eguaglianza, la cui funzione specifica è, per l'appunto, quella di comparare (quindi di “bilanciare”) elementi diversi, al fine di evidenziarne il diverso “peso”.

Se io, insomma, dovessi indicare una “bilancia” del nostro ordinamento costituzionale, forse la individuierei non tanto nella dignità umana (che peraltro è un concetto molto difficilmente “oggettivabile”), quanto, piuttosto, nel principio di eguaglianza, che, a mio avviso, è il vero “perno” (o, se si preferisce, la “bilancia”) attorno al quale ruota tutto il nostro sistema costituzionale.

Il che ovviamente comporta anche l'impossibilità di bilanciare la dignità umana, perché ogni violazione della dignità umana ha per conseguenza quella della riduzione di un essere umano a cosa, a *res*, venendo così a crearsi una inaccettabile discriminazione tra esseri umani persone ed esseri umani oggetto.

Il vantaggio di questa ricostruzione è che, muovendo dal principio di eguaglianza, si possono, a mio avviso, ricavare molti altri elementi (e, quindi, molti altri limiti) rispetto a quanti non se ne potrebbero ricavare eleggendo la sola dignità umana a “bilancia” del sistema.

Un esempio è costituito proprio dal criterio di ragionevolezza, dal quale (come si è già ricordato in precedenza) promanano i principi di proporzionalità e adeguatezza, che devono sempre ispirare qualunque provvedimento urgente od emergenziale: la deroga alle ordinarie regole deve essere proporzionata ed adeguata rispetto al soddisfacimento della necessità che giustifica l'atto urgente o la legislazione d'emergenza.

## 16. Ragionevolezza ed integrazione fattuale del parametro

Occorre però, arrivati a questo punto, fare una importante precisazione sulla ragionevolezza.

---

<sup>90</sup> G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in M. RUOTOLO (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, Napoli, 2014, 178. La tesi, peraltro, era già stata esposta in G. SILVESTRI, *La dignità umana come criterio di bilanciamento dei valori costituzionali*, in AA. VV., *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2012, 1181.

<sup>91</sup> Non a caso la tesi è stata oggetto soltanto di poche e sporadiche critiche (ne ricorda alcune, recentemente, V. VILLA, *Disaccordi interpretativi profondi. Saggio di metagiurisprudenza ricostruttiva*, Torino, 2017, 115 ss.).

Il ricorso al criterio di ragionevolezza e l'affermazione di una (iniziale) "tolleranza" nei riguardi dell'atto urgente non vale (e non deve valere) a trasformare il giudizio di costituzionalità (ma il discorso vale, *mutatis mutandis*, per qualunque altro tipo di controllo giurisdizionale sull'urgenza) in un giudizio "politico" sull'emergenza.

Com'è stato acutamente osservato,

«l'uso disinvolto della ragionevolezza alla stregua di un principio e non di un canone o criterio (tanto interpretativo quanto applicativo), di per sé solo idoneo a risolvere la questione di costituzionalità, espone alla declaratoria di incostituzionalità la prescrizione legislativa perché non in grado di ricomprendere nella propria disciplina l'infinita varietà del reale. Anche se in alcune ipotesi [...] la declaratoria di incostituzionalità può trovare giustificazione nell'assoluta peculiarità del caso, il ricorso (disinvolto) alla ragionevolezza per adeguare la previsione normativa al caso concreto deve essere guardato con la massima attenzione, in quanto – come si è già detto – ciò porterebbe a scorgere l'incostituzionalità di qualsiasi regolamentazione legale del caso concreto per la segnalata inidoneità a ricomprendere esattamente negli schemi legali l'infinita varietà del reale. [...] O ancor peggio il ricorso al solo "principio" di ragionevolezza può determinare il rigetto della questione poiché le caratteristiche rilevanti del caso vengono ritenute di portata tale da giustificare la regolamentazione normativa, anche se quest'ultima sia incompatibile con altri parametri di costituzionalità»<sup>92</sup>.

Detto in altri termini (e con qualche approssimazione): la ragionevolezza deve sempre essere intesa come promanazione del parametro, non già prendere il posto di quest'ultimo ponendosi essa stessa come (pseudo)parametro; e ciò, onde evitare che, nell'incontro-scontro tra oggetto del controllo e parametro del giudizio, sia quest'ultimo a conformarsi al primo e non viceversa.

Orbene, la questione del parametro nel giudizio di valutazione dell'atto urgente e del suo contenuto costituisce, secondo me, il *vero* problema dell'emergenza e della sua capacità di condizionare la produzione normativa, quantomeno sul piano del controllo della legittimità costituzionale dell'atto urgente (sia in relazione alla verifica della sussistenza dei presupposti, sia in relazione al contenuto dell'atto).

Con una provocatoria semplificazione, si potrebbe riassumere il punto in questa domanda: *il parametro di legittimità delle fonti dell'emergenza, è davvero costituito dalla Costituzione, ovvero quest'ultima viene "sostituita" dallo stesso fatto emergenziale?*

Ovvero, più sinteticamente: dato che la legittimità dell'atto urgente deve essere riguardata anche in relazione al "fattore tempo", che implica necessariamente una verifica sugli elementi fattuali, può dirsi che il parametro sia davvero *normativo*, anziché fattuale?

Dico che qui si colloca il "cuore del problema" perché, di fatto, rispondere alla domanda appena enunciata significa, al contempo, rispondere a quest'altra: *è possibile dominare l'emergenza con la Costituzione (o, comunque sia, con le norme), o è quest'ultima ad essere, a conti fatti, dominata dalla prima?* Perché è chiaro che se noi ammettiamo che il parametro sia costituito dal fatto emergenziale, ammettiamo anche che quest'ultimo assurga a fonte-fatto capace di assumere, addirittura, rango para o sopra costituzionale. E allora torneremmo alla necessità come fonte del diritto e, quindi, all'impossibilità di dominare l'emergenza senza essere da essa dominati.

Ora, è chiaro che un giudizio di costituzionalità che abbia a che fare con l'urgenza non può non prendere in considerazione il "fatto", inteso non solo (e, per ciò che riguarda i nostri scopi, non tanto) con riferimento – qualora trattasi di giudizio in via incidentale – alle vicende che hanno cagionato il giudizio *a quo*, quanto, piuttosto, con riferimento a quei fattori esterni al giudizio di costituzionalità che hanno costituito il presupposto fattuale per l'adozione dell'atto impugnato.

Si tratta, per l'appunto, del "fatto emergenziale" che costituisce "fattore esogeno di condizionamento della produzione normativa", oggetto della nostra odierna riflessione. È ovvio, infatti, che tale fatto non condiziona solamente la produzione normativa, bensì anche il controllo sulla legittimità della produzione normativa, se non altro perché serve a rilevare l'eventuale erroneità dei presupposti di fatto

---

<sup>92</sup> L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi fra norma "astratta" e caso "concreto"*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 352 s.

che hanno determinato l'adozione di un atto urgente avente un certo contenuto in relazione ad un dato momento. I quali presupposti, qualora si rivelassero effettivamente erronei, ben potrebbero costituire un «sintomo del vizio di divergenza della legge dal fine imposto dalla Costituzione»<sup>93</sup>.

Ciò tuttavia non toglie – e *non deve* togliere, per i motivi già illustrati – che il parametro debba restare normativo. Semmai è più corretto affermare che l'urgenza, affinché possa davvero essere riguardata come limite, e non già come mero presupposto di attivazione, richiede che si compia una sorta di «integrazione fattuale» del parametro<sup>94</sup>, che consenta di tenere nella dovuta considerazione il “fattore tempo” in sede di valutazione di legittimità dell'atto.

## 17. La “efficiente lentezza” della democrazia (a mo' di conclusione)

Per concludere, vorrei svolgere qualche breve considerazione su di un tema che mi sta molto a cuore.

Tutti gli sforzi ricostruttivi che ho fin qui compiuto erano volti a costruire una teoria dell'urgenza che potesse ricondurre anche i più gravi fenomeni emergenziali all'interno di una cornice democratica, per evitare – volendo usare la stessa espressione poc'anzi adoprata – che sia l'ordinamento ad essere dominato dall'emergenza, e non vice-versa.

Ora, è stato opportunamente osservato come l'emergenza pandemica (*rectius*, la sua gestione) abbia «esaspera[to] tendenze in corso nel nostro ordinamento da parecchio tempo, e di cui l'esercizio del potere nello stato d'emergenza, la sua centralizzazione, la sua personalizzazione e la sua tecnicizzazione sono solo i sintomi più evidenti»<sup>95</sup>.

La circostanza, d'altronde, non stupisce più di tanto: la storia del nostro Paese è costellata di emergenze, e praticamente da sempre vi è chi denuncia (non a torto) l'affermazione di una «cultura dell'emergenza»<sup>96</sup> in seno al sistema politico.

Tale cultura dell'emergenza non riguarda solo il modo con cui viene esercitato il potere, ma influisce pesantemente anche sulla qualità della normazione. Illustra, secondo me, molto bene il punto, con la consueta chiarezza, Mario Dogliani:

«L'affermazione della cultura delle emergenze, o delle sfide, o delle crisi (che si autoalimentano, si moltiplicano e si riproducono [...]) significa essenzialmente che si è prodotta, e mantenuta ben al di là di quelli che sono stati definiti gli anni dell'emergenza, una situazione nella quale l'area del politicamente possibile è ridotta all'approntamento di risposte parziali e provvisorie a problemi che la società pone e

---

<sup>93</sup> Le parole sono prese in prestito da M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in AA. VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della corte costituzionale. Atti del convegno, Trieste 26-28 maggio 1986*, Milano, 1988, 535, il quale, ovviamente, non faceva riferimento né all'urgenza né, tantomeno, alla “funzione prioritizzatrice”.

<sup>94</sup> Parla di «parametro “fattuale”» (con riferimento al decreto-legge) A. RUGGERI, *La Corte e le mutazioni genetiche dei decreti-legge*, in *Riv. Dir. Cost.*, 1996, p. 289, il quale però precisa, subito dopo, che «il parametro, in principio, rimane, comunque normativo» (ivi, nt. 46). Quella dell'integrazione fattuale del parametro, in ogni caso, è questione assai dibattuta in dottrina, con una “rosa” di posizioni espresse assai variegata. Ad esempio A. SPADARO, *Il parametro nel sindacato di legittimità costituzionale delle leggi*, in G. PITRUZZELLA, F. TERESI, G. VERDE (a cura di), *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, Torino, 2000, pp. 60 ss., ritiene che il fatto possa costituire un «con-testo costituzionale» il quale, assieme al «pre-testo olistico» (la morale costituzionale), consentendo «addirittura la determinazione di un “superparametro” metatestuale». Non è, comunque sia, mia intenzione entrare nel vivo di un tale dibattito. Mi limito dunque a rimandare alla brillante ricostruzione del tema operata da E. OLIVITO, *Il fatto nel giudizio sulle leggi*, in *Rivista GdP*, 30 giugno 2017, spec. §2, e alla importante opera monografica di G. RAZZANO, *Il parametro delle norme non scritte nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2002.

<sup>95</sup> I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi. Fiat iustitia et perat mundus oppure Fiat iustitia ne perat mundus?*, in *Questione giustizia*, 18 marzo 2020.

<sup>96</sup> L'espressione è di P. SCHIERA, *Quello Stato che non c'è*, in *Antigone. Bimestrale di critica dell'emergenza*, n. 2/1985, 5. Non molto tempo prima L. MANCONI, *Emergenza come governo*, in *Antigone. Bimestrale di critica dell'emergenza*, n. 1/1985, 6, aveva parlato di «cultura dell'emergenza di Stato e di governo». Anche M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, 1985, p. 14, parla di «cultura delle emergenze».

drammatizza come ineludibili. Significa cioè che il modo generale e ormai normale con cui lo Stato “interviene” è quello di affrontare un’emergenza»<sup>97</sup>.

«Questo», prosegue l’Autore, «determina un offuscamento del principio di unità dell’ordinamento»<sup>98</sup>, nonché un «passaggio dal diritto come “norma” al diritto come “misura”»<sup>99</sup>.

Questa “cultura dell’emergenza” ha, a mio modo di vedere, prodotto due tipi di distorsione, ciascuno dei quali non privo di conseguenze anche in relazione alla produzione normativa.

Il primo fenomeno distorsivo è dato da quella che potremmo definire «la moltiplicazione delle emergenze» o, per riprendere il titolo di un noto volume, «l’emergenza infinita»<sup>100</sup>. Spiega molto bene il concetto Umberto Curi:

«Abbiamo avuto [...] l’emergenza economica e quella energetica, l’emergenza casa e quella droga, l’emergenza monetaria e quella demografica, per finire – ma solo provvisoriamente – con le grottesche polemiche scatenate dall’emergenza neve. Dall’abuso grammaticale all’abuso politico, il passo si è rivelato drammaticamente breve: il ricorso indebito e generalizzato alla nozione di emergenza per la qualificazione di qualsiasi fenomeno “critico”, anche di semplice mutamento fisiologico, ovvero tale da mettere in discussione i rapporti di forza interni al sistema politico, da un lato ha indebolito la risposta specificamente “tecnica” ad alcune questioni connesse con gli accelerati processi di trasformazione in corso, e dall’altro è servito come espediente tutto “politico” per rideterminare coercitivamente, e comunque surrettiziamente, le reciproche relazioni tra i poteri previsti dall’ordinamento costituzionale. L’istituzionalizzazione dello “stato di eccezione”, dissolvendo di fatto ogni “norma” razionalmente riconosciuta, ha funzionato come tramite per decidere la questione della sovranità, mediante la sospensione – o la deliberata modificazione – delle regole del gioco politico, e più in particolare mediante la sostituzione di procedure e strumenti “straordinari” ai meccanismi “normali” di produzione delle decisioni in un contesto democratico rappresentativo. In questo quadro, l’eccezione ha costituito la base per la riformulazione delle regole, tanto sul piano degli orientamenti legislativi, quanto nell’ambito delle prerogative spettanti alle diverse istanze istituzionali»<sup>101</sup>.

L’altro fenomeno distorsivo, che è chiaramente conseguenza del primo, è quello che potremmo invece definire della “banalizzazione dell’urgenza” (o dell’emergenza), data dal fatto che oramai *qualunque cosa* viene definita “urgente”, qualunque problematica viene chiamata “emergenza” (e trattata in quanto tale). Si ha, insomma, una confusione tra il concetto di urgenza e quello di rapidità<sup>102</sup>, e tale confusione provoca, ineluttabilmente, una “politicizzazione” dell’urgenza.

Questa banalizzazione (e, quindi, questa politicizzazione), è piuttosto evidente in Italia: basti guardare all’uso, a mo’ di procedura legislativa accelerata, del decreto-legge da parte del Governo, il quale non può che qualificare come urgenti delle disposizioni di cui auspica l’approvazione senza volersi sottoporre a un (dal suo punto di vista) lungo (e noioso) dibattito parlamentare che gli farebbe solo perdere inutilmente tempo

E si finisce, così, per dimenticarsi che l’urgenza non ha nulla di “banale”, neanche quando essa viene evocata solamente per “accorciare i tempi”, senza che con essa si ponga in essere alcuna deroga “sostanziale”. Quando il Parlamento viene trascurato per lasciar spazio ad una (asserita) più efficace azione di Governo, si intacca proprio quel principio che costituisce il cuore della democrazia rappresentativa: un regime ove la priorità è quella di “parlare” (da cui il nome “parlamento”)<sup>103</sup> e non quella di “decidere” (parola che rimanda alle pratiche decisioniste dell’inizio del XX secolo).

<sup>97</sup> M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, 1985, p. 14.

<sup>98</sup> M. DOGLIANI, *Indirizzo politico*, cit., p. 15.

<sup>99</sup> M. DOGLIANI, *Indirizzo politico*, cit., p. 16.

<sup>100</sup> A. SIMONCINI, (a cura di), *L’emergenza infinita*, cit.

<sup>101</sup> U. CURI, *Il falegname e la norma*, cit., 49-50.

<sup>102</sup> Come osservato da N. AUBERT, *Le culte de l’urgence. La société malade du temps*, Paris, 2003, p. 35.

<sup>103</sup> Come osserva A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Bologna, 2003, 263: «“Parlamentare” significa porre un problema e ricercare insieme, in posizione di parità, la soluzione».

In questo senso, mi pare che si possa affermare che la democrazia è, in qualche modo, il *regime della lentezza* – nel senso positivo del termine – mentre l’ideologia dell’urgenza pretende di aggirare la democrazia in nome della velocità e dell’efficacia.

L’uso dell’urgenza per resuscitare il decisionismo, d’altronde, è stato ben messo in evidenza da Gaetano Azzariti, il quale ha osservato come appaia «connaturale al potere abusare degli strumenti che l’ordinamento giuridico gli offre, soprattutto nei casi – reali o presunti – di emergenza, quando cioè la necessità gli permette di operare al di fuori delle regole consuete»<sup>104</sup>.

Ora, come dicevo poc’anzi, questi fenomeni distorsivi non sono privi di conseguenze sul piano della produzione normativa.

In primo luogo, se è vero – come io ritengo – che la funzione della legge oggi è quella del “mantenimento, sviluppo e svolgimento” della Costituzione<sup>105</sup>, l’influenza dell’urgenza sulla legislazione non può non avere effetti sull’applicazione della Costituzione stessa, ciò che potrebbe portare, sul lungo periodo, ad una modifica della c.d. “Costituzione materiale” in senso anti-democratico.

In secondo luogo, la pratica dell’approvazione “rapida”, senza un vero dibattito, dei testi normativi in nome dell’urgenza, sembra avere attecchito anche al livello della legislazione costituzionale che, in virtù della sua particolare importanza democratica, non dovrebbe mai essere approvata con eccessiva rapidità. Un emblematico esempio, al riguardo, è costituito dal caso dell’equilibrio di bilancio, che l’Italia ha integrato nella sua Costituzione (legge costituzionale n. 1 del 20 aprile 2012), in nome della crisi, “in fretta e furia”, appena un mese dopo la firma, nel marzo 2012, del c.d. *Fiscal compact*. Eppure la “regola d’oro” dell’equilibrio di bilancio può portare a delle conseguenze immediate sulle finanze pubbliche e, quindi, sui diritti dei cittadini, alcuni dei quali – si pensi alla sicurezza sociale e all’istruzione – rivestono una forte connotazione democratica. Ebbene, se l’urgenza ha, come s’è detto, una funzione “priorizzatrice”, non potremmo che inquietarci dinanzi ad una revisione costituzionale “urgente” che potrebbe avere per effetto quello di relativizzare – non già con un atto provvisorio, ma con una modifica della Costituzione tendenzialmente definitiva (salvo il caso di un’altra revisione costituzionale) – l’importanza dei diritti dei cittadini, così ch’essi non siano più (o comunque non sempre) riconosciuti come una priorità.

In terzo luogo, va rilevato come ci sia un altro modo di effettuare delle modifiche della Costituzione “in nome dell’urgenza”: quello di far penetrare questa idea, questo concetto di “rapidità” direttamente all’interno del testo costituzionale. Ricordo la proposta di revisione costituzionale del 2016 (approvata dal Parlamento ma rigettata dal corpo elettorale) che aveva come scopo – in modo più o meno velato – anche quello di rafforzare la posizione dell’Esecutivo nei rapporti tra poteri (sì da garantire la così detta “governabilità”), da un lato, e di evitare “lungaggini parlamentari” nei meccanismi di produzione legislativa (ovverosia di non “perdere tempo” con un dibattito parlamentare ritenuto eccessivamente lungo e poco “efficace” ai fini dell’azione di governo), dall’altro. La frase più ripetuta dagli estensori della riforma all’epoca era (con qualche variante) «il mondo ci chiede delle decisioni rapide».

Alle stesse esigenze di rapidità, peraltro, sono ispirati tutti quei meccanismi di “contingentamento dei tempi” parlamentari introdotti negli ultimi anni, in luogo di una reale attuazione del secondo comma dell’articolo 72 della Costituzione. Meccanismi per la cui attivazione, significativamente, non è richiesta una previa deliberazione sull’urgenza, come invece è previsto per i procedimenti legislativi abbreviati: a dimostrazione di come l’idea dell’urgenza come limite giuridico all’esercizio di un potere eccezionale (che ha ispirato il Costituente e che è chiaramente sottesa al secondo comma dell’articolo 72) venga oggi ripudiata a favore di una concezione “politica” e “totalizzante” dell’urgenza, in virtù della quale tutto è urgente e, pertanto, il dover “dichiarare” l’urgenza non si traduce in altro, se non in una inutile perdita di tempo.

Infine, c’è un ultimo problema da prendere in considerazione. Occorre infatti domandarsi se questa nuova concezione dell’urgenza sia compatibile o non con l’idea di «*bon gouvernement*» (“buon

---

<sup>104</sup> G. AZZARITI, *Diritto e conflitti*, Roma-Bari, 2010, 146.

<sup>105</sup> Ci si riferisce alla nota tesi, qui condivisa, di F. MODUGNO, *L’invalidità della legge*, Milano, 1970, più volte riproposta nel corso degli anni (e, da ultimo, in F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, in F. MODUGNO (a cura di), *Diritto pubblico*, IV ed., Torino, 2019, 176 ss.).

governo”) democratico, per riprendere un’espressione di Pierre Rosanvallon. Forse non è un caso che quest’ultimo, tra le ragioni che lo hanno spinto ad affermare che «*nos régimes peuvent être dits démocratiques, mais nous ne sommes pas gouvernés démocratiquement*»<sup>106</sup> (“i nostri regimi possono essere definiti democratici, ma noi non siamo governati democraticamente”), menzioni anche le «*deux dérives technocratique et décisionniste*»<sup>107</sup> (“le due derive tecnocratica e decisionista”).

Si è visto inoltre, trattandosi della correlazione tra urgenza e sommarietà, come le decisioni adottate nell’urgenza portino sempre con sé un certo grado di approssimazione. E «la fretta», scriveva Dante Alighieri, «l’onestate ad ogni atto dismaga»<sup>108</sup>.

Ebbene, di fronte a tutte queste considerazioni, c’è ancora posto per il diritto?

Gli Autori che hanno criticato la deriva “urgenziale” della legislazione sono spesso tacciati di conservatorismo. E quando qualche commentatore osserva che l’urgenza non dovrebbe essere banalizzata, gli si obietta che le ragioni dello Stato non possono piegarsi alle sottigliezze giuridiche (e, verrebbe da dire, ai “lacci e laccioli” imposti dal processo democratico) e che una nozione troppo “stretta” di urgenza impedirebbe al governo di fare il “necessario”.

Io ritengo, tuttavia, che la nozione d’urgenza costituisca - teoricamente e storicamente - uno dei tratti più caratteristici di un regime politico. Ci troviamo in democrazia quando la nozione d’urgenza è considerata come un limite al potere e quando essa rappresenta una manifestazione del “fattore tempo”. Ci troviamo al di fuori della democrazia quando l’urgenza diventa il fondamento di un potere (e non già il suo limite) e viene ricollegata soltanto al “fattore bisogno”.

Certo, il riguardare l’urgenza quale limite potrebbe comportare una perdita di efficacia dell’azione dei poteri pubblici. Mi sento però di dire che l’efficacia rappresenta forse un concetto, in qualche modo, autoritario, e che forse, in un’ottica democratica, sarebbe più opportuno parlare in termini di “efficienza”. Insomma, voglio quello che (forse) si perde in termini di efficacia, lo si può recuperare, in fine, con l’efficienza. Anzi, con l’efficiente lentezza della democrazia.

---

<sup>106</sup> P. ROSANVALLON, *Le bon gouvernement*, Paris, 2015, 9.

<sup>107</sup> P. ROSANVALLON, *Le bon gouvernement*, cit., 108.

<sup>108</sup> D. ALIGHIERI, *Divina commedia* (ed. princ. 1472), *Purgatorio*, II, 10-11, ed. a cura di E. CAMERINI, Milano, 1911, 307.