



TERZA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE FONTI DELLA CRISI: PROSPETTIVE DI DIRITTO COMPARATO»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

LA RICOSTRUZIONE DELLE CATEGORIE DEGLI EVENTI CRITICI ALLA
LUCE DI UN INEDITO CORTOCIRCUITO DELL'ORDINAMENTO
COSTITUZIONALE

LORENZO SOTTILE

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. – 2. La forza della “necessità” oltre la lettera dello Statuto albertino. La genesi di una prassi extralegale e le radici dell’“eccezione”. – 3. Il preteso distacco dalla straordinarietà e l’inedito ritorno della fattualità tra le contraddizioni del regime fascista. – 4. L’età repubblicana tra l’“urgenza” e l’“emergenza” innominata. – 4.1. L’“urgenza” come illusorio argine alla straordinarietà. – 4.2. L’ “emergenza” nel vortice delle prassi degenerative. – 5. La proposta di costituzionalizzazione dell’emergenza alla luce della comparazione con l’ordinamento spagnolo.

1. Osservazioni introduttive

Lo studio degli eventi critici esige, in via preliminare, l’indagine delle categorie descrittive di tali situazioni di fatto, capaci di determinare una crisi dei valori dell’ordinamento giuridico di riferimento. Tra le principali problematiche a venire oggi in rilievo nel contesto nazionale, si evidenzia la difficoltà di elaborare una univoca e pacifica nozione di “emergenza”¹, che si riflette sull’inattuata enucleazione della sua autonoma categoria a livello costituzionale.

Numerosi sono i fattori di complessità alla base delle dispute dottrinarie: tra questi, meritano di essere ricordati, in special modo, l’asserita impossibilità di incardinare in una definizione chiusa l’imprevedibilità del fatto straordinario e la genesi ricorrente di nuove questioni avvertite come emergenziali. Ancor più rilevanti è la sovrapposizione, con la

¹ Così V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986, 185-191.

conseguente confusione, tra le nozioni di “necessità”, “eccezione”, “urgenza” e la stessa “emergenza”².

Lo studio di queste categorie offre una prospettiva di osservazione dell’ordinamento costituzionale «per certi versi privilegiata»³, in quanto si colloca in una zona di confine ove la forza normativa del fatto⁴ mette alla prova gli elementi che hanno segnato il passaggio dallo Stato moderno allo Stato contemporaneo, quali la garanzia dei diritti e la separazione dei poteri.

Al fine di comprendere le reazioni del nostro ordinamento costituzionale agli eterogenei eventi critici che lo hanno interessato, è opportuno soffermarsi sull’attivazione di una sorta di cortocircuito, che rappresenterà la lente prospettiva attraverso la quale le categorie menzionate saranno analizzate.

Sia in epoca statutaria sia successivamente all’entrata in vigore della Costituzione, la supposta inadeguatezza dell’apparato ordinario ha favorito il ricorso a misure *extra ordinem* ovvero a misure *in ordine* con contenuti e finalità “atipiche”; a tale dinamica ha fatto seguito un riconoscimento formale a livello giuridico, il quale ha determinato, a sua volta, il presupposto per un uso distorto degli istituti.

Difatti, il processo di “normalizzazione” non ha posto un freno agli abusi, bensì ha stabilizzato gli strumenti straordinari, allontanandoli dalla loro funzione originaria e lasciando così “scoperta” ogni situazione critica sopravveniente. Tale dinamica, da un lato, ha alimentato un sistema inusuale di continuo ingresso e fuoriuscita degli istituti dai limiti dell’ordinamento costituzionale, dall’altro, ha condotto inevitabilmente alla ricerca di sempre nuove soluzioni per fronteggiare le fasi critiche.

Pertanto, la mancata linearità nell’agire e l’utilizzo indiscriminato, nei provvedimenti adottati, delle nozioni enunciate come clausole generiche, hanno impedito una organica ricostruzione dottrinale e la dissoluzione progressiva delle categorie giuridiche che connotano gli stati critici.

² Non devono essere altresì sottovalutate le imprecisioni dovute alle traduzioni di opere straniere, così come la mancata volontà di una sistematizzazione di tali termini. Da GIU. SERGES, *La dimensione costituzionale dell’urgenza. Studio su di una nozione*, Napoli, 2020, 454.

³ L’espressione è ripresa da una interessante riflessione di P. PINNA, *L’emergenza nell’ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988, 178-179, orientata ad una ricostruzione dell’emergenza come variabile dipendente dell’ordinamento costituzionale, e quindi inadatta a rappresentare la chiave interpretativa di tutto il diritto costituzionale, postulato il primato del diritto costituzionale “normale”.

⁴ G. JELLINEK, *La dottrina generale dello Stato*, [1910], trad. it. di M. Petrozziello, Milano, 1921, 518; attraverso un’impostazione aderente a tale considerazione, anche 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, 65, ha riconosciuto la prevalenza dell’“essere” sul “dover essere”, laddove il primo termine sta ad indicare il fatto, mentre il secondo l’ordinamento predefinito e formalizzato nelle fonti scritte.

2. La forza della "necessità" oltre la lettera dello Statuto albertino. La genesi di una prassi extralegale e le radici dell'"eccezione"

Il ricorso alla prassi *extralegale* descritta prese le mosse dal periodo pre-unitario, tra i silenzi e l'elasticità dello Statuto albertino⁵, permettendo di intravedere quei processi che contribuirono nel tempo alla marginalizzazione del ruolo del Parlamento. La gestione delle situazioni di carattere bellico, di ordine pubblico e quelle relative alle calamità naturali rivelò il protagonismo dell'Esecutivo, che operò attraverso la decretazione d'urgenza, la proclamazione dello stato d'assedio⁶ e l'esercizio dei "pieni poteri" concesso tramite delegazione legislativa.

Stante la formulazione dell'art. 6 dello Statuto, che escludeva la possibilità per il potere regio di sospendere o dispensare dall'osservanza delle leggi, si iniziò a dubitare dell'ammissibilità degli strumenti utilizzati durante le fasi critiche, data l'assenza di una disposizione autorizzativa⁷.

Una riflessione autonoma deve essere riservata alla delegazione dei pieni poteri al Governo. Il trasferimento del potere legislativo, pur non essendo previsto dalla Carta, si fondava sulla fonte gerarchicamente superiore dell'ordinamento vigente e veniva ritenuto lecito in presenza di eventi bellici⁸. Seppur sia innegabile l'esistenza di norme attributive di poteri straordinari⁹, è utile, tuttavia, sviluppare delle considerazioni che non si limitino al dato formale e che dimostrino la tendenza ad un utilizzo dei pieni poteri in grado di trascendere i limiti imposti.

I provvedimenti dell'Esecutivo, infatti, non si ispiravano al contenuto delle deleghe da cui erano strettamente dipendenti, ma erano soliti superarlo sia sotto il profilo temporale sia teleologico¹⁰, ancorandosi soltanto alle circostanze fattuali¹¹. Così avvenne in seguito alle deleghe concesse con la l. 2 luglio 1848, n. 759 e con la l. 25 aprile 1859, n. 3345, in quanto i decreti regi continuarono ad essere emanati anche dopo la conclusione degli eventi che li avevano determinati. L'eccessiva ampiezza delle deleghe e la debolezza del Parlamento in epoca statutaria condussero il Governo ad estendere l'intervento in ambiti paralleli rispetto a quelli relativi alle questioni belliche,

⁵ Sul punto, si distingue la ricostruzione di C. LATINI, *Governare l'emergenza. Delega legislativa e pieni poteri in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, 2005, 96 ss. L'A. ha rimarcato come il carattere flessibile della Carta abbia implicitamente affidato un ruolo preponderante alla consuetudine, richiamando i contributi di alcuni illustri studiosi quali Fedele Lampertico, Luigi Rossi e Santi Romano.

⁶ Mutuato dall'*état de siège* militare francese, istituito con la legge approvata dall'assemblea costituente il 10 luglio del 1791.

⁷ F. CAMMEO, *Della manifestazione di volontà dello stato nel campo del diritto amministrativo*, in V. E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, 1904, 199, interpretava la lettera dell'art. 6 dello Statuto albertino come la prescrizione di un divieto assoluto.

⁸ Su posizioni antitetiche si attesta il pensiero di E. TOSATO, *Le leggi di delegazione*, Padova, 1931, 74, secondo il quale il trasferimento di competenza comporta una modifica dell'ordinamento nella direzione di uno svuotamento dell'attività parlamentare.

⁹ A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011, 82-83.

¹⁰ G. BASCHERINI, *L'emergenza e i diritti. Un'ipotesi di lettura*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2003, 12, ha sostenuto che l'esercizio dei pieni poteri oltre le esigenze che avevano giustificato la loro attivazione aveva gettato le basi giuridiche ed amministrative del processo di unificazione nazionale nella prospettiva di «un'intonazione autoritaria ed accentratrice».

¹¹ P. PINNA, *L'emergenza*, cit., 24 ss.

contribuendo all'uso indiscriminato di misure *extra ordinem* ovvero all'uso distorto di misure *in ordine*¹².

Ancor più peculiare è l'evoluzione dei due istituti della decretazione d'urgenza e della proclamazione dello stato d'assedio, affermatasi esclusivamente in via di fatto senza alcun legame con l'ordinamento. L'esigenza principale della dottrina fu quella di individuare la base giustificativa del loro utilizzo, rinvenuta nella categoria della "necessità". Quest'ultima, venne inizialmente intesa come una generica clausola di autoconservazione dello Stato, volta a conferire un *habitus* di giuridicità ad un agire illegittimo dell'Esecutivo orientato alla salvaguardia dell'esistenza dell'ordinamento¹³; proprio a tal fine vennero richiamati concetti quali la ragion di Stato¹⁴, la legittima difesa¹⁵ o lo stato di necessità di derivazione penale¹⁶.

Tali fatiche dottrinali furono determinanti per conferire una "patente" di legittimità alla proclamazione dello stato d'assedio a cui si fece massivamente ricorso. Infatti, la sospensione di alcune leggi, riguardanti in special modo le libertà fondamentali, e la concentrazione dei poteri civili nelle mani delle autorità militari furono i principali strumenti impiegati per perseguire scopi di ordine pubblico. Nella prassi, tuttavia, si registrarono ingiustificate restrizioni di diritti ed irragionevoli estensioni spazio-temporali della vigenza dello stato d'assedio, che contribuirono all'indebolimento dell'impianto statutario a tutela dei diritti dei cittadini e, al contempo, al rafforzamento delle istanze "securitarie" governative¹⁷.

Sino all'avvento del regime fascista sembra imporsi, quindi, una gestione degli accadimenti critici "a trazione *extra ordinem*", laddove i provvedimenti emanati non erano disciplinati alle fonti dell'ordinamento, ma dipendevano dalla forza travolgente della necessità¹⁸.

Invero, è importante rimarcare come già dopo l'unificazione furono esperiti i primi tentativi di "interiorizzazione" del fattore esogeno della necessità per riportare negli argini dell'ordinamento le misure adottate: fecero la loro comparsa, all'interno dei testi legislativi, formule come "grave necessità pubblica", "assoluta urgenza", "contingibili e urgenti"; nacquero le leggi eccezionali ed iniziarono a diffondersi norme attributive di poteri straordinari. In altre parole, si tentò di ricostruire gli interventi straordinari alla luce della categoria dell'"eccezione", così da configurare una deviazione provvisoria, ma "controllata", assicurando una relazione, seppur minima, con l'ordinamento¹⁹.

¹² Si fa riferimento alla l. 28 giugno 1866, n. 2987 e alla l. 22 maggio 1915, n. 671, emanate rispettivamente in occasione della terza guerra d'indipendenza e della Prima Guerra mondiale. Quest'ultima legge, secondo C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia 1848-1994*, Roma-Bari, 2006, 322-323, aveva segnato la formale esautorazione del Parlamento, cui poteva seguire soltanto l'inizio della fine del regime parlamentare.

¹³ Per una trattazione approfondita circa le teorie della necessità, si veda A. TRAVERSA, *Lo "stato di necessità" nel diritto pubblico interno*, Napoli, 1916, 175 ss.

¹⁴ L. ROSSI, *Lo stato d'assedio nel diritto pubblico italiano*, in *Archivio di Diritto pubblico*, 4/1894, 89 ss.

¹⁵ A. MAJORANA, *Lo stato d'assedio*, Catania, 1894, 24 ss.

¹⁶ O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in V. E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato*, cit., 1203 ss.

¹⁷ Così, G. BASCHERINI, *L'emergenza e i diritti*, cit., 12 ss.

¹⁸ A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza*, cit., 84.

¹⁹ In tal senso, G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Teramo, 2003, 155; V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza*, cit., 130-131, ha descritto in maniera pregevole l'operazione attuata

A conferma del cortocircuito descritto, le stesse ragioni ispirarono la trasformazione dello stato d'assedio da mera condizione di fatto ad istituto giuridico e, sempre in via di prassi, si consolidò la conversione in legge dei decreti di proclamazione degli stati d'assedio.

Gli sforzi del Parlamento e le costruzioni della dottrina vanno quindi interpretati nella prospettiva del riconoscimento dell'evento critico come eccezione, secondo una visione conservativa che non ammette la sostituzione del diritto ordinario da parte della produzione giuridica straordinaria²⁰.

Tuttavia, il terremoto che colpì le città di Messina e Reggio Calabria nel 1908 costrinse il Governo ad agire tramite ordinanze e decreti in deroga alla legge, privi di una preventiva autorizzazione legislativa²¹. Si verificò una sospensione temporalmente illimitata dell'ordinamento vigente nei territori interessati dal cataclisma tellurico che venne sanata solo alcuni giorni dopo con la l. 12 gennaio 1909, n. 12. Proprio quell'arco temporale in cui l'agire dell'esecutivo fu sostanzialmente libero attualizzò la questione della forza travolgente del fatto, al punto che si giunse a teorizzare la necessità come fonte del diritto, riconoscendole il valore di «origine e legittimazione» dello Stato e in genere del suo ordinamento costituzionale²².

Nonostante i validi tentativi di legalizzazione delle misure *extra ordinem* esperiti in epoca statutaria, non si può eludere il ruolo preponderante della necessità, che difficilmente poteva essere tollerato dalla sopravvenuta categoria dell'eccezione.

3. Il preteso distacco dalla straordinarietà e l'inedito ritorno della fattualità tra le contraddizioni del regime fascista

Seguendo le linee direttrici tracciate dalle categorie della necessità e dell'eccezione e dai meccanismi del cortocircuito ordinamentale, si giunge ad una fase anomala coincidente con l'instaurazione del fascismo. L'obiettivo dell'abbandono della dimensione straordinaria e la volontà di entrare stabilmente in quella della «normatività»²³, furono perseguiti dal regime attraverso l'eliminazione quasi integrale degli istituti innominati utilizzati sino a quel momento e attraverso la tipizzazione di tutti i poteri *extra ordinem*. Le attività del legislatore si indirizzarono quindi verso la totale cesura con il dominio della fattualità e dell'eccezionalità che aveva caratterizzato i decenni precedenti.

Tale proposito si manifestò, tuttavia, solo apparentemente: in realtà, lo spostamento del baricentro verso l'assoluta centralità dell'Esecutivo diede origine ad un ordinamento

per evitare la sopraffazione del diritto ordinario da parte dei poteri formali necessitati quando ha affermato che «il designare come eccezionali le norme e gli atti necessitati, può smorzare gli effetti eversivi della necessità nell'ordinamento».

²⁰ J. K. BLUNTSCHLI, *Dottrina dello stato moderno*, Napoli, 1879, 108 ss.

²¹ E. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2019, 34.

²² S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio-Calabria*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, 1909, 261.

²³ In questi termini si è espresso A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza*, cit., 96.

parallelo, non solo sospensivo²⁴, bensì sostitutivo delle disposizioni statutarie. Dietro la maschera di uno stato di normalità si celò, dunque, uno stato d’eccezione “perenne” che archiviò *sine die* le garanzie del costituzionalismo moderno. Prese forma, così, un Governo operante sulla base di una “supposta” necessità, attraverso provvedimenti mirati alla creazione di un nuovo ordine, concepiti quindi in funzione «evoltrice»²⁵.

L’analisi degli interventi attuati in questa fase storica richiede, pertanto, un’attenzione non tanto all’aspetto formale quanto al dato contenutistico.

La l. 31 gennaio 1926, n. 100 riconobbe la potestà normativa del Governo in casi straordinari, con la sedicente intenzione di porre fine ai precedenti abusi²⁶. In verità, la normalizzazione della decretazione d’urgenza rappresentò l’occasione per legittimare un indiscriminato ricorso a tale strumento, che divenne il mezzo privilegiato della produzione legislativa, servente agli scopi di consolidamento del regime²⁷.

Parallelamente, anche l’apparato costruito attraverso il Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza e il Testo unico delle leggi sanitarie rivelò la reale finalità di sottrarre il Governo al controllo e agli indirizzi del Parlamento²⁸. Vennero così attribuiti poteri di controllo e di polizia amministrativa al Governo in tutte le sue articolazioni territoriali, istituzionalizzando un potere d’ordinanza dai chiari connotati normativi. Di notevole interesse, in particolare, il contenuto dell’art. 2 T.u.l.p.s.²⁹, laddove si riconosce al prefetto la facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per garantire l’ordine pubblico e la sicurezza pubblica, associando a tali finalità generiche le altrettanto generiche clausole dell’“urgenza” e della “grave necessità”.

Altrettanto rivelatore risulta essere il contenuto dell’art. 214 e seguenti del T.u.l.p.s., che, formalizzato lo “stato di pericolo pubblico” e lo “stato di guerra”, prevedeva la facoltà di emanare ordinanze, anche in deroga alle leggi vigenti, rispettivamente al Ministro dell’Interno e all’autorità in comando delle forze militari.

Trattasi di atti che, seppur riportati *in ordine* grazie alle “vuote” norme autorizzatrici, non hanno invertito la tendenza alla fuga dell’ordinamento: nascondendosi dietro le formule generiche già diffuse, si è nuovamente palesata la persistente capacità del fatto necessitato di imporsi all’interno dell’ordine giuridico, conducendo al di fuori di esso ogni misura adottata, quantomeno sotto il profilo sostanziale³⁰.

²⁴ Della sospensione delle prassi e discipline previste dallo Statuto albertino aveva parlato M. BELLETTI, *La forma di governo parlamentare e scioglimento delle Camere. Dallo Statuto albertino alla Costituzione Repubblicana*, Padova, 2008, 421 ss.

²⁵ Così, P. PINNA, *L'emergenza*, cit., 77 ss., riferendosi al concetto di “crisi costituzionale”.

²⁶ L. PALADIN, *Art. 77*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1979, 47.

²⁷ E. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza*, cit., 41.

²⁸ A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità e urgenza, tra storia e diritto*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009, *passim*.

²⁹ Ancora oggi in vigore dopo l’intervento correttivo della Corte costituzionale con la sentenza n. 26 del 1961.

³⁰ A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza*, cit., 102, ha sottolineato come l’assenza di rigidi vincoli procedurali e formali delle norme di competenza abbia consentito illimitate deroghe a norme dello stesso grado gerarchico di quelle autorizzatrici, permettendo così alla fattualità di contendere alla normatività il dominio dell’ordinamento.

4. L'età repubblicana tra l'"urgenza" e l'"emergenza" innominata

Ad una compiuta teorizzazione del concetto di "emergenza costituzionale", in posizione antitetica rispetto alla "crisi costituzionale", si giunge solo con l'entrata in vigore della Costituzione.

Da questo momento, i presidi rappresentati dalla rigidità e dal controllo di costituzionalità hanno permesso di interpretare l'evento imprevisto come un fenomeno endogeno, in grado di deviare provvisoriamente dalle regole dell'ordinamento, senza mai intaccare i suoi principi fondamentali. A differenza del passato, nessun soggetto costituzionale è reso quiescente per mantenere viva la stabilità dell'ordinamento³¹. L'architettura costituzionale è improntata, pertanto, all'utilizzo di poteri *in ordine* per la conservazione dei valori fondanti di riferimento, con la contestuale esclusione di valori alternativi, e allontanandosi dalla visione evoltrice che vedeva nella necessità la fonte del diritto emergenziale³².

Tale approdo teorico si rivela incompatibile con il fenomeno della crisi costituzionale, il cui naturale seguito è la presenza della categoria dell'"urgenza" all'interno della Costituzione, cui fa da contraltare l'assenza di una c.d. *emergency clause*.

Chiara è l'aspirazione ad una continuità costituzionale³³ che non ammette regimi sospensivi e che coinvolge tutti i poteri dello Stato sia in tempi ordinari sia in tempi straordinari.

Al fine di comprendere se questo principio ispiratore sia riuscito effettivamente a determinare un cambio di paradigma, giova soffermare l'attenzione sulle categorie descrittive delle fasi critiche più significative dell'era repubblicana, in modo tale da verificare l'eventuale presenza di quel meccanismo distorsivo, la cui emersione rappresenta l'obiettivo del presente studio.

4.1. L'"urgenza" come illusorio argine alla straordinarietà

All'esito dei lavori dell'Assemblea costituente si configura nella Carta fondamentale un "sistema di urgenze"³⁴ che richiama espressamente la categoria in esame con riferimento ai diritti fondamentali (artt. 13 e 21), al procedimento di formazione della legge (artt. 72 e 73), e alla possibilità riconosciuta al Governo di adottare provvedimenti provvisori con forza di legge al ricorrere di specifici presupposti (art. 77).

L'impianto, rafforzato dal ruolo di assoluta rilevanza ricoperto dal principio di legalità, dalle riserve di legge e dal *numerus clausus* delle fonti primarie, sembrava in grado di opporre una resistenza "ordinaria" alle fasi critiche.

³¹ In tal senso, P. PINNA, *L'emergenza*, cit., 131 ss.

³² Per una completa ricostruzione delle tesi moniste e dualiste del potere emergenziale, si veda G. DE MINICO, *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, Napoli, 2016, 15 ss.

³³ Secondo la definizione di A. BENAZZO, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Torino, 2004, 2, «l'aspirazione alla continuità è un elemento essenziale di ogni esperienza costituzionale».

³⁴ Di particolare valore l'analisi svolta da GIU. SERGES, *La dimensione costituzionale dell'urgenza*, cit., 43 ss. che ha rintracciato all'interno del testo costituzionale diverse ipotesi di urgenza: esplicite, implicite ed eventuali, individuando all'interno di esse delle categorie ancor più specifiche.

Per questa ragione, alcuni timori avevano accompagnato l’articolato dibattito tra i componenti della Sottocommissione e della Commissione in merito all’istituto della decretazione d’urgenza. Si era realizzata una forte spaccatura tra coloro che erano intenzionati a stabilire un divieto assoluto di ricorso all’istituto, coloro che prediligevano l’omissione di ogni riferimento ad essa, e coloro che ritenevano di dover arginare il suo utilizzo attraverso rigidi controlli. Dalla “sofferta” preferenza per quest’ultima posizione è derivata una formulazione “in negativo”³⁵ dell’art. 77 Cost., la quale denota un senso di diffidenza nei confronti dell’Esecutivo, testimoniata altresì dalle garanzie rappresentate dal Presidente della Repubblica e dal Parlamento al momento dell’emanazione e della conversione in legge del decreto-legge.

Residuano nel testo quelle clausole generiche ampiamente diffuse in epoca statutaria quali “i casi straordinari di necessità e di urgenza” che avevano favorito la torsione di potere dell’Esecutivo, ma il sistema di “protezioni” non pareva lasciar spazio a timori di un eventuale deviazione dal modello.

Tuttavia, neppure la costituzionalizzazione del decreto-legge ha impedito il suo abuso sotto diversi profili: anzitutto, a partire dagli anni Settanta, si rintraccia un frequente uso ordinario di tale strumento³⁶ a partire dagli anni Settanta, che ha spinto parte della dottrina ad individuare nel decreto-legge “ordinario” e in quello “straordinario” due differenti istituti³⁷. Allo stesso modo, questa “prassi degenerativa”³⁸ aveva originato un circolo vizioso che aveva alimentato, a sua volta, l’altra prassi distorsiva della reiterazione dei decreti-legge non convertiti³⁹.

Quindi, si può osservare nuovamente l’attivazione del cortocircuito ripetutamente segnalato, che non si esita ora a definire come un elemento costante che ha caratterizzato l’era statutaria e il periodo repubblicano, influenzando ancora oggi il funzionamento reale della forma di governo e, di riflesso, l’ordine delle fonti⁴⁰.

A conferma di questa tesi si consideri che, a seguito della censura della reiterazione dei decreti-legge non convertiti con la sentenza n. 360 del 1996 della Corte costituzionale, lo strumento privilegiato per la gestione del fatto straordinario era divenuto l’ordinanza contingibile e urgente⁴¹. Si rinnova, così, la tendenza ad una fuga dalle misure prestabilite

³⁵ Sul punto, A. CELOTTO, *L’«abuso» del decreto-legge. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Padova, 1997, 116.

³⁶ Ancora, A. CELOTTO, *L’«abuso» del decreto-legge*, cit., 271 ss.

³⁷ Si richiamano le riflessioni di C. LAVAGNA, *Istituzioni di Diritto pubblico*, Torino 1985, 295 e di F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, in ID. (a cura di), *Diritto Pubblico*, Torino, 2015, 152-153.

³⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 360 del 1996 (punto 8, *Considerato in diritto*).

³⁹ Così, A. SIMONCINI, *Tendenze recenti della decretazione d’urgenza in Italia e linee per una nuova riflessione*, in ID. (a cura di), *L’emergenza infinita. La decretazione d’urgenza in Italia*, Macerata, 2006, 20 ss.

⁴⁰ In questi termini, A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, in *Rivista AIC*, 2/2021, 144, il quale sostiene che «ogni perturbazione nell’ordine delle fonti è sempre il riflesso di una perturbazione nel funzionamento della forma di governo».

⁴¹ A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità*, cit., 133 ss., ha interpretato il freno posto all’abuso dei decreti-legge come presupposto per un largo utilizzo dei poteri di ordinanza contingibile e urgente. Allo stesso modo, A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell’emergenza*, cit., 35, ha dedotto, attraverso un’analisi statistica, l’esistenza di un rapporto di proporzionalità inversa tra i due fenomeni: «emerge, infatti, con una certa evidenza che nello stesso momento in cui il Governo riduce nettamente il ricorso alla decretazione d’urgenza si registra l’inizio di quel trend ascendente che porterà [...] il fenomeno delle ordinanze contingibili ed urgenti a raggiungere significative dimensioni [...]».

con il contestuale ricorso a poteri *extra ordinem* che sembra restringere gli spazi d'intervento del Parlamento.

Numerosi esempi possono suffragare le riflessioni sin qui proposte; ad ogni modo, ci si limiterà ad accennare i casi più rilevanti di utilizzo “non lineare” dei poteri straordinari, i quali rievocano quella forza normativa del fatto che presta il fianco ad una gestione controversa delle situazioni straordinarie.

Il primo caso ha ad oggetto la disciplina dei c.d. “grandi eventi”. Nonostante la positivizzazione delle condizioni d'esercizio delle facoltà *extra ordinem* con la l. 24 febbraio 1992, n. 225, in materia di protezione civile, la graduale distorsione di tali poteri ha portato a giustificare il loro impiego in situazioni prevedibili e ordinarie. Si trattava, infatti, di eventi a volte anche programmati dal Governo, o addirittura ancora da realizzare, come in occasione dell'Expo 2015. A fini di semplificazione delle procedure ordinarie per l'adozione di scelte politiche e per esigenze legate a questioni squisitamente organizzative, per i “grandi eventi” si era deciso di rescindere il legame tra il potere d'ordinanza e la straordinaria urgenza che costituiva il presupposto legittimante dell'azione in deroga alla legislazione vigente⁴².

Iniziava così a dilagare l'ampio ricorso al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (d.p.c.m.) che ha caratterizzato il caso della gestione della pandemia di SARS-CoV-2. Lo strumentario predisposto dal Codice della Protezione Civile (decreto legislativo delegato 2 gennaio 2018, n. 1), che aveva abrogato integralmente la l. n. 225/1992, contemplava l'emanazione di ordinanze in deroga a ogni disposizione vigente del Capo del Dipartimento della Protezione civile. Un'ordinaria gestione avrebbe imposto la risoluzione dell'evento critico attraverso tali atti; in realtà, la straordinarietà dell'evento ha condotto all'ibridazione di questo potere d'ordinanza con quello attribuito al Ministro della Salute dalla l. 23 dicembre 1978, n. 833, ma soprattutto alla creazione di un inedito canale parallelo di decreti-legge e d.p.c.m.⁴³, divenuto il mezzo di contrasto principale dello stato d'emergenza dichiarato.

Ancora una volta, si è assistito allo sviluppo di una prassi “distorsiva” in precario equilibrio ai confini dell'ordinamento⁴⁴, che ha sovvertito le «acquisizioni che sembravano definitivamente stabilizzate nel quadro dello Stato costituzionale»⁴⁵, riattivando un cortocircuito che sembra non avere fine.

4.2. L'“emergenza” nel vortice delle prassi degenerative

I processi di “normalizzazione” degli strumenti *extra ordinem* e la loro conseguente stabilizzazione si sono susseguiti negli ultimi due secoli generando una confusione tra l'apparato ordinario e quello straordinario.

⁴² E. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza*, cit., 118 ss.

⁴³ A. CARDONE, *La “gestione alternativa” dell'emergenza nella recente prassi normativa del governo: le fonti del diritto alla prova del covid-19*, in *Legislazione Penale*, 18 maggio 2020, 1.

⁴⁴ Di diverso avviso M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, il quale ha dimostrato la sostanziale tenuta della catena normativa.

⁴⁵ Così, A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto*, cit., 146.

Il fallimento dei tentativi di ricondurre l’evento critico all’interno dei margini dell’ordinamento costituzionale si era mostrato in tutta la sua evidenza già dai primi anni della vita repubblicana. Il rigido sistema di urgenze che aveva pervaso la Costituzione aveva dimostrato, difatti, di cedere il passo di fronte al dominio del fatto straordinario.

Inoltre, l’inarrestabile appropriazione, da parte dell’Esecutivo, della gestione delle crisi aveva alterato il sistema delle fonti, presentando numerosi interrogativi in merito alla natura normativa di fonti di grado inferiore a quello primario.

In tale contesto, l’“emergenza” ha fatto il suo ingresso nel nostro ordinamento a partire dagli anni Settanta, tra le ceneri delle altre categorie. La sua introduzione, seppur connotata da un elevato tasso di atecnicità⁴⁶, era stata strumentale all’aggettivazione di una legislazione eterogenea in materia di calamità naturali, eversione terroristica e criminalità organizzata.

Il consapevole silenzio del Costituente, dettato dal timore che potessero riprodursi le stesse conseguenze facilitate dall’art. 48 della Costituzione di Weimar, aveva lasciato scoperta la possibilità di una rigida definizione di emergenza⁴⁷. La sua valenza generale poteva, quindi, associarsi a qualsiasi stato critico⁴⁸, e tale fattore venne utilizzato dal Parlamento per provvedere in vari ambiti attraverso strumenti ordinari quali la legge e, più raramente, il decreto legislativo delegato. La strategia adottata, definita delle “tecniche alternative”⁴⁹, si prefiggeva l’obiettivo di soppiantare i poteri formali necessitati ed eccezionali e la decretazione d’urgenza per conferire nuova centralità al Parlamento.

Ciononostante, non si può non considerare che un’emergenza non dichiarata porta con sé il rischio di un invisibile stato di necessità celato dietro un apparente stato di normalità, favorendo l’omissione della giustificazione delle finalità perseguite⁵⁰.

È questo il caso della norma più rappresentativa della stagione di contrasto al terrorismo interno di matrice politica, la l. 22 maggio 1975, n. 152 (la c.d. Legge Reale). Come già proposto, si ritiene utile ricorrere ad una duplice analisi che si concentri sulla forma e sul contenuto dell’atto. Se da un lato la legge risulta essere la fonte preferibile per assicurare la maggiore democraticità della decisione – ancor più apprezzabile in una situazione critica –, il contenuto rivela delle disposizioni di dubbia compatibilità costituzionale⁵¹, alcune delle quali hanno continuato ad influenzare le politiche sull’ordine pubblico e la sicurezza.

⁴⁶ G. MARAZZITA, *L’emergenza costituzionale*, cit. 459.

⁴⁷ I dubbi e le preoccupazioni per l’introduzione in Costituzione di una disposizione specifica riguardante lo stato d’eccezione sono stati ben sintetizzati da E. IMPARATO, *Lo stato d’eccezione e forme normative nell’ordinamento italiano tra stato di diritto e sindacato di conformità*, in *Consulta Online*, 22 giugno 2020, 11 ss.

⁴⁸ Questa l’interpretazione di GIU. SERGES, *La dimensione costituzionale dell’urgenza*, cit., 452-453, poi confermata dalla prassi applicativa che ha utilizzato il concetto di emergenza come base giustificativa.

⁴⁹ Tale impostazione è stata ampiamente sviluppata da G. CAMUS, *L’état de nécessité en démocratie*, Parigi, 1965, 411 ss., e ripresa da V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza*, cit., 221 ss.

⁵⁰ G. MARAZZITA, *L’emergenza costituzionale*, cit. 464-465.

⁵¹ Basti ricordare la limitazione dei casi di libertà provvisoria, l’arresto senza flagranza, la perquisizione sul posto senza provvedimento dell’autorità giudiziaria, l’ampliamento dei casi di legittimo uso delle armi da parte delle forze dell’ordine.

La stessa Corte costituzionale, nella celebre sentenza n. 15 del 1982 non aveva esitato ad affermare che l'emergenza, in quanto condizione anomala e grave, legittimasse misure insolite, purché provvisorie⁵², tollerando così la fuoriuscita temporanea dai limiti dell'ordinamento costituzionale.

Non stupisce che anche la categoria dell'emergenza si sia trasformata nel tempo in una generica clausola di implicita attribuzione di poteri *extra ordinem*, come dimostrato da una prassi degenerativa che ha sfruttato l'emergenza come base giustificativa per l'adozione di una serie indeterminata di provvedimenti in situazioni tutt'altro che straordinarie, imprevedibili e transitorie.

Ad oggi ci troviamo di fronte ad una emergenza declinata al plurale, con l'effetto di una banalizzazione del concetto che ha acquisito un significato omnicomprensivo, quasi ideologico, sino a divenire «forma di governo»⁵³ e avvicinandosi temibilmente alla necessità.

5. La proposta di costituzionalizzazione dell'emergenza alla luce della comparazione con l'ordinamento spagnolo

L'emergenza è divenuta appannaggio della politica⁵⁴, sganciandosi dalla sua valenza giuridica. Come le altre categorie descrittive del fenomeno critico, ha permesso la sopraffazione delle garanzie costituzionali, perdendo la funzione di guida dell'azione del *decision maker* e tradendo i suoi connotati fisiologici, quali la singolarità, l'imprevedibilità, la transitorietà⁵⁵.

Si vuole sostenere, in questa sede, l'utilità di un tentativo di costituzionalizzazione dell'emergenza, come traguardo e limite del processo di interiorizzazione del fondamento delle risposte alle situazioni straordinarie.

Recuperando il suo valore giuridico ed ispirandosi agli approdi dottrinali, legislativi e giurisprudenziali che hanno cercato di censurare i profili di illegittimità degli interventi emergenziali "anomali", è possibile realizzare un sistema di gestione dell'emergenza che ponga al suo centro l'architettura costituzionale dei diritti e delle libertà fondamentali.

Si auspica, pertanto, un duplice intervento sul versante costituzionale e legislativo, volto a predeterminare gli organi deputati ad agire e il *corpus* di fonti a cui è permesso fare ricorso. Il Parlamento dovrà tornare a svolgere un ruolo di primaria importanza⁵⁶, per

⁵² Cfr. Corte cost., sent. n. 15 del 1982 (punto 7, *Considerato in diritto*): «si deve, tuttavia, convenire che l'emergenza, nella sua accezione più propria, è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea. Ne consegue che essa legittima, sì, misure insolite, ma che queste perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo».

⁵³ L. MANCONI, *Emergenza come governo*, in *Antigone. Bimestrale di critica dell'emergenza*, 1/1985, 6.

⁵⁴ S. ANASTASIA, *L'emergenza tra diritto e politica. Una rilettura, vent'anni dopo*, in *Antigone. Quadrimestrale di critica del sistema penale e penitenziario*, 1/2006, 64.

⁵⁵ Riprendendo la descrizione proposta da U. CURI, *Il falegname e la norma*, in *Antigone. Bimestrale di critica dell'emergenza*, 1985, n. 3-4, 49 ss.

⁵⁶ A. CARDONE, *La "gestione alternativa"*, cit., 22, ha prospettato l'esistenza di una nuova norma costituzionale che potrebbe prevedere che lo stato di emergenza sia oggetto di una deliberazione politica del Parlamento, rendendo così la disciplina compatibile con il principio di legalità e con la Costituzione.

invertire la tendenza della minimizzazione del suo coinvolgimento, perdurante in ogni “era costituzionale” descritta.

In virtù di tale proposta, si guarderà con favore al modello spagnolo, che restituisce una dimensione iperprotetta della gestione dell'emergenza attraverso l'integrazione delle disposizioni costituzionali di cui agli artt. 55 e 116 con la *Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio*.

L'art. 116 della Costituzione spagnola (CE) prevede un modello a graduazione crescente di gestione dell'emergenza, distinguendo tra lo stato d'allarme, lo stato di eccezione e lo stato d'assedio, stabilendo altresì un diverso coinvolgimento degli organi costituzionali.

In particolar modo, è interessante notare come il disegno costituzionale preveda la presenza sempre più determinante del Parlamento nei processi decisionali all'acuirsi della crisi.

Nelle ipotesi di emergenze «politicamente neutrali»⁵⁷ che attivano lo stato d'allarme dichiarato dal Governo, il Parlamento, dopo aver ricevuto la comunicazione, partecipa solo in caso di richiesta di proroga dello stato oltre i quindici giorni concessi.

Esercita, invece, un controllo più incisivo nello stato di eccezione, autorizzando la dichiarazione governativa dello stesso e determinando la sua durata, la parte di territorio interessata e i suoi effetti. Nello stato d'assedio si manifesta, infine, una forma di «protagonismo parlamentario»⁵⁸ attraverso la dichiarazione diretta – votata a maggioranza assoluta – di attivazione dello stato, con la definizione del suo ambito territoriale, della sua durata e delle condizioni.

All'attivazione degli stati emergenziali è legata la previsione dell'art. 55 CE che contempla la possibilità, in tali momenti, di sospendere una serie di diritti e libertà fondamentali, differenziando i casi di “sospensione generale” del primo comma, da quelli di “sospensione individuale” individuati al secondo comma⁵⁹. Se nel primo caso non si segnalano criticità, stante la tassativa elencazione dei diritti e delle libertà di *weimariana* memoria, nel secondo comma si intravedono, invece, i prodromi di una disciplina alimentata da un sentimento di ritorsione dello Stato nei confronti del fenomeno delle bande armate e del terrorismo. Attraverso una visione anticipatorio-repressiva tipica di una disposizione di un Codice penale⁶⁰, si ammette la sospensione dei limiti previsti per la custodia cautelare e delle garanzie relative all'inviolabilità del domicilio e alla segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione per gli indagati e gli imputati appartenenti a determinati gruppi violenti.

Pur nella consapevolezza delle problematiche che hanno colpito un sistema apparentemente “completo”, emerse soprattutto durante la pandemia in relazione alla

⁵⁷ Così, P. CRUZ VILLALÓN, *El nuevo derecho de excepción (ley orgánica 4-1981, de 1 de junio)*, in *Revista española de derecho constitucional*, 2/1981, 93 ss.

⁵⁸ P. CRUZ VILLALÓN, *El nuevo derecho*, cit., 103.

⁵⁹ Si veda F. FERNÁNDEZ SEGADO, *Naturaleza y régimen legal de la suspensión general de los derechos fundamentales*, in *Revista de derecho político*, 18-19, 1983, 31.

⁶⁰ J. C. REMOTTI CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo. La suspensión individual de derechos y garantías*, Madrid, 1999, 43 ha ritenuto tale disposizione costituzionale un *unicum* nel panorama mondiale.

sospensione dei diritti fondamentali⁶¹ e alla frammentazione dovuta ai provvedimenti concorrenti delle *Comunidades Autónomas*⁶², la costituzionalizzazione dei tre stati non ha consentito l’abuso dei poteri straordinari.

Difatti, le dettagliate e rigide discipline costituzionali e legislative sembra abbiano agito in ottica limitativa, facendo registrare la dichiarazione dell’*estado de alarma* soltanto in occasione delle tensioni sorte nel 2010 tra il Governo e i controllori della viabilità aerea e nel corso dell’emergenza epidemiologica.

Alla luce di questa rapida incursione nell’ordinamento spagnolo, ben si comprende come esso possa rappresentare una base di partenza per discutere della proposta di costituzionalizzazione dell’emergenza nell’ordinamento italiano, tornata d’attualità in tempi recenti.

Si faccia attenzione, tuttavia, a differire nel tempo – rispetto al più recente evento critico – l’eventuale realizzazione di tale ambizioso progetto, per non rischiare di cadere nelle tentazioni e negli errori di quei meccanismi “degenerativi” che hanno caratterizzato le dinamiche del cortocircuito tramite il quale sono state studiate le ere emergenziali proposte.

⁶¹ Si rinvia a M. REVENGA SÁNCHEZ – J.M. LÓPEZ ULLA, *El dilema limitación/suspensión de derechos y otras «distorciones» al hilo de la pandemia*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 48, 2021, 220 ss.

⁶² F. GALLARATI, *Le libertà fondamentali alla prova del coronavirus. La gestione dell’emergenza sanitaria in Francia e Spagna*, in L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all’emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, 5 maggio 2020, 46 ss.