

Il problema dei problemi: emergenza e ordinamento giuridico. Spunti sui risvolti ordinamentali dell'emergenza pandemica da Covid-19

di Nicola Brignoli

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Sui concetti di necessità, emergenza ed eccezione. – 2.1. (*Segue*) Stato di necessità, stato di emergenza e stato di eccezione. – 3. Emergenza ed eccezione nell'ordinamento giuridico repubblicano. – 4. Il potere amministrativo d'emergenza. – 5. Alcune conclusioni.

1. Premessa

Nel corso del 2020, il nostro Paese si è trovato a dover fronteggiare una situazione di emergenza senza precedenti nella storia recente, causata dalla rapida diffusione di una malattia infettiva virale, la quale, inizialmente circoscritta al territorio dell'Estremo Oriente, è ben presto divenuta una pandemia globale. Tale situazione ha inevitabilmente sottoposto ad un forte stress¹ istituzionale l'assetto del nostro ordinamento e il suo delicato equilibrio.

Nella difficoltà ad individuare gli strumenti e le azioni migliori per fronteggiare un'emergenza di questo tipo², il Governo italiano ha deciso di ricorrere all'emanazione di atti primari e secondari di differente natura³, i quali si sono talvolta sovrapposti e contraddetti e talaltra si sono rivelati attuativi o derogatori di disposizioni già vigenti⁴. Tutto ciò sembra essere avvenuto senza una direttrice certa e univoca⁵, e in un contesto nel quale il tempo della regola è sembrato prevalere su quello dei principi.

Emblematica dell'incertezza generata dall'emergenza è stata la scelta di uti-

¹ Secondo M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *www.rivistaaic.it*, n. 2, 2020, 109, si tratta, più nello specifico, di uno «stress del nostro sistema delle fonti», che prende avvio il 31 gennaio 2020, quando il Consiglio dei ministri, con delibera pubblicata in G.U., Serie gen., 1° febbraio 2020, n. 26, adotta la «Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili».

² Il richiamo è a A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, in *BioLaw Journal*, special issue n. 1, 2020, 2, secondo cui «il diritto è chiamato a fronteggiare un'emergenza che è globale e locale al tempo stesso, in bilico tra due rischi: l'insufficienza delle misure, con i rischi di collasso del sistema sanitario e delle esigenze di prevenzione; oppure una eccessività delle medesime, con rischi enormi ed incalcolabili per il sistema economico e sociale».

³ Per un quadro completo e sempre aggiornato della normativa inerente all'emergenza da Covid-19 si rimanda alla «Raccolta degli atti recanti misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19», consultabile nel sito *www.gazzettaufficiale.it*.

⁴ In tal senso, G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *www.unicost.eu*, 4 aprile 2020.

⁵ *Ibidem*.

lizzare un atto di natura ambigua e di difficile classificazione, come il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, già oggetto di abuso in periodi ordinari⁶ e divenuto il simbolo della situazione patologica vissuta dal nostro Paese. Atti normativi maggiormente apparsi come l'espressione di quella cultura dell'uomo solo al comando che ha generato il "protagonismo" di organi monocratici, quali il Presidente del Consiglio dei Ministri e i Presidenti di Regione, con l'effetto di mettere quasi del tutto da parte il valore della collegialità, proprio del Parlamento, del Consiglio dei Ministri e dei Consigli regionali, e tanto caro ai nostri Padri costituenti.

L'emergenza da Covid-19 ha contribuito, inoltre, ad incrementare le tensioni già presenti nei rapporti tra centro e periferia. Tensioni dovute ad un assetto di competenze costituzionali, delineato dall'articolo 117 Cost., come modificato a seguito della c.d. riforma del Titolo V⁷, tutt'altro che chiaro e funzionale⁸,

⁶ A tal riguardo si noti come i dPCM rappresentino uno degli atti di più complessa definizione e difficile raffrontabilità con l'ordinamento ed, in particolare, con il sistema delle fonti. Un primo problema si riscontra nella oggettiva difficoltà di individuazione dei decreti emanati, dal momento che una quota rilevante di dPCM non viene pubblicata in Gazzetta Ufficiale, e, fra quelli pubblicati, vengono numerati soltanto quelli che si autoqualificano come "regolamenti". Non solo, un ulteriore elemento problematico è rappresentato dalla disomogeneità del procedimento di approvazione, che si discosta ampiamente da quello previsto dall'articolo 17 della legge n. 400/1988. Infine, un ultimo aspetto peculiare è quello della qualificazione dell'atto, poiché "decreto" è solamente un *nomen iuris* formale, idoneo a ricomprendere al suo interno sia contenuti amministrativi che normativi. Pertanto, nel nostro ordinamento, si sono ormai affermati atti sostanzialmente normativi nella forma dei dPCM, autorizzati dalla legge, ma prodotti secondo procedimenti atipici. Un'analisi precisa di questo strumento complesso è contenuta in D. DE LUNGO, *Nihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu: considerazioni empiriche sui decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri nell'esperienza recente*, in www.osservatoriosullefonti.it, fasc. n. 2, 2019, ma anche a V. DI PORTO, *La carica dei DPCM*, in www.osservatoriosullefonti.it, fasc. n. 2, 2016.

⁷ V. legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3.

⁸ Le misure adottate per far fronte all'emergenza da Covid-19, inizialmente, sono state ricondotte alla "sanità pubblica", rientrando fra le materie a potestà legislativa concorrente fra Stato e Regioni. Senonché, al riguardo, da più parti, si è fatto notare come una pandemia globale sembri dover rientrare, più propriamente, nella materia della "profilassi internazionale", che la lettera *q* del 2° comma dell'articolo 117 Cost. attribuisce alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. In questo modo si sarebbero ridotti drasticamente i conflitti fra Stato e Regioni, dal momento che si sarebbero potute prendere decisioni unitarie, seppur non necessariamente uniformi, in modo da poter tenere conto delle specifiche differenziazioni regionali. A confermare questo orientamento, è intervenuta la Corte costituzionale con un Comunicato dell'Ufficio stampa, in data 24 febbraio 2021, e con la conseguente sentenza del 12 marzo 2021, n. 37, in cui si afferma «che la materia oggetto dell'intervento legislativo regionale ricade nella competenza legislativa esclusiva dello Stato a titolo di «profilassi internazionale» (art. 117, secondo comma, lettera *q*, Cost.), che è comprensiva di ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla. La malattia da COVID-19, infatti, è notoriamente presente in tutto il mondo [...]. Questa Corte ha già ritenuto che la profilassi internazionale concerne norme che garantiscano «uniformità anche nell'attuazione, in ambito nazionale, di programmi elaborati in sede internazionale e

oltretutto da una polarizzazione politica sempre più marcata negli anni, la quale rende inevitabilmente molto più difficile un'amministrazione improntata sulla leale collaborazione⁹.

In un tale contesto, di grande confusione ed incertezza, si è dovuto registrare l'utilizzo improprio di termini ed espressioni fra loro profondamente differenti, quali quelli di *eccezione*, *necessità* ed *emergenza*, ma anche quelli di *sospensione*, *limitazione* e *deroga*. Se, a prima vista, questa può ritenersi una questione meramente formale, ad uno sguardo più attento, non può che notarsi come ne discendano conseguenze di carattere sostanziale, le quali si riverberano inevitabilmente sulla concreta gestione e sul superamento di una situazione straordinaria.

Non solo, tale emergenza si è inserita in un contesto nel quale il nostro ordinamento sembra essersi abituato a vivere «da vita quotidiana come una successione di piccole emergenze»¹⁰. Pertanto, per comprendere l'incertezza e le difficoltà con cui il nostro Paese ha affrontato la pandemia da Covid-19, occorre comprendere il quadro giuridico in cui tale emergenza si è verificata.

Per fare ciò, innanzitutto si reputa di dover procedere ad un esercizio di chiarificazione riguardo ai concetti inerenti alle attività di amministrazione dell'e-

sovranaazionale» (sentenza n. 5 del 2018; in precedenza, sentenze n. 270 del 2016, n. 173 del 2014, n. 406 del 2005 e n. 12 del 2004)». Infatti, «a fronte di malattie altamente contagiose in grado di diffondersi a livello globale, «ragioni logiche, prima che giuridiche» (sentenza n. 5 del 2018) radicano nell'ordinamento costituzionale l'esigenza di una disciplina unitaria, di carattere nazionale, idonea a preservare l'uguaglianza delle persone nell'esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l'interesse della collettività (sentenze n. 169 del 2017, n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002)». Pertanto, «in definitiva, per quanto fondamentale sia l'apporto dell'organizzazione sanitaria regionale, a mezzo della quale lo Stato stesso può perseguire i propri scopi, il legislatore statale è titolato a prefigurare tutte le misure occorrenti».

⁹ A tal riguardo, si noti come, se, inizialmente, con la delibera di stato d'emergenza del 31 gennaio 2021, la situazione emergenziale è stata affrontata utilizzando il sistema e gli schemi della protezione civile, caratterizzandosi per un buon livello di collaborazione fra Stato e Regioni, dapprima con il d.l. n. 6/2020 e la relativa legge di conversione, e successivamente con il d.l. n. 19/2020, e i relativi dPCM attuativi, si è passati ad una impostazione fortemente accentratrice nelle mani del Governo, senza che vi fosse stata alcuna deroga espressa agli schemi tipici di protezione civile. A tal riguardo, E. LONGO, *Episodi e momenti del conflitto Stato-regioni nella gestione della epidemia da Covid-19*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, fasc. speciale, 2020, 378 ss.

¹⁰ La citazione è ripresa da C. LASCH, *The minimal Self. Psychic Survival in Troubled Times*, London, 1985, 38; trad. it. C. LASCH, *L'io minimo. La mentalità della sopravvivenza in un'epoca di turbamenti*, Milano, 1987. Secondo l'Autore, nell'epoca moderna gli individui hanno perso le loro solidità e integrità, lasciando il posto all'effimero e ad una rapida obsolescenza, in cui tutto diviene un gioco a breve termine, valutato su rapide scadenze e non su progetti stabili e duraturi. In altre parole, in una società in cui il vivere alla giornata prefigura una «vita quotidiana come una successione di piccole emergenze». Tale concetto, se pur originariamente riferito all'individuo, è possibile applicarlo anche allo Stato, inteso tanto come Stato-apparato quanto come Stato-comunità, il quale, in una evidente assenza di pianificazione, sembra sempre più orientato verso scadenze a breve termine, coincidenti con i rapidi cicli elettorali, e più ancorato ad un continuo presente che proiettato verso il futuro.

mergenza, in modo da poter fornire un apporto tale da affrontare adeguatamente la gestione delle emergenze future, ove mai ce ne saranno.

2. *Sui concetti di necessità, emergenza ed eccezione*

L'emersione di fatti eccezionali, non previsti e non regolabili normativamente *ex ante* e, pertanto, tali da mettere a rischio la conservazione e la sopravvivenza di ogni ordinamento giuridico, è un evento inevitabile nella vita di quest'ultimo. Di conseguenza, gli ordinamenti giuridici più evoluti, al fine di conservare il proprio assetto sociale, nonché, in ultima istanza, di assicurare la loro stessa sopravvivenza, si sono dotati di un diritto dell'emergenza, volto a fronteggiare eventi eccezionali, mediante il ricorso ad apparati organizzatori e strumenti straordinari¹¹.

Emergenza, necessità ed eccezione sono tre termini fra loro differenti ma strettamente connessi, che sfuggono ad una classificazione netta e distinta. Infatti, si tratta di concetti pacificamente riconducibili a situazioni di deroga o di sospensione del diritto ordinario, i quali, tuttavia, tendono a sovrapporsi in modo indefinito. Senonché, tali termini, se analizzati in relazione al contesto storico e culturale nel quale vengono impiegati dalla dottrina, dalla giurisprudenza e dallo stesso legislatore, possono assumere caratteristiche differenti ed una loro autonomia concettuale¹².

Alla luce di ciò, ai fini del presente lavoro, si ritiene utile procedere in un tentativo di classificazione e sistematizzazione dei concetti di emergenza, necessità ed eccezione, muovendo dalla loro etimologia, per giungere, poi, ai sintagmi, strettamente connessi a questi ultimi, di stato di emergenza, stato di necessità e stato di eccezione¹³.

Dal punto di vista etimologico, il termine *necessità* riconduce ad un qualcosa di incontrollabile e irresistibile, che, all'interno del mondo giuridico, è identificabile con una situazione fattuale storica, sociale o politica, che l'ordinamento vigente non riesce a regolare preventivamente¹⁴.

In tema di necessità, è doveroso e necessario il richiamo alle elaborazioni di Santi Romano¹⁵, all'interno delle quali possono individuarsi quattro differenti

¹¹ Analogamente, F. SALVIA, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori interni all'amministrazione*, in *Dir. amm.*, fasc. n. 4, 2005, 763 ss.

¹² In tal senso, anche V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986, 10-11.

¹³ Cfr. § 2.1.

¹⁴ Cfr. V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, cit., 107-108.

¹⁵ Si veda in particolare S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, già in *Rivista di diritto costituzionale e amministrativo*, n. 1, 1909, e ora in *Scritti minori*, Milano, 1950.

accezioni del concetto di necessità: come urgenza, come limite, come conflitto e come fonte¹⁶.

Nella sua prima declinazione, la necessità si pone come reazione unica possibile, in presenza di situazioni eccezionali che mettono in pericolo la struttura politica e giuridica dello Stato, divenendo fonte per l'adozione di strumenti derogatori. Infatti, «ciò che caratterizza e distingue la necessità [...] è, in primo luogo, la materiale ed assoluta impossibilità di applicare, in certe condizioni, le norme che regolano la vita normale dello Stato, e il bisogno non già di applicarne altre esistenti, ma di emanarne di nuove»¹⁷.

Nella sua seconda accezione, invece, la necessità, che «non è un presupposto della *regula iuris*, ma è essa stessa diritto, nel senso che questo è un suo prodotto immediato e, per dir così, di primo grado», tale per cui «il legislatore non fa che prenderne atto e consacrarla»¹⁸, rappresenta un limite per la sovranità statale, dal momento che la possibilità di derogare al diritto vigente è riconducibile ai soli casi di necessità.

La necessità può anche essere classificata come un conflitto fra «il diritto dello Stato di mantenere la sua esistenza e il suo assetto politico, e il diritto di libertà degli individui, che è necessario limitare o sacrificare in favore del primo»¹⁹. Negli stati emergenziali, infatti, è evidente lo stretto rapporto fra situazioni straordinarie e norme volte a limitare i diritti e le libertà degli individui, al fine di ristabilire uno stato di normalità. Tuttavia, l'Autore ritiene che tale conflitto rappresenti «un momento del tutto secondario» e «una semplice conseguenza rispetto ad un momento più generale e comprensivo»²⁰, frutto di un'attenzione

¹⁶ Una tripartizione, operata all'interno degli studi di Santi Romano, è presente anche in F. DE VANNA, *Il diritto "imprevedibile": notazioni sulla teoria della necessità a partire dall'emergenza Covid-19*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, fasc. n. 2, 2020, 12-15, in cui si legge che «si possono individuare [...] tre significati, adiacenti ma concettualmente distinti, nei quali Romano utilizza il concetto di necessità come fonte ampia: come urgenza, come limite, e come fonte».

¹⁷ S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, già in *Rivista di diritto costituzionale e amministrativo*, fasc. n. 1, 1909, e ora in *Scritti minori*, Milano, 1950, 357.

¹⁸ Cit. S. ROMANO, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in *Archivio del diritto pubblico e dell'amministrazione italiana*, fasc. n. 1-4, 1902, ora in *Scritti minori*, Milano, 1950, 236. In particolare, l'Autore individua tre casi in cui il Parlamento può modificare lo Statuto, ossia quando tale modificazione sia imposta dalla necessità, dal riconoscimento di una consuetudine giuridica e al fine di una sua integrazione.

A tal riguardo, si è rilevato come «attraverso la nozione giuridica di 'necessità', si conferma [...] che nelle norme scaturenti dagli atti d'imperio dello Stato è contenuto anche il requisito della limitatezza, necessario per l'integrale costruzione dello 'Stato giuridico'». Cit. M. FIORAVANTI, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive della ricerca*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, fasc. n. 10, 1981, 168-219.

¹⁹ Cit. S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, cit., 357.

²⁰ *Ibidem*, *ivi*.

prevalentemente rivolta alle restrizioni, piuttosto che all'impossibilità di applicare le norme ordinarie²¹.

Infine, la quarta accezione di necessità è quella di fonte del diritto, la quale prende forma, in tal modo, dal fatto emergenziale in modo necessario, dando vita ad un «nuovo ed eccezionale ordinamento giuridico [...] che determina in modo diverso i confini rispettivi della potestà dello Stato e dell'attività dei singoli»²². In tal senso, «la necessità [...] deve concepirsi come una condizione di cose che, almeno di regola e in modo compiuto e praticamente efficace, non può essere disciplinata da norme precedentemente stabilite. Ma se essa non ha legge, fa legge [...] il che vuol dire che è essa medesima una vera e propria fonte del diritto [...]. E nella necessità deve rintracciarsi l'origine e la legittimazione dell'istituto giuridico per eccellenza, cioè lo Stato, e in genere del suo ordinamento costituzionale, quando esso viene instaurato come un procedimento di fatto [...]»²³. Pertanto, la necessità diviene una condizione che non può essere disciplinata da norme precedentemente stabilite, ma diviene essa stessa fonte del diritto.

Il termine *emergenza* ha avuto, invece, uno sviluppo successivo nella letteratura giuridica. Inizialmente, esso veniva ricondotto al vocabolo anglosassone *emergency*, assumendo un significato analogo a quello di necessità. In particolare, l'emergenza tendeva a coincidere con una situazione di eccezionale necessità, senza essere dotato di alcun *quid proprium*. Senonché, ad uno sguardo più attento, se necessità rimanda al vocabolo latino *necessitas*, e, dunque, ad un evento inevitabile o ineluttabile, emergenza può ricondursi, piuttosto, al latino *emergere*, e, dunque, ad un qualcosa che emerge e si distingue come differente²⁴. In tal

²¹ S. Romano ritiene tale classificazione impropria, dal momento «che la misura dello stato d'assedio è emanazione di norme giuridiche, esercizio di funzione legislativa», pertanto «lo Stato non ha nessun diritto subiettivo da esercitare contro quello dei cittadini, se non se lo attribuisce con una nuova norma». Secondo l'Autore, una necessità intesa come conflitto fra diritti soggettivi, «ad uno dei quali l'ordinamento giuridico già esistente accorda, in certe condizioni straordinarie, una prevalenza sull'altro», sarebbe accettabile nel diritto penale e nel diritto privato, in tal modo criticando l'impostazione di Ranalletti, secondo cui in uno stato di necessità si genera un conflitto fra «il diritto dello Stato, ed anzi il suo dovere fondamentale e assoluto di difendere e garantire la sua esistenza e il proprio ordine giuridico e il diritto di libertà e le gaurentigie, che l'ordine stesso riconosce a tutela degli individui», pertanto «bisogna riconoscere un vero diritto subiettivo di necessità [dello Stato], e nell'atto governativo, che ne costituisce l'esercizio, un atto pienamente legittimo». Cit. S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, cit., 360 e O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in V. E. ORLANDO, *Trattato di diritto amministrativo italiano*, vol. IV, 1ª parte, Milano, 1904, 1201 ss.

²² Cit. S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, cit., 357.

²³ *Ibidem*, 362.

²⁴ Per un approfondimento di questa analisi semantica si rimanda a V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, cit., 11-30, ma anche a M.A. CABIDDU, *Stato di eccezione*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 2010, 5-6.

senso, l'emergenza rappresenta quella situazione che si crea nell'immediatezza dell'evento straordinario, determinando la necessità di norme eccezionali che derogano ai meccanismi ordinari.

Infine, con riguardo al termine *eccezione*, è utile il richiamo alla distinzione, operata da Carl Schmitt²⁵, secondo cui l'emergenza è riconducibile ad una situazione fattuale straordinaria, benché ancora riconducibile all'ordinamento giuridico, mentre l'eccezione coincide con una situazione fattuale di intensità tale da sfuggire e travolgere il vigente ordinamento giuridico²⁶. Oltre a ciò, va aggiunto che, se l'emergenza si pone con riguardo alla sola durata temporale coincidente con l'immediatezza dell'evento straordinario, l'eccezione rappresenta una situazione di deroga o di sospensione dell'ordinamento giuridico vigente che sfugge da questa stretta delimitazione temporale.

2.1. (Segue) *Stato di necessità, stato di emergenza e stato di eccezione*

Fatta luce, se pur sommariamente, sui concetti di necessità, eccezione ed emergenza, è possibile ora procedere all'analisi dei sintagmi "stato di eccezione", "stato di necessità" e "stato d'emergenza", i quali si pongono in un rapporto di logica derivazione rispetto ai concetti poc'anzi trattati.

Nel diritto pubblico, lo "stato di necessità" attiene generalmente a situazioni di emergenza, di disordine o di pericolo generale, per far fronte alle quali l'utilizzo degli strumenti giuridici ordinari si rende inadeguato e si dispone il ricorso a provvedimenti straordinari, i quali possono comportare una maggior coercizione e alcune restrizioni ai diritti e alle libertà individuali²⁷. Se «questo stato di necessità, che è presupposto della norma [straordinaria] e insieme dello stato d'assedio, cui quest'ultima si vuole applicare», «fa nascere il diritto soggettivo dello Stato di emanare le disposizioni in cui lo stato d'assedio si concreta»²⁸, lo stato di necessità può essere considerato non tanto come una fonte del diritto, bensì come la fonte da cui deriva l'eccezione e, di conseguenza, lo stato di eccezione è reputato in grado di fondare un nuovo ordinamento giuridico legittimo, proprio in quanto derivante dalla necessità. Ma provando a spingersi oltre, sotto altro punto di vista, lo stato di necessità rappresenta una situazione preliminare,

²⁵ Il richiamo è alle due opere fondamentali in materia dell'Autore: C. SCHMITT, *Die Diktature*, München-Leipzig, 1921, trad. it., *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Bari, 1975 e C. SCHMITT, *Politische Theologie*, München, 1922, trad. it., *Teologia politica*, Bologna, 1972.

²⁶ In tal senso anche R. RAVI PINTO, *Brevi considerazioni su stato d'emergenza e stato costituzionale*, in *BioLaw Journal*, fasc. n. 2, 2020, 44.

²⁷ P.G. GRASSO, *Necessità (stato di) (diritto pubblico)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVII, Milano, 1977, 866.

²⁸ Cit. S. Romano, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, cit., 354.

dalla quale deriva l'esigenza di adottare misure straordinarie, dalla cui natura e dai cui criteri direttivi deriva lo stato di emergenza o lo stato di eccezione. In altre parole, a seconda che le misure che concretamente vengono adottate sulla base della necessità si pongano all'interno oppure oltre l'ordinamento vigente, lo stato di necessità sfocia nello stato di emergenza o nello stato di eccezione.

Stante il carattere generale e preliminare dello stato di necessità nel diritto pubblico, è necessario ai nostri fini, invece, distinguere lo stato di eccezione dallo stato di emergenza.

Al fine di comprendere un sintagma di difficile classificazione, come quello di "stato di eccezione", è necessario prendere le mosse dalle elaborazioni rese sul tema da Carl Schmitt. In *La dittatura* e, successivamente, in *Teologia politica*, l'Autore si pone l'obiettivo di ricomprendere lo stato di eccezione all'interno del diritto, superando la concezione secondo la quale, trattandosi di una sospensione dell'ordinamento giuridico, esso dovesse ricondursi ad una dimensione extra-giuridica²⁹. Nella prima delle due opere citate, lo stato di eccezione rappresenta un'espressione della dittatura, la quale viene distinta in *dittatura commissaria*, che ha la funzione di difendere o restaurare l'ordinamento vigente, e in *dittatura sovrana*, la quale mira all'instaurazione di un nuovo ordinamento giuridico. La dittatura commissaria si caratterizza per la sospensione dell'attuazione concreta delle norme, le quali comunque rimangono formalmente vigenti. «Sul piano della teoria, la dittatura commissaria si lascia così sussumere integralmente nella distinzione fra la norma e le regole tecnico-pratiche che presiedono alla sua attuazione»³⁰, pertanto, in tal caso, al fine di ricondurre tale concetto all'interno del mondo giuridico, Schmitt distingue tra norme del diritto e norme di attuazione del diritto. La dittatura sovrana, invece, si differenzia nettamente dalla precedente, dal momento che essa non mira a sospendere l'attuazione concreta delle norme, ma a realizzare un nuovo ordine giuridico. In questo secondo caso, al fine di ricondurre la dittatura sovrana all'interno del mondo giuridico, l'Autore distingue tra potere costituente e potere costituito, assumendo una rilevanza decisiva la forza fondativa del potere costituente, che «pur non essendo costituito in virtù di una costituzione, ha con ogni costituzione vigente un nesso tale da apparire come potere fondante»³¹.

In "Teologia politica", invece, Schmitt distingue tra norma e decisione. L'Autore, infatti, sostiene che il diritto si componga di questi due elementi, i quali, in una situazione ordinaria, tendono a coesistere, in un equilibrio bilanciato in favore della norma, capace di ridurre al minimo lo spazio della decisione.

²⁹ Analoghe considerazioni in G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003, 45, e R. SIMONCINI, *Un concetto di diritto pubblico: lo "stato di eccezione" secondo Giorgio Agamben*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 8, 2008, 199.

³⁰ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 46.

³¹ C. SCHMITT, *La dittatura*, cit., 137.

Senonché, è l'intervento dello stato di eccezione che rompe lo *status quo*³², separando la norma dalla decisione, la quale diviene un elemento autonomo a scapito della norma, che resta quasi del tutto annullata, rivelando «in assoluta purezza un elemento formale specificamente giuridico: la decisione»³³. In altre parole, la norma resta vigente, ma la sua attuazione è sospesa ed è privata della sua forza, venendo sostituita da atti dell'esecutivo³⁴, non dotati del valore della legge, ma che, tuttavia, ne hanno la forza e l'efficacia³⁵. Pertanto, nell'atto eccezionale, che è per sua natura svincolato dalle regole, emerge la pura decisione e, quindi, la pura forza che la porta ad esecuzione, realizzandone gli effetti³⁶. Tutto ciò, al fine di rendere possibile una normazione effettiva della situazione concreta, che non può avvenire con il mantenimento di uno stato di normalità.

Più recentemente, a tornare sul tema dello stato di eccezione è stato Giorgio Agamben³⁷. Per l'Autore, lo stato di eccezione rappresenta una sospensione totale o parziale dell'ordinamento costituzionale vigente, ad opera della stessa autorità statale che, in situazioni ordinarie, è garante della legalità e del suo rispetto³⁸. Nel riconoscere che la confusione fra atti del potere esecutivo e atti del potere legislativo rappresenti uno dei caratteri essenziali dello stato di eccezione, Agamben, tuttavia, sostiene che l'elemento fondamentale sia rappresentato dall'isolamento della *forza di legge* dalla *legge*³⁹. Di conseguenza, lo stato di eccezione definisce uno stato della legge in cui, da una parte, la norma mantiene il suo vigore, ma non ha forza e non si applica, mentre dall'altra, atti che non hanno il valore della legge ne acquistano la forza. In questo modo viene a crearsi una *fictio iuris* rappresentata dalla «forza di legge senza la legge»⁴⁰. Per comprendere meglio lo stato di eccezione, l'Autore richiama, inoltre, un istituto del diritto

³² Utilizzando le parole dell'Autore: «Come, nel caso normale, il momento autonomo della decisione può essere ridotto a un minimo, nel caso di eccezione, la norma viene annullata. Tuttavia anche il caso di eccezione resta accessibile alla conoscenza giuridica, perché entrambi gli elementi, la norma come la decisione, rimangono nell'ambito del giuridico». Cit. C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., 19.

³³ Cit. *ibidem*, *ivi*.

³⁴ Secondo Schmitt «il sovrano sta fuori dell'ordine giuridico normalmente valido e, tuttavia, appartiene ad esso, perché è responsabile per la decisione se la costituzione possa essere sospesa in toto» ed è, pertanto, espressione della pura decisione e, dunque, il titolare del potere di emanare gli atti aventi la stessa forza-efficacia della legge. Cit. C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., 13.

³⁵ In tal senso vedasi anche R. SIMONCINI, *Un concetto di diritto pubblico: lo "stato di eccezione" secondo Giorgio Agamben*, cit., 201.

³⁶ F. RIMOLI, *Stato di eccezione e trasformazioni costituzionali: l'enigma costituente*, in *associazioneitalianacostituzionalisti.it*, 2007.

³⁷ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit.

³⁸ R. SIMONCINI, *Un concetto di diritto pubblico: lo "stato di eccezione" secondo Giorgio Agamben*, cit., 198-199.

³⁹ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 51-52.

⁴⁰ *Ibidem*, 52.

romano reputato essere l'archetipo dell'odierno stato di eccezione: il *iustitium*. Infatti, in caso di grave pericolo per la Repubblica, il Senato emetteva un *senatus consultum ultimum*, con il quale si chiedeva ai consoli e, nei casi limite, ad ogni cittadino, di adottare qualsiasi misura, anche contraria alla legge, ritenuta necessaria per la salvezza dello Stato. Questo senatoconsulto si emanava sulla base di un decreto che dichiarava il *tumultus*, ossia una situazione di emergenza dovuta ad una guerra esterna, ad una guerra civile o ad una insurrezione, attraverso il quale si consentiva l'adozione di misure eccezionali⁴¹. Questo procedimento, di norma, culminava con la proclamazione di un *iustitium*, implicante la sospensione dell'intero ordinamento giuridico, al fine di preservarne l'esistenza⁴². Mediante l'analisi di questo istituto, Agamben giunge a sostenere che lo stato di eccezione non possa essere ricondotto al concetto di dittatura e che esso rappresenti più propriamente uno spazio vuoto del diritto⁴³. L'Autore, infine, perviene alla conclusione che il sistema giuridico occidentale si fondi su una struttura doppia, formata da due elementi fra loro eterogenei, benché coordinati: uno normativo e giuridico in senso stretto ed uno anomico e metagiuridico. Il primo elemento necessita del secondo per potersi applicare, ma il secondo può emergere solo in caso di sospensione del primo. Fintantoché questi permangono correlati, ma concettualmente, temporalmente e soggettivamente distinti, la loro relazione, anche se fondata su una *factio iuris*, può funzionare. Ma nel momento in cui essi tendano a coincidere in una sola persona e lo stato di eccezione divenga la regola, allora «il sistema giuridico-politico si trasforma in una macchina letale»⁴⁴.

Alla luce di ciò, se l'eccezione è la fuoriuscita dal perimetro posto dalla regola, lo stato di eccezione è quella situazione non regolata dalle norme vigenti dell'ordinamento, il quale risulta sospeso per decisione di chi detiene il potere di decidere sullo stato di eccezione stesso. Questo si presenta, così, come una fase necessariamente di passaggio tra un ordinamento non più vigente ed uno ancora da attuare, collocata all'interno del mondo giuridico in quanto retta dal diritto, che non è più l'insieme di norme vigenti nell'ordinamento sospeso, ma che coincide con la volontà di chi ha il potere di decidere sullo stato di eccezione. E tale volontà non può che tendere alla creazione di un nuovo ordinamento giuridico, che può anche apparire identico a quello precedentemente sospeso, ma rispetto al quale sarà inevitabilmente altro, in quanto basato sulla decisione fondativa di chi ha deciso sullo stato di eccezione, ossia su un nuovo e differente momento genetico.

⁴¹ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 55-56 e *Amplius* A. NISSEN, *Das Iustitium, Eine Studie aus der römischen Rechtsgeschichte*, Leipzig, 1877, 76.

⁴² G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 56 e *Amplius* A. ORMANNI, *Necessità (stato di)*, (*dir. rom.*), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVII, Milano, 1977, 822 ss.

⁴³ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 66-67.

⁴⁴ *Ibidem*, 109-110.

Lo stato d'emergenza, invece, condivide lo stesso fine dello stato d'eccezione, ossia la conservazione del gruppo sociale di riferimento, ma i due concetti si articolano in modo differente. Ancora una volta, è d'obbligo il richiamo alla distinzione, operata da Carl Schmitt, fra dittatura commissaria e dittatura sovrana. Infatti, la prima, che, come detto, è finalizzata a difendere o restaurare l'ordinamento vigente mediante la sospensione dell'attuazione concreta delle norme, le quali comunque rimangono formalmente vigenti, «sospende in concreto la costituzione per difenderne l'esistenza»⁴⁵ ed è riconducibile allo stato d'emergenza. In tal caso, infatti, il *dictator*, che agisce mediante il ricorso a strumenti *extra ordinem*, si trova comunque ad operare sulla base di un potere derivante dall'ordinamento stesso, rimanendosi, pertanto, all'interno del sistema giuridico vigente. La dittatura sovrana, invece, come detto, mira all'instaurazione di un ordine giuridico nuovo, ed è riconducibile più propriamente allo stato d'eccezione, che assume forza costituente ponendosi all'esterno dell'ordinamento giuridico vigente⁴⁶. In altre parole, lo stato d'emergenza si pone sempre all'interno dell'ordinamento giuridico esistente, rimanendo, pertanto, sempre e comunque vincolato alle regole fondamentali dello stesso, che, conseguentemente, non può essere interamente sospeso. Ciò, a differenza di quanto accade per lo stato d'eccezione, che, invece, è svincolato dal rispetto delle regole fondanti dell'ordinamento giuridico di riferimento, dal momento che si pone all'esterno, o, più propriamente, oltre, rispetto a quest'ultimo⁴⁷. Non solo, stante le considerazioni riguardanti i concetti di emergenza ed eccezione, lo stato d'emergenza non può che porsi come una situazione assolutamente transitoria e finalizzata al superamento della fase critica immediatamente successiva all'emersione del fatto straordinario, mediante il ricorso a strumenti derogatori dell'ordinamento vigente. Lo stesso non può dirsi per lo stato di eccezione, il quale è svincolato dalla stretta temporaneità che caratterizza l'emergenza e che può andare oltre la semplice deroga, passando alla sospensione dell'intero ordinamento vigente. Pertanto, uno stato d'emergenza che si protraesse nel tempo in modo indefinito, diverrebbe inevitabilmente altro, rischiando di trasformarsi in eccezione e, quindi, in una sospensione dell'ordinamento giuridico vigente, ossia in un qualcosa di non compatibile con lo stato d'emergenza e con l'assetto di un sistema giuridico democratico, che «si richiama non ad una costituzione già in vigore, ma ad una ancora da attuare»⁴⁸.

⁴⁵ C. SCHMITT, *La dittatura*, cit., 136.

⁴⁶ Analoghe considerazioni si ravvisano in R. RAVI PINTO, *Brevi considerazioni su stato d'emergenza e stato costituzionale*, cit., 43-44.

⁴⁷ In tal senso anche E. SCODITTI, *Il diritto iperbolico dello stato di emergenza*, in *Questione giustizia.it*, n. 2, 2020, secondo cui «l'eccezione è un fatto che fuoriesce dalla regola, l'emergenza è un fatto cui la regola collega determinate conseguenze giuridiche», ma anche R. RAVI PINTO, *Brevi considerazioni su stato d'emergenza e stato costituzionale*, cit., 47, per il quale «nello stato d'eccezione invece, il caso critico sfugge di mano e la risoluzione, che avviene al di fuori della costituzione vigente, coincide con un nuovo posizionamento (o un riposizionamento) assiologico».

⁴⁸ Cit. C. SCHMITT, *La Dittatura*, cit., 17.

3. *Emergenza ed eccezione nell'ordinamento giuridico repubblicano*

Un sistema giuridico democratico e costituzionale, quale quello odierno in Italia, non è compatibile con uno stato di eccezione che sospenda l'ordinamento vigente, inteso come uno spazio senza diritto, in cui l'unica fonte diviene la volontà politica del sovrano. Infatti, lo Stato democratico costituzionale si fonda su valori e principi che sono irrinunciabili, tanto in situazioni ordinarie, quanto più in situazioni straordinarie, pena il rischio che si trasformi in altro, ossia in un sistema giuridico opposto a quello vigente⁴⁹. Pertanto, in un quadro di questo tipo, può ammettersi soltanto uno stato d'emergenza regolato dal diritto e, pertanto, all'interno dell'ordinamento giuridico, benché ai suoi confini più remoti. Questo non può che rimanere conforme ai principi generali dell'ordinamento giuridico cui si riferisce e deve assumere necessariamente un carattere temporaneo, in relazione alla necessità di un ritorno allo stato di normalità.

A differenza di quanto avviene in altri ordinamenti⁵⁰, la Costituzione italiana non prevede espressamente una norma generale sullo stato d'emergenza⁵¹.

⁴⁹ In tal senso si vedano G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit., ma anche R. RAVI PINTO, *Brevi considerazioni su stato d'emergenza e stato costituzionale*, cit., 46 ss.

⁵⁰ Si pensi all'art. 16 della Costituzione francese, secondo cui «Quando le istituzioni della Repubblica, l'indipendenza della Nazione, l'integrità del territorio o l'esecuzione degli impegni internazionali sono minacciati in maniera grave ed immediata e il regolare funzionamento dei poteri pubblici costituzionali è interrotto, il Presidente della Repubblica adotta le misure richieste dalle circostanze dopo aver ufficialmente consultato il Primo ministro, i Presidenti delle assemblee ed il Presidente del Consiglio costituzionale», ma anche all'art. 116 della Costituzione spagnola, in cui, al primo comma, si legge che «Una legge organica regolerà gli stati di allarme, di eccezione e di assedio, le competenze e le limitazioni corrispondenti».

⁵¹ Si tratta di una scelta chiara e consapevole del Legislatore costituente, deciso a non ripetere l'errore rappresentato dall'art. 48 della Costituzione di Weimar, che favorì l'ascesa del regime nazista in Germania. Peraltro, la mancanza di una disciplina costituzionale dell'emergenza ha portato la recente dottrina ad interrogarsi sul fondamento della normativa emergenziale. Secondo alcuni Autori, infatti, tale fondamento è da ricercarsi al di fuori della Carta costituzionale, e più precisamente nella necessità prodotta dall'emergenza stessa, tale da legittimare deroghe alle norme costituzionali vigenti tramite lo strumento, da considerare *extra ordinem*, del decreto-legge. Secondo altri Autori, invece, il fondamento della normativa emergenziale è comunque da rinvenirsi all'interno della Costituzione e, più in particolare, nei principi del *primum vivere* e della *salus rei publicae*, positivizzati nell'art. 5 sulla indivisibilità della Repubblica, nell'art. 87 sulla unità nazionale, ma anche negli artt. 7, 10, 11 e 139 sulla intangibilità dei principi fondamentali della Carta, e il suo perimetro di azione deve comunque svolgersi nel rispetto del sistema gerarchico delle fonti. Del primo orientamento, V. BALDINI, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, in www.dirittifondamentali.it, fasc. n. 1, 2020, 893 ss.; sulla capacità del decreto-legge di derogare alle norme costituzionali vigenti, si veda F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in www.federalismi.it, 22 aprile 2020. Sul fondamento costituzionale della normativa emergenziale, si veda M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 113, mentre sulla sua riconducibilità all'interno del sistema gerarchico delle fonti, si veda A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in www.rivistaaic.it, fasc. n. 2, 2020, 560.

Ciononostante, essa non è sprovvista di strumenti di natura straordinaria, che, nelle intenzioni del Costituente, fossero idonei a fronteggiare quelle situazioni eccezionali, tali da sfuggire ad una regolamentazione ordinaria.

Il richiamo è agli articoli 77 e 78. Quest'ultimo, prevede la situazione più eccezionale in assoluto, ossia la guerra, e regola la delibera dello stato di guerra, assunta dalle Camere, le quali conferiscono al Governo i poteri necessari per fronteggiare l'evento concreto⁵². L'art. 77, invece, disciplina il decreto-legge, ossia un atto avente forza di legge, adottato dal Governo nei «casi straordinari di necessità ed urgenza», il quale deve essere necessariamente trasmesso alle Camere per la sua conversione in legge entro 60 giorni⁵³. Tuttavia, quello che nell'impianto costituzionale doveva essere uno strumento straordinario, oggi ha mutato completamente la sua natura. Infatti, mediante il ricorso ad interpretazioni particolarmente estensive⁵⁴, il presupposto dei «casi straordinari di necessità ed urgenza» ha assunto un carattere meramente politico, trasformando il decreto-legge in un atto di legislazione ordinaria⁵⁵, anticipatore del contenuto delle

⁵² In dottrina si è dubitato che l'attribuzione dei poteri necessari al Governo in caso di guerra possa rappresentare uno strumento straordinario, dal momento che, formalmente, sembra essere più uno strumento riconducibile alla delegazione legislativa ordinaria. A tal riguardo, si vedano L. ROSSI, *Pieni poteri*, in *Nuovo dig. it.*, vol. XVII, Torino, 1939, 1122 ss.; G. FERRARI, *Guerra (stato di) (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, 816 ss.; P. G. GRASSO, *Pieni poteri*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1976, 611 ss.; M. SCUDIERO, *Aspetti dei poteri necessari per lo stato di guerra*, Napoli, 1969, 77 ss.

⁵³ Va detto che, nel progetto iniziale di Costituzione, predisposto dalla Commissione dei 75, in seno all'Assemblea costituente, il decreto-legge non era menzionato, prevedendosi soltanto il decreto legislativo, quale atto normativo del Governo. Successivamente, considerando la sua sostanziale insopprimibilità, si optò per una sua previsione e regolazione a livello costituzionale, al fine di poterne meglio circoscrivere e limitare l'utilizzo. L'odierno testo dell'art. 77 è il frutto soprattutto dell'emendamento aggiuntivo Codacci-Pisanelli e dell'emendamento Tosato. Il primo collocò i decreti-legge allo stesso livello gerarchico delle leggi formali, seppur dotandoli di un'efficacia temporanea di 60 giorni, mentre il secondo introdusse la decadenza "sin dall'inizio" dei decreti non convertiti in legge dal Parlamento entro 60 giorni dalla loro pubblicazione. A tal riguardo, si vedano gli Atti dell'Assemblea costituente, su www.legislature.camera.it, in particolare le sedute del 21 settembre 1946 e del 16 e 17 ottobre 1947.

⁵⁴ In sede di discussione in Assemblea costituente, circa i presupposti per il ricorso allo strumento del decreto-legge, vi furono proposte volte a prevedere casi tassativi per la sua emanazione. Tuttavia, vista la difficoltà di individuare e classificare casi tassativi, si optò per il ricorso alla clausola generale dei «casi straordinari di necessità ed urgenza», lasciando così alla dottrina e alla giurisprudenza il compito della sua interpretazione. Da qui le interpretazioni estensive di cui si è fatto cenno. Tali interpretazioni si basavano, tra l'altro, anche sulle considerazioni di Esposito, che distingueva tra una necessità assoluta ed una relativa, nonché tra una oggettiva ed una soggettiva, estrapolandole, tuttavia, dal loro peculiare contesto, caratterizzato dalla premessa secondo la quale il decreto-legge fosse un atto geneticamente illegittimo ed illecito, sino a quando non venisse convertito in legge dal Parlamento. A tal riguardo, si veda C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Roma, 1962, 832 ss.

⁵⁵ Si pensi che dai 29 decreti-legge emanati nel corso della I Legislatura, aumentati a 60 nella

successive leggi di conversione. In tal modo, il decreto-legge rappresenta oggi uno strumento assolutamente ordinario che di straordinario mantiene soltanto il suo procedimento di adozione⁵⁶, ed in quanto tale, è divenuto inidoneo a far fronte a situazioni emergenziali⁵⁷.

La peculiare evoluzione del decreto-legge ha prodotto la necessità di ricorrere ad uno strumento più rapido ed elastico per gestire l'emersione di un fatto imprevisto ed imprevedibile nella sua immediatezza. Così, tale strumento è stato ricercato al di fuori delle fonti di livello primario, evitando le lungaggini procedurali previste per gli atti di carattere legislativo, e individuato nelle ordinanze c.d. libere o *extra ordinem*⁵⁸. Senonché, queste ultime, a differenza dei decreti-legge – atti di rango primario – sono atti formalmente amministrativi, di natura sostanzialmente normativa⁵⁹, rientranti, pertanto, fra le fonti di livello

seconda e diminuiti a 30 nella terza, si arriva ai 302 emanati nella nona e ai 466 della decima. Nel solo anno 1996 vennero emanati 361 decreti-legge, i quali, a fronte di una produzione di 533 atti aventi forza di legge (di cui 133 leggi e 39 decreti legislativi), divennero la principale fonte di produzione legislativa.

⁵⁶ In tal senso L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 243.

⁵⁷ Per l'analisi approfondita del peculiare strumento del decreto-legge, nonché della sua evoluzione, si vedano, tra i molti: A. CELOTTO e E. DI BENEDETTO, *Art. 77*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario Costituzione*, vol. II, 2006, 1506-1530; A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge*, Milano, 2003; F. SORRENTINO e G. CAPORALI, *Legge (atti con forza di)*, in *Digesto Disc. Pubbl.*, vol. IX, Torino, 1994, 123 ss.; M. S. CICONETTI, *Nuovi elementi in tema di reiterazione di decreti-legge*, *Giur. cost.*, vol. II, 1989, 1467 ss.; G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto legge*, Padova, 1989; F. MODUGNO, *Atti normativi*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. III, Roma, 1988; G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1987, 174 ss.; M. RAVERAIRA, *Il problema del sindacato di costituzionalità sui presupposti della "necessità ed urgenza" dei decreti-legge*, in *Giur. cost.*, 1982, 1444 ss.; A. PIZZORUSSO, *I controlli sul decreto-legge in rapporto al problema della forma di governo*, in *Politica del diritto*, 1981, 301 ss.; G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Uso e abuso del decreto-legge*, in *Diritto e società*, 1978, 241 ss.; L. PALADIN, *Art. 77*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1977, 56 ss.; F. CAZZOLA, A. PREDIERI e G. PRIULLA, *Il decreto legge fra Governo e Parlamento*, Milano, 1975; V. DI CIULO, *Questioni in tema di decreti-legge*, Milano, 1970; C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit.

⁵⁸ Le ordinanze *extra ordinem* sono una delle quattro categorie giuridiche in cui si esperiscono i poteri emergenziali. La prima categoria è rappresentata dagli studi sul diritto non scritto e dalle elaborazioni sul potere costituente, in cui è emersa la distinzione tra fenomenologia giuridica della rivoluzione o del colpo di stato. La seconda riguarda la sospensione dei diritti costituzionali, da ricollegarsi con le elaborazioni sullo Stato di assedio interno o civile, dichiarato dal governo per controllare gli scontri politico-sociali e per gestire le emergenze derivanti da fenomeni naturali. La terza categoria, invece, riguarda la decretazione d'urgenza e i poteri straordinari affidati al governo in caso di guerra. Infine, come detto, la quarta categoria concerne le c.d. ordinanze *extra ordinem* o contingibili ed urgenti. A tal riguardo, si veda R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, fasc. n. 4, 2005, 777 ss.

⁵⁹ In tal senso M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. cass. civ.*, vol. XXVII, I quadr., 1948, 398, ora in *Scritti*, vol. II, Milano, 2002, 957, secondo il quale si tratta di «atti normativi creativi di *jus* singolare, [che] hanno la figura formale di atti amministrativi, ma la loro sostanza è quella dell'atto normativo». Peraltro, in un'opera successiva, lo stesso Autore

secondario. A tali ordinanze si attribuisce il predicato *libere*, in quanto rappresentano provvedimenti in grado di derogare al principio di tipicità, sicché, in quanto tali, non corrispondono ad atti tipizzati dalla legge e, tanto meno, ad atti dotati di un contenuto tipico⁶⁰. Tale deroga al principio di tipicità prende le mosse dalla eccezionalità delle situazioni emergenziali nelle quali queste ordinanze sono chiamate ad operare, ossia situazioni tali da sfuggire ad una disciplina *ex ante*, per le quali si affida all'amministrazione un potere discrezionale nell'adozione della misura più adatta allo scopo perseguito. In altre parole, questa deroga si basa sull'impossibilità di affrontare situazioni eccezionali con il ricorso a provvedimenti tipizzati⁶¹. L'aspetto più significativo di tali ordinanze, tuttavia, è quello di poter derogare alle disposizioni di legge vigenti, ed è proprio alla luce di tale aspetto, che assumono la denominazione di ordinanze *extra ordinem*, anche se da

propendeva per la natura di atti amministrativi in capo a tali ordinanze, affermando che «le ordinanze d'urgenza sono provvedimenti amministrativi che, in quanto previsti dalle norme, stanno nel principio di legalità, ma costituiscono un'eccezione rispetto al principio di tipicità». Cit. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, vol. I, 270. Nello stesso senso: G.U. RESCIGNO, *Ordinanze e provvedimenti di necessità e di urgenza*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XII, Torino, 1965, 93 ss., e successivamente in Id., *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 *Giur. cost.*, 1995, 2185 ss., in cui, tuttavia, l'Autore arriva ad ammettere che «le ordinanze di necessità e urgenza se generali ed astratte sono sul piano concettuale atti normativi» (2196); R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 53, secondo cui osta alla normatività di tali ordinanze la loro temporaneità e l'inattitudine a produrre effetti permanenti; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009, 305 ss., il quale esclude espressamente la possibilità di annoverare tali atti tra le fonti del diritto, in quanto inidonei ad innovare stabilmente l'ordinamento giuridico; A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna, 2018. Altra parte della dottrina è, invece, giunta ad ammettere la natura normativa delle ordinanze *extra ordinem*. M. SCUDIERO, *In tema di ordinanze prefettizie ex art. 2 t.u.l.p.s. e libertà costituzionali*, in *Foro pen.*, 1962, 105 ss., secondo il quale a tali ordinanze è possibile riconoscere una funzione di integrazione del sistema normativo; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, 317 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 67 ss.; F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Torino, 2005, 82 ss., secondo il quale, tali ordinanze, dotate della forza di legge, pur non avendone il valore, sono da considerare atti normativi «in quanto pongono prescrizioni ripetibili o che incidono su prescrizioni già di per sé dogmaticamente considerate normative» (82-83); G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze a natura normativa*, in *Dir. Amm.*, 2016, 33 ss.; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, 90, secondo cui «le ordinanze hanno di regola natura non normativa anche quando si rivolgono a categorie più o meno ampie di destinatari. [...] Tuttavia ove la situazione di emergenza tenda a protrarsi, le ordinanze acquistano inevitabilmente anche un carattere di astrattezza e perdono quello della temporaneità»; E. C. RAFFIOTTA, *Le ordinanze emergenziali nel diritto comparato*, in *Riv. AIC*, n. 3, 2017, 1 ss. e Id., *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2019, secondo il quale «nonostante le ordinanze emergenziali presentino una forma amministrativa, la loro natura è sostanzialmente normativa» (248).

⁶⁰ In tal senso G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze a natura normativa*, cit., 33 ss. e A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 67 ss.

⁶¹ In tal senso G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze a natura normativa*, cit., 38.

parte della dottrina quest'ultima è stata ritenuta impropria⁶². Da ciò emerge che tali atti non sono soltanto l'espressione di un potere straordinario, ma anche e soprattutto derogatorio⁶³. Ed è proprio da tale capacità derogatoria che deriva la distinzione tra atti necessitati ed ordinanze necessitate. Se, infatti, comune ad entrambi i provvedimenti è il presupposto dell'urgenza, «le funzioni relative all'emanazione di atti amministrativi di urgenza hanno carattere normale e ordinario; quelle relative all'emanazione di ordinanze hanno carattere eccezionale e straordinario». Pertanto, i primi sono strumenti previsti per fronteggiare situazioni «eccezionali in senso temporale», mentre le seconde sono volte a provvedere in «situazioni eccezionali in senso giuridico», per le quali si rendono necessarie delle deroghe alle norme di legge vigenti, non più idonee a regolare il caso concreto⁶⁴. Non solo, se nel primo caso si tratta di atti «emessi in attuazione di norme che ne prefissano il contenuto», le ordinanze necessitate sono, invece, espressione «di poteri soltanto genericamente prefigurati dalle norme che li attribuiscono e perciò suscettibili di assumere vario contenuto, per adeguarsi duttilmente alle mutevoli situazioni»⁶⁵.

La deroga alla norma di legge è contenuta nella fonte primaria che autorizza l'ordinanza a sostituirla. Pertanto, si ottiene una “disapplicazione” temporanea della legge vigente, il cui vuoto viene riempito dall'ordinanza per il periodo di tempo strettamente necessario al superamento della situazione emergenziale⁶⁶. In tal senso, la norma di legge vigente diviene “cedevole” nei confronti di un atto secondario, e tale cedevolezza si ritiene compatibile costituzionalmente alla luce dello stato di necessità⁶⁷, il quale assume il significato di valore costituzionale essenziale ed imprescindibile, che va oltre gli articoli 77 e 78 Cost., e con il quale si richiede all'amministrazione di adottare provvedimenti immediati, mirati e specifici, non adottabili attraverso il solo strumento della legge. In particolare, in tal caso ci si trova dinanzi ad una doppia necessità, alla quale corrisponde un duplice bilanciamento degli interessi in gioco nel caso specifico. La prima è una necessità astratta che si pone a fondamento della legge che dispone il potere di

⁶² Il riferimento è soprattutto a L. Paladin, il cui assunto probabilmente si basava sul fatto che tali ordinanze rientrano pacificamente all'interno dell'ordinamento giuridico, mentre tale denominazione ne farebbe supporre una estraneità. Per approfondire la questione L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 53 e G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze a natura normativa*, cit., 38.

⁶³ Così M. RAMAJOLI, *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. I, 2005, 738.

⁶⁴ M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. cass. cin.*, vol. XXVII, I quadr., 1948, 393, ora in *Scritti*, vol. II, Milano, 2002, 952.

⁶⁵ V. sentenza Corte costituzionale 4 gennaio 1977, n. 4.

⁶⁶ A tal riguardo, G. MORBIDELLI, in *Delle ordinanze a natura normativa*, cit., 59 afferma che «è la stessa legge abilitativa che contiene una “autorottura” o meglio una rottura della fonte cui appartiene (e delle fonti subordinate) consentendo espressamente o per implicito la deroga».

⁶⁷ In tal senso G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze a natura normativa*, cit., 65.

ordinanza; la seconda, invece, è valutata in concreto, in sede di azione amministrativa quando si devono individuare le misure più idonee da adottare e tra esse, in particolare, quelle che necessitano di derogare alla legge vigente⁶⁸. In tal modo, la necessità non rappresenta tanto una fonte di produzione del diritto, come indicato da Santi Romano, bensì, più propriamente, una fonte sulla produzione, qualificando il fatto straordinario e rappresentando il presupposto per il ricorso a strumenti derogatori dell'ordinamento vigente⁶⁹. Tale necessità, però, oltre ad essere il presupposto ed il fondamento del potere di ordinanza, ne rappresenta anche il limite.

Data la potenziale "pericolosità" di questi provvedimenti, la Corte costituzionale è intervenuta più volte per regolare e ricondurre nell'alveo della legittimità costituzionale la materia. Dapprima, con la sentenza del 2 luglio 1956, n. 8, inerente al giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 2 della l. di p.s. 18 giugno 1931, n. 773⁷⁰, la Corte costituzionale, rilevando che «da disposizione di cui trattasi deve essere interpretata, al fine di accertarne la legittimità costituzionale, non nel sistema in cui essa storicamente ebbe nascita, bensì [nell']attuale sistema nel quale vive», e sulla base di una giurisprudenza che «nell'ultimo decennio può dirsi costante», ha stabilito che tali ordinanze hanno carattere amministrativo⁷¹. Da ciò deriva, innanzitutto, che queste non possano mai abrogare la legge ordinaria, ma che possano derogarvi soltanto in quanto autorizzate a farlo da una norma di rango primario⁷². Non solo, dal carattere amministrativo di tali provve-

⁶⁸ *Ibidem*, 66 ss., ma analogamente anche G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953, 195.

⁶⁹ A ritenere che la necessità non rappresenti una fonte di produzione si vedano G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze a natura normativa*, cit., 66 ss., ma anche A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964, 72-73, M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1970, 577-578, nonché V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, cit., 107-108. Infine, degna di nota è l'impostazione di L. GALATERIA, in *I provvedimenti amministrativi d'urgenza. Le ordinanze*, Milano, 1953, 75-76, secondo cui lo stato di necessità funge da presupposto, fatto di legittimazione e motivo del ricorso a strumenti derogatori.

⁷⁰ Avente ad oggetto le ordinanze prefettizie, e secondo il quale «il prefetto, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, ha facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica». La questione di legittimità costituzionale di tale norma si basava sull'asserito contrasto con gli articoli 76 e 77 Cost., alla luce di una loro supposta concezione normativa, prevalente nella dottrina dell'epoca.

⁷¹ Con riguardo a tale sentenza, si vedano G. TREVES, *La costituzionalità dei provvedimenti amministrativi di necessità ed urgenza*, in *Giur. cost.*, 1956, 994 ss e V. CRISAFULLI, *Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune*, in *Giur. it.*, vol. I, 1956, 683 ss. Ma anche M.S. GIANNINI, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in *Giur. cost.*, 1956, 902 ss. e V. CRISAFULLI, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 1956, 928 ss.

⁷² A tal riguardo, è utile il richiamo a G. TREVES, *La costituzionalità dei provvedimenti amministrativi di necessità ed urgenza*, cit., 997, secondo cui «come la legge derogata non diventa un atto amministrativo, così il provvedimento dell'amministrazione, che può legittimamente discostarsi

dimenti derivano necessariamente ulteriori canoni, che la Corte indica espressamente, «ponendo un precedente che potrebbe rivelarsi saggio»⁷³, come l'efficacia limitata nel tempo, in relazione alla necessità ed all'urgenza del caso specifico, l'obbligo di una adeguata motivazione e di un'efficace pubblicazione, a meno che non si tratti di provvedimenti a carattere individuale, i quali, tuttavia, potrebbero già ricavarsi dall'ordinamento vigente e a cui potrebbero aggiungersi quelli di un'istruttoria completa e l'obbligo della comunicazione⁷⁴. A tali limiti, dal carattere fondamentalmente amministrativo, infine, se ne aggiunge un altro, ispirato più alla coerenza del sistema costituzionale e allo spirito della Costituzione stessa, ossia «da conformità del provvedimento stesso ai principii dell'ordinamento giuridico», la cui individuazione, tuttavia, è rimessa alla sensibilità dell'interprete.

Da ciò emergono delle «ordinanze» intese come atti amministrativi del tutto peculiari: «limitati [...] dalle norme costituzionali; illegittimi se e quando pretendano incidere nelle sfere di libertà costituzionalmente garantite [...] imponendo limiti, deroghe, divieti, che non risultino di volta in volta consentiti nelle rispettive disposizioni della Costituzione» e limitati dal divieto di sostituirsi alla legge, nelle ipotesi in cui la Costituzione riserva ad essa di intervenire validamente⁷⁵.

A tale sentenza segue un'interpretazione delle Sezioni Unite della Cassazione, secondo cui il citato art. 2, oggetto della valutazione da parte del Giudice delle leggi, renderebbe legittimo il ricorso al potere di ordinanza anche in deroga a principi costituzionali ed in materie coperte da riserva di legge, con particolare riferimento al «diritto della libertà di stampa [che] si affievolisce in un interesse legittimo»⁷⁶.

Così, l'art. 2 torna nuovamente dinanzi alla Corte costituzionale, ma questa volta non solo per l'asserito contrasto con gli artt. 76 e 77, ma anche con l'art. 70 Cost., «che serve molto bene a compendiare la censura di contrasto con le norme istitutive di riserve di legge, poiché dall'art. 70 risulta che cosa sia "legge", nel senso restrittivo, proprio ed antonomastico dell'espressione»⁷⁷. Nella relati-

dalla regolamentazione posta da una norma di legge formale, non ne acquista per ciò soltanto la forza specifica», ossia la sua possibilità «di abrogare le leggi formali precedenti e di non essere abrogata se non da leggi formali successive».

⁷³ Cit. *Ibidem*, 1000.

⁷⁴ In tal senso *Ibidem*, 996 ss.

⁷⁵ V. CRISAFULLI, *Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune*, cit., 683 ss.

⁷⁶ Il passo riportato è ripreso dalla massima della Corte di Cassazione, in relazione alla sentenza Sez. Un. 16 giugno 1958, n. 2068, pubblicato in *Giur. cost.*, 1959, 550 ss., con nota di C. MORTATI, *Effetti pratici delle sentenze interpretative della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1959, 550 ss.

⁷⁷ Cit. V. CRISAFULLI, *Il ritorno dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1961, 888.

In tal caso, la censura promossa dinanzi alla Corte non riguarda tanto la natura delle ordinanze prefettizie di cui all'art. 2, ma piuttosto la circostanza secondo la quale «non contrasterebbe, cioè, con la Costituzione l'attribuzione ad autorità amministrative di poteri di ordinanza, per

va sentenza del 27 maggio 1961, n. 26, la Corte, confermandone la natura di atto amministrativo e il necessario rispetto dei principi dell'ordinamento⁷⁸, ha precisato che le ordinanze contingibili ed urgenti non possono mai intervenire in materie coperte da riserva di legge assoluta, mentre possono farlo in quelle soggette a riserva relativa, purché la legge indichi i criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo a cui il potere di ordinanza sia stato conferito⁷⁹. Alla luce di ciò, le due sentenze citate «si presentano allora come due facce, intervallate nel tempo, di una sola ed unica soluzione della stessa questione di legittimità costituzionale»⁸⁰, in cui la seconda decisione serve a meglio puntualizzare quanto già sancito nella prima, in modo da affermare una interpretazione costituzionalmente compatibile dell'art. 2 e, conseguentemente, dello strumento delle ordinanze *extra ordinem*.

Un ulteriore intervento della Corte, infine, è rappresentato dalla sentenza del 14 aprile 1995, n. 127, questa volta con riguardo all'articolo 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225, nella parte in cui prevedeva che il potere di ordinanza potesse essere esercitato «in deroga ad ogni disposizione vigente». Nell'occasione, la Corte, affermando che «proprio il carattere eccezionale dell'autorizzazione legislativa implica, invero, che i poteri degli organi amministrativi siano ben definiti nel contenuto, nei tempi, nelle modalità di esercizio: il potere di

provvedere a situazioni di urgenza non specificamente previste perché imprevedibili. Ma contrario a Costituzione è l'ammettere che provvedimenti siffatti incidano "in senso difforme" su materie "in cui il precetto costituzionale è inderogabile anche di fronte al legislatore ordinario"; o incidano su materie coperte da riserva di legge, in senso difforme dalla legge stessa». V. CRISAFULLI, *Il ritorno dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, cit., 889.

⁷⁸ Fondamentale è il passo della sentenza in cui si legge che «la illegittimità costituzionale dell'art. 2 sussiste soltanto nei limiti in cui esso attribuisce ai prefetti il potere di emettere ordinanze senza il rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico».

⁷⁹ La decisione della Corte si pone in contrasto con chi in dottrina aveva sostenuto che tali ordinanze costituissero l'unica deroga possibile al principio della riserva di legge, da parte di un atto amministrativo dispositivo, ma anche con coloro i quali ritenevano che si trattasse più propriamente di una deroga al principio di legalità. A tale ultima conclusione, infatti, è possibile obiettare che il principio di legalità rappresenta uno dei principi generali dell'ordinamento giuridico, al cui rispetto tali ordinanze sono sempre vincolate. Nel senso degli atti di ordinanza quale deroga al principio della riserva di legge si vedano M.S. GIANNINI, *Poteri di ordinanza e atti necessitati*, cit., 338 ss., ma anche ID., *Le ordinanze dispositive della proprietà privata*, in *Giur. it.*, vol. III, 1959, 65 ss. Per gli atti di ordinanza intesi come possibile deroga al principio di legalità si vedano S. FOIS, *Ancora sulla "riserva di legge" e la libertà economica privata*, in *Giur. cost.*, 1958, 1252 ss. e ID., *"Riserva originaria" e "riserva di legge" nei principi economici della Costituzione*, *ivi*, 1960, 476 ss. Infine, con riguardo all'obiezione secondo la quale il principio di legalità rappresenti uno di quei principi generali dell'ordinamento, dai quali «i poteri di ordinanza siano sempre limitati [...] siano o non siano costituzionali», si veda V. CRISAFULLI, *Il ritorno dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, cit., 890.

⁸⁰ Cit., V. CRISAFULLI, *Il ritorno dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, cit., 896.

ordinanza non può dunque incidere su settori dell'ordinamento menzionati con approssimatività, senza che sia specificato il nesso di strumentalità tra lo stato di emergenza e le norme di cui si consente la temporanea sospensione», ha ribadito la compatibilità del potere di ordinanza con la Costituzione, ma ha anche specificato come tale potere sia soggetto ad una serie di limiti di tempo e di contenuto, tra cui la necessaria ed espressa individuazione delle principali norme a cui si intenda derogare e il motivo per il quale si intenda farlo⁸¹. Da ciò, emerge chiaramente come una rilevanza decisiva vada riconosciuta al rispetto dei principi generali dell'ordinamento, fra cui, in particolare, il principio di legalità e quelli di proporzionalità, ragionevolezza e adeguatezza, ma anche la normativa dell'Unione europea e gli obblighi internazionali, in quanto idonei a sottrarre tale strumento dall'alveo dell'eccezione, riconducendolo all'interno dell'ordinamento giuridico vigente e nel perimetro dello stato di emergenza⁸².

Alla luce di quanto detto, le ordinanze *extra ordinem* sono atti finalizzati alla gestione e al superamento di una emergenza, della quale divengono fonte regolatoria⁸³, e, in quanto tali, sono idonee ad innovare l'ordinamento, seppur per un periodo di tempo limitato alla contingibilità e all'urgenza della specifica situazione emergenziale, per il cui superamento, il relativo contenuto non è tipizzato dalla legge che ne autorizza l'emanazione, ma lasciato alla discrezionalità dell'autorità amministrativa.

4. Il potere amministrativo d'emergenza

Come già accennato, un diritto dell'emergenza assume un'importanza decisiva ai fini della conservazione dell'esistenza di un ordinamento giuridico, attraverso il ricorso a poteri straordinari, che rappresentano uno dei momenti di massima espansione dell'autorità statale⁸⁴. Tali poteri straordinari possono ricollegarsi ad una situazione emergenziale derivante da un fatto esterno oppure interno all'ordinamento⁸⁵. Nel primo caso, il ricorso ai poteri straordinari si

⁸¹ Alcuni autori hanno osservato che questa tendenza alla tipizzazione delle ordinanze *extra ordinem* rappresenti, in realtà, un modo per normalizzare il potere di ordinanza, con tutti i pericoli che la normalizzazione di uno strumento straordinario può causare. A tal riguardo si veda M. RAMAJOLI, *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, cit., 735 ss.

⁸² Per un'analisi precisa dei limiti del potere di ordinanza, si vedano G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze a natura normativa*, cit., 39-40 e M. GNES, *I limiti del potere d'urgenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 641 ss.

⁸³ Dello stesso avviso E.C. RAFFIOTTA, *Norme di ordinanza*, cit., 251.

⁸⁴ A tal riguardo, è utile il richiamo a B. ACKERMAN, *La costituzione di emergenza*, Roma, 2005, 26, secondo cui «lo stato di emergenza pone il governo in grado di assumere misure straordinarie nella sua lotta all'ultimo sangue per la sopravvivenza».

⁸⁵ In tal senso A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008, 42-43.

rende necessario per tutelare le istituzioni dell'ordinamento costituzionale da un tentativo di sovvertimento, dal quale deriva un'incisione nei confronti del potere legislativo. Nel secondo, invece, ad essere minacciati dall'emergenza sono i cittadini e il potere inciso è quello amministrativo; da qui il ricorso a poteri straordinari, che si esprimono attraverso l'emaneazione di atti propri del potere esecutivo, quali i decreti-legge e le ordinanze *extra ordinem*.

In recenti studi⁸⁶, è stata coniata la locuzione "amministrazione dell'emergenza". Questa attiene essenzialmente alla prevenzione e alla gestione delle situazioni emergenziali, quali attività collegate alle funzioni dell'amministrazione pubblica, attraverso il ricorso a strumenti e ad apparati straordinari. Al fine di una sua migliore comprensione, un'attenta dottrina ha analizzato l'amministrazione dell'emergenza sulla base di tre differenti accezioni⁸⁷.

La prima accezione tipica dell'amministrazione dell'emergenza riguarda la peculiare relazione che si instaura fra la norma e il fatto emergenziale. Infatti, in una situazione ordinaria, la relazione tra norma e fatto si fonda sulla costruzione *ex ante* di fattispecie giuridiche astratte e sulla relativa disciplina da applicare a tutti quei fatti rientranti al suo interno. Senonché, in caso di emergenza, il fatto si caratterizza per una imprevedibilità ed una intensità tali da sfuggire allo schema basato su una disciplina generale individuata preventivamente. In altre parole, il fatto emergenziale è tale da mettere in crisi la relazione ordinaria che intercorre tra il fatto stesso e la norma.

La seconda accezione si basa, invece, sull'evoluzione storica della nostra società, che ne ha favorito il rischio e l'incertezza nelle relazioni sociali⁸⁸. In

⁸⁶ Il richiamo è al convegno organizzato dall'Università Roma Tre dall'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo nel 2005, sul tema "Il diritto amministrativo dell'emergenza".

⁸⁷ L'individuazione di tre differenti accezioni della locuzione "amministrazione dell'emergenza" si trova in F. GIGLIONI, *Amministrazione dell'emergenza*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, vol. VI, Milano, 2013, 44-46 e, seppur indirettamente, in C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Il diritto amministrativo dell'emergenza. Annuario 2005*, Milano, 2006, 5-7.

⁸⁸ Il richiamo è ai concetti di "società dell'incertezza" e "società del rischio", ampiamente indagati negli studi sociologici. A tal riguardo, Z. BAUMAN, in *La società dell'incertezza*, (trad. it.), Bologna, 1999, ritiene che «il disagio della postmodernità nasce da un genere di libertà nella ricerca del piacere che assegna uno spazio troppo limitato alla sicurezza individuale». Secondo l'Autore, l'epoca postmoderna si caratterizza per un aumento della libertà, ma anche per un conseguente aumento dell'incertezza. Non solo, nella società postmoderna, questa maggiore libertà è propria di pochi, ma «la libertà senza comunità significa pazzia, e la comunità senza libertà significa schiavitù», da qui la necessità di capire «come sacrificare quel poco di libertà (e non di più) necessario a rendere il tormento dell'incertezza tollerabile e sopportabile» (82). Infatti, l'uomo postmoderno vive in una condizione di perenne disagio e incertezza, causata da una società sempre più complessa, dovuta all'enorme progresso tecnologico, unito a dinamiche conflittuali sconosciute in epoca moderna, nonché alla dissoluzione del precedente ordine socio-politico, che ha lasciato il posto a legami sovranazionali sempre più intensi e ad un mercato sempre più globale, e tale da

tal senso, l'amministrazione dell'emergenza agisce in modo preventivo nell'imminenza e nel pericolo del fatto emergenziale⁸⁹. Ciononostante, il concetto di "emergenza" va tenuto distinto da quello di "rischio". Il primo, infatti, riguarda un pericolo attuale, mentre il secondo è la fattispecie che preconizza la possibilità di determinarsi di un pericolo: se l'uno, pertanto, è riparativo, l'altro è preventivo.

Infine, se la seconda accezione riguarda l'amministrazione dal punto di vista oggettivo, la terza prende le mosse da una visione soggettiva, attenendo ai suoi riflessi organizzativi. Da tale punto di vista, si osserva come l'ordinamento italiano si sia dotato di un modello organizzativo nazionale misto, composto da specifiche amministrazioni cui spetta la gestione ordinaria dell'emergenza e amministrazioni con competenze plurime, ma ugualmente corresponsabili sul

rendere incerti i rapporti umani, caratterizzati essi stessi da un consumismo di massa che tende a spostarsi anche nelle relazioni fra gli individui e nelle loro emozioni, lasciando spazio a mode passeggere e valutazioni basate su un gusto apparente, più che su un giudizio di valore. Da questa incertezza deriva un aumento del rischio, che impone un nuovo approccio nella sua percezione, ma anche nella prevenzione e nella gestione delle situazioni emergenziali. Analogamente, riguardo al concetto di "società del rischio", U. BECK, in *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, (trad. it.), Roma, 2000, afferma che, «prima o poi, nel continuum del processo di modernizzazione, le situazioni e i conflitti sociali di una società "distributrice di ricchezza" iniziano ad intersecarsi con quelli di una società "distributrice di rischi"» (27). La moderna società industriale, improntata ad una tendenza di globalizzazione economica e sociale, dettata dall'enorme progresso tecnologico, conduce ad una espansione globalizzatrice dei rischi, insiti nella società. Senonché «l'evidenza delle necessità rimuove dalla coscienza la percezione dei rischi» (59), così «molti dei nuovi rischi [...] si sottraggono completamente alla capacità di percezione umana» (40), divenendo invisibili e muovendo verso una sempre maggiore diffusione. In tal modo si crea «l'obiettivo comunanza di una situazione globale di pericolo», nella quale «cresce minacciosa la realtà del rischio, che non conosce più distinzioni né confini sociali e nazionali» (61), per giungere, infine, ad una «società mondiale del rischio [che] pertiene a un mondo che può essere caratterizzato dalla perdita di una distinzione chiara tra natura e cultura» (359).

⁸⁹ Sulla base di questa accezione, in dottrina si è parlato di un'amministrazione del rischio, distinguendola dall'amministrazione dell'emergenza. Senonché, tale distinzione è stata criticata, dal momento che «nei fatti l'estensione di quest'ultima (l'amministrazione dell'emergenza), tesa a costruire un sistema razionale predeterminato di riduzione dell'imprevisto o di reazione pronta ed efficace all'imprevisto, crea oggettivi nessi di sovrapposizione tra i due concetti». I due concetti di "rischio" ed "emergenza", infatti, sembrerebbero essere sovrapponibili, in particolare sulla base di tre argomentazioni: l'eccezionalità di una reale imprevedibilità dei fatti emergenziali; la possibilità, tutt'altro che remota, che l'emergenza sia la conseguenza di un'attività rischiosa precedentemente autorizzata; la possibilità che l'emergenza sia frutto del mancato rispetto di quelle regole che avrebbero consentito un'adeguata gestione dei rischi. La citazione è ripresa da F. GIGLIONI, *Amministrazione dell'emergenza*, cit., 46, mentre le tre argomentazioni sulla base delle quali i concetti di "rischio" ed "emergenza" sarebbero sovrapponibili sono presenti in A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, cit., 12-13. La distinzione di un'amministrazione del rischio da quella dell'emergenza si riscontra in G. FRANCHINI, *La figura del commissario straordinario prevista dall'art. 20 del d.l. n. 185/2008*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, 561, il quale riprende in parte le considerazioni di A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, cit., 223.

piano della gestione dell'emergenza, alle quali si affiancano altre amministrazioni che esercitano i poteri di emergenza solo in situazioni straordinarie.

Dal quadro poc'anzi delineato emerge come tali accezioni non siano fra loro concettualmente autonome, ma vadano considerate unitariamente, in modo da costituire gli elementi che compongono una funzione unitaria e distinta, rispetto a quella ordinaria, ed esercitata da più soggetti⁹⁰. La peculiarità di tale funzione è che essa si manifesti in presenza di condizioni specifiche e non puntualmente predeterminabili, coerentemente alla sua natura di funzione straordinaria. In particolare, questa si caratterizza per la presenza di una norma che individua un soggetto al quale si attribuisce un potere discrezionale e straordinario, finalizzato all'emanazione di atti derogatori della disciplina ordinaria⁹¹. Ma la caratteristica fondamentale è la durata necessariamente provvisoria di tali poteri straordinari, i quali sono attribuiti per una durata temporale strettamente necessaria al superamento della fase emergenziale⁹².

Da tali considerazioni, emerge come l'amministrazione di emergenza rappresenti una funzione di completamento rispetto a quella ordinaria, dal momento che gli interessi protetti sono i medesimi già tutelati in via ordinaria, ma la straordinarietà della minaccia loro apportata rende inadeguata una tutela solamente ordinaria. Sicché, all'amministrazione ordinaria subentra quella di emergenza, basata su un esplicito ed ulteriore riconoscimento formale che intervenga a monte, caratterizzandosi, di norma, per l'attribuzione di poteri speciali ad uffici od organi differenti da quelli ordinari, spesso in deroga alle regole procedurali ordinarie⁹³.

⁹⁰ In questi termini F. GIGLIONI, *Amministrazione dell'emergenza*, cit., 46-47 ma anche A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, cit., 224, 238-240. Secondo altri, a causa del sempre più frequente ricorso agli strumenti e agli apparati amministrativi emergenziali, l'amministrazione dell'emergenza configurerebbe una funzione parallela a quella ordinaria, la cui opportunità di intervento sarebbe sostanzialmente rimessa alla valutazione discrezionale del Governo. A tal riguardo si vedano V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 2007, 377 e, con particolare riferimento al consistente ricorso ai commissari statali, quale sintomo di una funzione parallela D. CALDIROLA, *Il commissario straordinario nell'emergenza*, in *Amministrare*, 2010, 207. Ma anche C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Diritto pubblico*, 2009, 317 ss. secondo cui l'amministrazione dell'emergenza rappresenterebbe una funzione addirittura alternativa, più che parallela.

⁹¹ In tal senso A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, cit., 91 e F. GIGLIONI, *Amministrazione dell'emergenza*, cit., 46-47 secondo cui si tratta di una discrezionalità tecnica.

⁹² A sottolineare che la temporaneità rappresenti un tratto essenziale della funzione di amministrazione dell'emergenza, la cui durata dipenderà dal concreto fatto emergenziale che l'amministrazione sarà chiamata ad affrontare, è M.A. CABIDDU, in *Necessità ed emergenza: ai confini dell'ordinamento*, in *Amministrare*, 2010, 178, ma, in senso ampio, distinguendo fra deroga e sospensione, giunge alle stesse conclusioni anche G.U. RESCIGNO, *Deroga (in materia legislativa)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Milano, 1964. Le stesse conclusioni sono riprese e ampiamente argomentate da F. GIGLIONI, *Amministrazione dell'emergenza*, cit., 47-48.

⁹³ In tali termini F. GIGLIONI, *Amministrazione dell'emergenza*, cit., 48; sul tema dell'inadeguatezza,

Tuttavia, è evidente che, in caso di emersione di un fatto imprevisto ed imprevedibile, per la gestione del quale si renda necessario il ricorso a strutture e poteri straordinari, il rispetto del principio di legalità rischi di essere compromesso. Ciononostante, per consolidata giurisprudenza costituzionale⁹⁴, l'attribuzione di poteri amministrativi deve sempre rispettare il principio di legalità sostanziale⁹⁵, che, in tal caso, deve integrarsi con quello in senso formale⁹⁶, in modo da circoscrivere i confini dei poteri emergenziali e assicurare una serie di garanzie minime⁹⁷. A tal fine, ad integrare l'operatività del principio di legalità, concorrono altri principi ad esso complementari⁹⁸. Innanzitutto, assume rilievo il principio

da parte dell'amministrazione ordinaria, a tutelare, in situazioni straordinarie, quegli stessi interessi che tutela in situazioni di normalità, si veda anche M. BOMBARDELLI, *Gli interventi sostitutivi nelle situazioni di emergenza*, in *Il diritto amministrativo dell'emergenza. Annuario 2005*, cit., 184-186.

⁹⁴ A tal riguardo, si vedano le sentenze della Corte costituzionale: 24 novembre 1958, n. 59; 4 gennaio 1977, n. 4; 29 luglio 1982, n. 150; 14 aprile 1995, n. 127; 7 ottobre 2003, n. 307; 29 dicembre 2004, n. 425; 6 febbraio 2009, n. 32; 7 aprile 2011, n. 115. In tale ultima sentenza, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 54, comma 4, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, nella parte in cui prevedeva la possibilità per il Sindaco, quale ufficiale del Governo, di emanare ordinanze al fine di prevenire o eliminare gravi pericoli che minaccino la sicurezza urbana e l'incolumità pubblica, «anche» al di fuori dei casi di contingibilità e urgenza. In tale circostanza, ribadendosi «che deroghe alla normativa primaria, da parte delle autorità amministrative munite di potere di ordinanza, sono consentite solo se «temporalmente delimitate» (*ex plurimis*, sentenze n. 127 del 1995, n. 418 del 1992, n. 32 del 1991, n. 617 del 1987, n. 8 del 1956) e, comunque, nei limiti della «concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare» (sentenza n. 4 del 1977)», la Corte ha affermato che «non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa». Alla base di tale pronuncia è collocato il principio di legalità sostanziale, dal quale deriva che ogni attribuzione di poteri amministrativi non possa essere totalmente «libera» nel contenuto e nelle modalità di esercizio.

⁹⁵ Il principio di legalità in senso sostanziale rappresenta un *quid pluris* rispetto a quello in senso formale, in quanto non si ritiene sufficiente che il potere sia genericamente attribuito da una norma di legge, ma si richiede che il suo esercizio sia determinato nel contenuto, nei fini e nelle modalità. Per approfondire il tema del principio di legalità e della sua evoluzione si vedano, *ex multis*, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2021, 197 ss.; S. TARULLO, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2017, 57 ss.; L. CARLASSARE e P. VERONESI, *Regolamento (dir. cost.)*, agg. V, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2001. Per la recente distinzione, all'interno del principio di legalità sostanziale, fra legalità-indirizzo e legalità-garanzia, si vedano D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2018, 30 ss. e M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 72. Infine, per un'analisi sul fondamento del principio di legalità del nostro ordinamento, si veda S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Milano, 1973.

⁹⁶ Sull'integrazione fra la legalità formale e quella sostanziale, si veda F. MERUSI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Diritto pubblico*, 2007, 431-432.

⁹⁷ Analogamente F. GIGLIONI, *Amministrazione dell'emergenza*, cit., 53-54.

⁹⁸ R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990, 447-448. Il richiamo alla complementarità dei principi di proporzionalità, precauzione e sussidiarietà orizzontale si riscontra anche in F. GIGLIONI, *Amministrazione dell'emergenza*, cit., 54-55.

di proporzionalità, inteso come adeguatezza della misura e del potere esercitato, rispetto al fine perseguito, avuto riguardo al sacrificio imposto agli altri interessi in gioco, il quale deve essere il minore possibile⁹⁹. Non solo, acquistano un valore complementare, al fine di normare le condizioni emergenziali, anche i principi di precauzione e di sussidiarietà orizzontale. Nel primo caso, si tratta di un principio di matrice comunitaria, la cui finalità è quella di gestire adeguatamente i rischi e la loro percezione¹⁰⁰, adottando misure in grado di ridurre la possibilità che si possano verificare danni¹⁰¹. Il principio di sussidiarietà orizzontale, invece,

⁹⁹ In tal senso, in relazione al principio di proporzionalità, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., 210. Per approfondire il tema, si vedano anche A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998 e S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità, Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011. Il principio di proporzionalità, inteso come minor sacrificio possibile imposto ai soggetti privati, è richiamato anche in giurisprudenza, a tal riguardo, si vedano le sentenze: 12 giugno 2012, n. 3412 della VI sezione del Consiglio di Stato; 23 febbraio 2002, n. 440 della II sezione del Tar Piemonte; 15 settembre 2006, n. 8614 della III sezione del Tar Lazio, Roma; 15 febbraio 2008, n. 260 della II sezione del Tar Liguria; 31 luglio 2008, n. 1803 della II sezione del Tar Piemonte; 18 marzo 2011, n. 427 del Tar Lombardia, Brescia.

¹⁰⁰ A tal riguardo, N. LUHMANN, in *Sociologia del rischio*, Milano, 1996, distingue tra “rischio” e “pericolo”. Nel primo caso, il danno futuro «viene visto come conseguenza della decisione» di un individuo, mentre nel secondo «l'eventuale danno [è] dovuto a fattori esterni» (32). Secondo l'Autore, la società moderna percepisce il futuro sulla base del rischio, ma tale percezione non è basata su fattori oggettivi, bensì varia a seconda di come l'osservatore percepisce di volta in volta la situazione di incertezza. Pertanto, la gestione dei rischi deve passare necessariamente per una loro corretta percezione. Senonché i rischi della nostra società si caratterizzano soprattutto per una loro invisibilità che ne rende più complessa la gestione, ed è l'amministrazione a dover predisporre quegli strumenti in grado di rendere possibili la conoscenza e la corretta percezione dei rischi. In tal senso, si veda F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005, 201.

¹⁰¹ Il principio di precauzione nasce in ambito filosofico, nel momento in cui ci si pone il problema etico di come comportarsi nei confronti della tecnologia e del progresso tecnologico, da qui la stretta relazione fra tale principio e i concetti sociologici di “società del rischio” e “società dell'incertezza”. Infatti, in una società complessa, nella quale si corre il rischio di prendere decisioni irragionevoli, dettate dall'incertezza e dalla paura, il principio di precauzione mira a ricondurre l'azione e le decisioni del decisore pubblico all'interno dei canoni della ragionevolezza e della proporzionalità. In questo secondo caso, infatti, maggiore è l'incertezza e maggiore sarà il ricorso alla cautela, in modo da prendere tempo e acquistare maggiore consapevolezza sui punti ritenuti più oscuri. Va detto, tuttavia, che “precauzione” non significa “inerzia”, ma implica sempre un'azione. Infatti, il principio di precauzione si può definire come «un principio giuridico attributivo di competenze, ossia una norma di azione, che conferisce al decisore pubblico un potere ampiamente discrezionale, in funzione del perseguimento delle finalità tipiche connesse al potere medesimo».

Strettamente connessi con il principio di precauzione sono i concetti di “pericolo” e “danno”. Con riguardo al primo, «il pericolo contemporaneo non coincide più con la probabilità di verificazione di un evento temuto», ma esso rappresenta, piuttosto, «qualunque possibile e significativo effetto negativo sulla vita, sull'integrità psico-fisica dell'individuo». Quanto al concetto di “danno”, invece, rilevante ai fini dell'individuazione di un pericolo, «esso non

orienta l'azione amministrativa ad una gestione partecipata del rischio, volta a rendere consapevoli i soggetti e le comunità dei pericoli e delle misure necessarie a contrastarli, oltretutto a sviluppare un senso di consapevolezza che porti ad assumere comportamenti che facilitino la gestione dell'emergenza¹⁰². Infatti, per garantire una maggior legittimazione dei poteri straordinari di emergenza, è necessario assicurare il più possibile la partecipazione dei privati, e ciò può avvenire in tre modi: con riguardo ai soccorsi prestati nell'immediatezza degli eventi calamitosi; garantendo loro più informazioni possibile; stimolando una miglior consapevolezza e responsabilità sociale¹⁰³.

Alla luce di tali considerazioni, va osservato che in Italia il concetto di emergenza è stato dilatato e normalizzato, facendo a tratti coincidere l'amministrazione dell'emergenza con una funzione di amministrazione ordinaria ed esponendo, in tal modo, l'ordinamento vigente ad un evidente pericolo nel momento in cui una grossa emergenza si fosse materializzata¹⁰⁴. E puntualmente, nel 2020, un'e-

coincide più con quello "probabile", bensì con «quello anche solo temuto, poiché semplicemente "possibile"». Dall'evoluzione di tali concetti deriva il passaggio da un rischio inteso come una situazione di incertezza oggettiva e comprovata, ad uno soltanto «temuto, sospettato, e, quindi, essenzialmente potenziale». Da qui la differenza tra due concetti fra loro spesso confusi, ossia quelli di "precauzione" e "prevenzione". La prima è volta a limitare rischi ancora ipotetici o potenziali, mentre la prevenzione tende a controllare rischi già verificatisi. Entrambi i concetti, poi, rientrerebbero in quello più ampio di prudenza, che inerisce a tutte le condizioni in grado di generare un danno, il quale, a sua volta, si distingue dal rischio, che è definibile come un danno più o meno prevedibile. Pertanto, il principio di precauzione va oltre la semplice prevenzione, dal momento che consente l'adozione di misure per un danno potenziale e futuro, ma concretamente individuato, il cui rischio concreto, tuttavia, non è ancora concretamente individuabile. Le citazioni riportate sono tratte da M. SOLLINI, *Il principio di precauzione nella disciplina comunitaria della sicurezza alimentare*, Milano, 2006, 200 e 182-183. La distinzione tra i concetti di "precauzione", "prevenzione" e "prudenza" è enunciata in F. TRIMARCHI, *Principio di precauzione e "qualità" dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc. n. 6, 2005, 1673 ss., ma anche in P. KOURILSKY e G. VINEY, *Le principe de précaution*, Parigi, 2000, 16-20. Al fine di un ulteriore approfondimento del principio di precauzione, si vedano, inoltre, L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Padova, 2004; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, cit., secondo cui l'adozione di misure precauzionali è legittimata solo dal concetto di rischio e non da quello di pericolo, non potendosi, di conseguenza, applicare il principio di precauzione a quelle situazioni di «mero pericolo» (99); M. P. CHITI, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc. n. 1, 2006, 1 ss.; M. ANTONIOLI, *Precauzionalità, gestione del rischio e azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc. n. 1, 2007, 57 ss.

¹⁰² In questi termini F. GIGLIONI, *Amministrazione dell'emergenza*, cit., 54-55; analogamente anche G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari, 2010, 33-35 e P. MANTINI, *Lo ius publicum della ricostruzione in Abruzzo*, in P. MANTINI (a cura di), *Il diritto pubblico dell'emergenza e della ricostruzione in Abruzzo*, Padova, 2010, 28-29.

¹⁰³ In tal senso F. DE LEONARDIS, *Coordinamento e sussidiarietà per l'amministrazione dell'emergenza*, in *Foro amministrativo Consiglio di Stato*, 2005, 3118 ss.

¹⁰⁴ Tali considerazioni, con riguardo alla progressiva dilatazione del concetto di emergenza,

mergenza pandemica senza precedenti nella storia recente ha colpito il nostro Paese, e non solo, con ingenti ripercussioni in diversi settori dell'ordinamento, in particolare sul versante del sistema gerarchico delle fonti, ma anche su quello dell'assetto della forma di governo e di amministrazione, sui rapporti tra centro e periferia, nonché, e soprattutto, sul tema della limitazione dei diritti e delle libertà fondamentali.

Nel nostro ordinamento, sembra esistere una cultura istituzionale dell'emergenza¹⁰⁵ ben radicata, secondo la quale si pensa di poter, o di dover, ricorrere a strumenti straordinari ogniquale volta si presenti la necessità di far fronte ad una situazione particolarmente complessa, benché né straordinaria, né imprevista o imprevedibile. In tal modo, nel corso degli anni, il ricorso a strumenti straordinari quali, non solo i decreti-legge, ma anche le ordinanze *extra ordinem*¹⁰⁶, si è fortemente intensificato, snaturando e dilatando il concetto di emergenza. E ciò, nella convinzione che ricorrere a strumenti straordinari e derogatori sia l'unico modo per assicurare l'efficacia e l'efficienza dell'azione amministrativa, quando, piuttosto, ad avviso di chi scrive, una tale prassi non può che produrre effetti negativi, tanto sull'efficienza della funzione di amministrazione ordinaria, quanto su quella dell'amministrazione dell'emergenza. Infatti, un'amministrazione ordinaria che per le sue inefficienze ricorra agli strumenti di amministrazione straordinaria è destinata ad un graduale decadimento della qualità della propria attività, così come un'amministrazione straordinaria che tenda sempre di più ad occuparsi di situazioni ordinarie è destinata a divenire inefficiente in caso di situazioni straordinarie.

In tal modo, sembra essere venuta meno la necessaria temporaneità dell'emergenza, nonché la stretta relazione intercorrente tra il concetto di emergenza e l'emersione di un fatto imprevisto ed imprevedibile. Non solo, sempre più spesso, oltre alle emergenze causate da fattori esterni all'amministrazione, si assiste ad emergenze generate dall'inefficienza dell'amministrazione stessa nello svolgimento delle proprie funzioni, con un'evidente anomala torsione dei presupposti di una situazione emergenziale. Tali considerazioni, hanno prodotto una sorta di

si riscontravano già nel 2005 nella relazione di F. Salvia al Convegno dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo sul tema "Il diritto dell'emergenza". Tale relazione è riportata in F. SALVIA, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori interni all'amministrazione*, cit.

¹⁰⁵ Di una cultura istituzionale dell'emergenza, ritenuta egemone nel nostro Paese e tale da dilatare il concetto stesso di emergenza, ne parlava già F. SALVIA, in *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori interni all'amministrazione*, cit., 763-764, ma il concetto è ripreso più recentemente anche da G. COMAZZETTO, *Lo stato di eccezione nell'ordinamento italiano. Riflessioni a partire dalle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da CoVid-19*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2020, 37.

¹⁰⁶ Per un'analisi approfondita sull'aumento delle ordinanze *extra ordinem* e sulla loro sovrapposizione, si veda A. CARDONE, *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011, 10-47.

“normalizzazione” o di “stabilizzazione”¹⁰⁷ dell'emergenza, con una inevitabile commistione fra le funzioni di amministrazione ordinaria e di amministrazione straordinaria, dal momento che, «se tutto diventa emergenza, niente è emergenza (e viceversa)»¹⁰⁸.

Emblematica di tale cultura istituzionale è stata l'inserzione dei grandi eventi, da parte dell'art. 5, 1° comma, della legge 9 novembre 2001, n. 401, nel testo dell'art. 1 della legge n. 225/1992, fra quelle situazioni che giustificano il ricorso a poteri e strumenti straordinari, estendendone, pertanto, fortemente l'utilizzo, nonostante di straordinario non avessero nulla¹⁰⁹.

A tal riguardo, la dottrina più attenta ha richiamato la figura del *dictator* di epoca romana¹¹⁰, nella quale si possono individuare diverse analogie con l'evoluzione avvenuta in Italia. Infatti, se in epoca repubblicana, tra il V e il III secolo a.C., la dittatura rappresentava uno strumento straordinario, utilizzabile all'interno di limiti temporali e funzionali ben definiti, al fine di proteggere la Repubblica da situazioni di pericolo, negli anni di crisi, che fungono da anticamera all'instaurazione dell'Impero, la straordinarietà, la temporaneità e la determinatezza dell'istituto si affievoliscono, incrementando i poteri *extra ordinem* e trasformando l'istituto in uno strumento esterno rispetto all'ordinamento vigente.

Alla luce di ciò, si noti come la pandemia da Covid-19 si sia inserita in un contesto nel quale il ricorso a strumenti straordinari era già oggetto di abuso. Infatti, se il decreto-legge può considerarsi ormai uno strumento di legislazione ordinaria, un'evoluzione simile è stata vissuta anche dalle ordinanze *extra ordinem*, le quali rischiano di divenire uno strumento para-ordinario, snaturando e compromettendo il concetto di amministrazione dell'emergenza nel nostro Paese. Non solo: nel tempo si è assistito alla prassi anomala di decreti-legge che per il loro completamento¹¹¹ e la loro attuazione rimandano a norme di rango secon-

¹⁰⁷ Nel primo caso il richiamo è A. CARDONE, *La “normalizzazione” dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., ma anche a P.G. GRASSO, *Necessità (stato di) (diritto pubblico)*, cit.; mentre, parlando di “stabilizzazione” dell'emergenza ci si rifà ad S. STAIANO, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle costituzioni*, Torino, 2006, 649 ss., ma anche ad A. SIMONCINI, *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata, 2006. Infine, sempre con riferimento alla stabilizzazione delle strutture e dei poteri di emergenza e con riferimento all'ambito della gestione dei rifiuti si veda anche F. MERLONI, *Ragionando sui rifiuti campani e dintorni: Stato e Regioni tra la continua emergenza e l'impossibile normalità*, in *Le Regioni*, 2007, 927-928.

¹⁰⁸ Cit. C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, cit., 8.

¹⁰⁹ Per approfondire il tema dell'evoluzione della legislazione di protezione civile si rimanda a C. MEOLI, *Protezione civile*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1997, agg. 2013.

¹¹⁰ Si tratta di F. SALVIA, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori interni all'amministrazione*, cit., 763 e 769-771, secondo cui l'istituto del *dictator* romano presenta «impressionanti analogie con l'assetto dell'emergenza nel nostro tempo, specie nella sua più recente evoluzione».

¹¹¹ Il riferimento è a quelle disposizioni, contenute in un decreto-legge, non complete e non

dario, con un'evidente incertezza in relazione al presupposto dei «casi straordinari di necessità ed urgenza»¹¹². Tale prassi è, infine, venuta a compiuta evidenza durante la gestione dell'emergenza da Covid-19 in cui si è assistito a norme in bianco, contenute in decreti-legge che legittimavano successivi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri per la loro attuazione. E ciò, non sempre in un rigoroso rispetto dei principi e delle regole sottesi al sistema gerarchico delle fonti e, in particolare, del principio di legalità sostanziale¹¹³.

sufficientemente dettagliate, che si limitano a rinviare ad un successivo intervento normativo, da parte di un altro soggetto, che contenga una disciplina completa e dettagliata della materia in questione, andando così a riempire le lacune volontariamente contenute nel decreto-legge.

¹¹² Tale prassi anomala è stata di recente messa in evidenza da E. DE LUNGO, *Nihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu: considerazioni empiriche sui decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri nell'esperienza recente*, cit., 20-21, secondo il quale un decreto-legge di per sé non già autonomo ed immediatamente applicabile, ma che rinvii ad un successivo intervento normativo per la sua attuazione, rappresenta un'incoerenza logica. Durante i mesi di pandemia, inoltre, l'anomala successione di decreti-legge e dPCM è stata messa in evidenza anche da A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritto fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1, 2020.

¹¹³ Il riferimento è al d.l. del 23 febbraio 2020, n. 6, al quale fanno seguito sette dPCM attuativi, nonché al d.l. del 25 marzo 2020, n. 19, sulla base del quale vengono emanati altri quindici dPCM. In particolare, con riguardo ai dPCM attuativi del d.l. n. 6, si ritiene di dover operare una distinzione: se, infatti, i primi quattro (23/02, 25/02, 01/03 e 04/03) possono dirsi rispettosi del principio di legalità sostanziale, in quanto trovano la loro base legale nell'art. 1 del citato decreto, rappresentandone una diretta e puntuale attuazione, lo stesso non può dirsi per i dPCM dell'8, 9 e 11 marzo. Tali decreti, infatti, traggono la loro legittimazione dalla generica previsione dell'art. 2 del d.l. n. 6, così, in tal modo, l'esercizio del potere amministrativo risulta evidentemente indeterminato sia nel contenuto che nelle modalità, ponendo più di una perplessità sull'effettivo rispetto del principio di legalità sostanziale. In tal senso si veda M. DE NES, *Emergenza Covid-19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2020, ma anche G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *www.federalismi.it*, 18 marzo 2020, 9 ss. e A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritto fondamentali e stato di eccezione*, cit., secondo il quale tali dPCM dispongono in maniera analitica, puntuale e organica, fino al punto di «incarnarsi nella fonte di loro stessi», generando una torsione *extra ordinem* di auto-legittimazione, derivante dallo stato di emergenza stesso piuttosto che dal decreto-legge. Come l'emergenza impatti e abbia impattato sul sistema delle fonti è stato un tema attentamente approfondito dalla migliore dottrina. Sul punto M. LUCIANI, in *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., ritiene che «sul piano dei rapporti formali tra le fonti, le gravi preoccupazioni avanzate nel dibattito pubblico non siano fondate» (111-112), e pone alla base dei poteri emergenziali la Dichiarazione dello stato d'emergenza del 31 gennaio 2020 e le norme del Codice della protezione civile (d.lgs. n. 1/2018). Secondo I. NICOTRA, in *Pandemia costituzionale*, Napoli, 2021, 61, l'emergenza pandemica sembrerebbe, invece, uscire dai confini del Codice della protezione civile, improntato più sulla fattispecie emergenziale tipica delle calamità naturali. Come rileva, poi, A. MAGLIA, in *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, in *www.rivistaic.it*, fasc. n. 2, 2021, 149, i dPCM che hanno rappresentato l'emblema della gestione dell'emergenza pandemica si fondano non soltanto sulla Dichiarazione dello stato d'emergenza e sulle norme del Codice della protezione civile, ma anche su una sequenza di decreti-legge, e ciò ha portato alcuni Autori a parlare di un «doppio

Pertanto, l'incertezza e l'impreparazione, cui si è assistito negli ultimi mesi, non possono che essere il frutto di una stratificazione di prassi, che hanno contribuito a snaturare la funzione di amministrazione dell'emergenza, ponendo più di una perplessità in relazione al rispetto dei principi generali dell'ordinamento, oltretché rendendo inefficaci quegli strumenti straordinari di cui la stessa dovrebbe servirsi.

5. *Alcune conclusioni*

Se l'emersione di un fatto imprevisto ed imprevedibile è un qualcosa di inevitabile nel corso della vita di un ordinamento giuridico, lo stato di emergenza non può che rappresentare una situazione anomala nella normalità. Tale situazione anomala può essere considerata come una situazione di "malessere" puramente transitoria, che, grazie agli strumenti che l'ordinamento vigente già contempla, viene superata per ritornare ad uno stato di ordinaria normalità.

Il nostro ordinamento contempla uno stato di emergenza di rilievo nazionale, della durata di 12 mesi, prorogabile per non più di ulteriori 12 (art. 24, 3° comma, d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1). Tale disposizione è contenuta in una norma di rango primario, che, come tale, può essere modificata o abrogata da una nuova disposizione legislativa, idonea a prolungare la durata massima dello stato di emergenza al termine dei 24 mesi. Tuttavia, se questo può ritenersi rispettoso di un principio di legalità in senso formale, lo stesso non può dirsi per una legalità sostanziale, intesa come coerenza dell'intero sistema costituzionale. Una modifica "in corsa", ad opera del legislatore, dei termini e dei limiti dello stato di

binario) o di «due distinte "catene" o "filieri"» di produzione del diritto dell'emergenza. Nel primo caso si tratta di C. SAGONE, *La libertà di circolazione*, in *www.rivistaaic.it*, fasc. n. 4, 2020, 105, mentre nel secondo di R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *www.consultaonline.it*, n. 3, 2020, 519. Circa la natura di questi dPCM, secondo E. RAFFIOTTA, in *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2020, 4, essi presentano tutti i tratti distintivi delle ordinanze *extra ordinem*. Dello stesso avviso, M. LUCIANI, in *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., e M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *www.federalismi.it*, 18 marzo 2020. Di opinione contraria è, invece, A. LUCARELLI, in *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., 558 ss., secondo il quale il decreto-legge, inteso come vera e propria *Grundnorm* dell'emergenza da Covid-19 (563), «è come se tipizzasse *ex novo* una nuova tipologia di dpcm», che esula dalle norme del Codice di protezione civile, il quale «al massimo può essere inteso come una norma-riconoscimento, di carattere generale, dei dpcm» (568). Infine, sul tema, appare utile richiamare U. DE SIERVO, in *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, fasc. spec., 2020, 310, secondo il quale, nonostante problemi ed incertezze, l'emergenza pandemica ci avrebbe condotti ad «una innovativa configurazione di un sistema di disciplina delle fonti dinanzi a gravi situazioni emergenziali di natura pandemica», ritenuto tuttavia compatibile con il nostro disegno costituzionale.

emergenza può creare una situazione di pericolo per l'intero ordinamento, tale da mettere a rischio il ritorno a quello stato di ordinaria normalità poc'anzi citato. Da qui, l'esigenza di più di una riflessione circa i limiti dello stato di emergenza e la disinvoltura con la quale si pensa di prorogarli. Non solo, non si può fare a meno di notare che, se l'espansione temporale dello stato di emergenza può rappresentare un rischio per l'ordinamento, il pericolo maggiore è rappresentato dalla espansione del concetto di stato di emergenza, al cui interno rientrano sempre di più situazioni che di emergenziale hanno poco o nulla, nonché situazioni derivanti dall'inefficienza dell'amministrazione stessa. Da ciò rischia di derivarne una espansione unilaterale dell'autorità statale, senza i presupposti che la rendano legittima.

A monte della funzione di amministrazione dell'emergenza e, più in generale, della gestione e del superamento di una situazione straordinaria, in un ordinamento costituzionale e democratico come il nostro, va necessariamente posta la nozione giuridica di *emergenza*. Infatti, il funzionamento e la legittimità delle funzioni di amministrazione straordinaria dipendono dalla nozione giuridica posta alla sua base, dalla quale inevitabilmente discendono le misure concrete adottate. Nozione giuridica che non può essere quella dell'*eccezione*.

Pertanto, uno stato di eccezione volto a sospendere l'ordinamento giuridico vigente non è compatibile con il nostro sistema costituzionale, il quale non contempla clausole di sospensione dell'ordinamento vigente o di alterazione del normale assetto dei poteri. Infatti, anche nel caso dello stato di guerra, previsto dall'art. 78 Cost., è il Parlamento a conferire al Governo i soli poteri necessari¹¹⁴.

Da ciò, deriva, inoltre, che il nostro ordinamento non possa tollerare una sospensione dei diritti e delle libertà fondamentali, riconosciuti e garantiti dalla Carta costituzionale, nemmeno in situazioni emergenziali, dal momento che questa ne rappresenta una, seppur temporanea, radicale cancellazione. Al riguardo, è possibile operare una limitazione degli stessi, ma sempre all'esito di un equo bilanciamento¹¹⁵ fra tutti gli interessi di rango costituzionale in gioco, dal momento che, come già affermato dalla Corte costituzionale, non esistono diritti tiranni¹¹⁶.

¹¹⁴ In tal senso G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit., e M. CARTABIA, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019*, 28 aprile 2020, 25-26.

¹¹⁵ A tal riguardo, si vedano le considerazioni di A. D'ALOIA, in *Costituzione e diritti nella pandemia*, in A. D'ALOIA (a cura di), *La tempesta del Covid. Dimensioni bioetiche*, 101 ss., secondo il quale «il Coronavirus ha portato allo scoperto una netta graduazione gerarchica tra diritti» (115), in cui il diritto alla salute, soprattutto nella sua dimensione collettiva e in una concezione essenzialmente «fisica» della salute, si è posta al vertice di questa ipotetica piramide gerarchica, senza tuttavia tralasciare «dislivelli e asimmetrie di tutela molto pesanti» (116), per mezzo dei quali, anche all'interno del diritto alla salute stesso, si è generata una gerarchia fra malati, con una «quasi totale concentrazione dell'impegno sanitario e ospedaliero sui malati di Covid» (116).

¹¹⁶ V. sentenza 9 maggio 2013, n. 85.

Per muoverci all'interno di questo quadro ordinamentale, come affermato dalla Presidente della Corte costituzionale nella relazione sull'attività della Corte del 2019, «è la Carta costituzionale così com'è – con il suo equilibrato complesso di principi, poteri, limiti e garanzie; diritti, doveri e responsabilità – a offrire a tutte le istituzioni e a tutti i cittadini la bussola che consente di navigare “per l'alto mare aperto” dell'emergenza e del dopo-emergenza che ci attende»¹¹⁷.

Alla luce di ciò, la previsione di poteri e strumenti derogatori è compatibile con l'ordinamento, in quanto permettono di assicurare una gestione efficiente ed elastica delle situazioni emergenziali, ma ciò, a patto che questi rispettino quei principi fondamentali per i quali uno Stato possa definirsi democratico. Pertanto, il ricorso a strumenti *extra ordinem*, che si collocano ai confini più remoti dell'ordinamento vigente, non può mai fungere da *passerpartout* per l'ingresso nell'ordinamento di ciò che ne deve necessariamente rimanere all'esterno¹¹⁸.

A tal riguardo, la Corte costituzionale, con la sentenza del 22 ottobre 2021, n. 198, respingendo le questioni di legittimità costituzionale degli articoli 1, 2 e 4 del d.l. n. 19/2020 «poiché le disposizioni oggetto di censura non hanno conferito al Presidente del Consiglio dei ministri una funzione legislativa in violazione degli artt. 76 e 77 Cost., né tantomeno poteri straordinari da stato di guerra in violazione dell'art. 78 Cost., ma hanno ad esso attribuito unicamente il compito di dare esecuzione alla norma primaria mediante atti amministrativi sufficientemente tipizzati», ha sancito la legittimità dei dPCM attuativi di tale decreto-legge, attribuendovi la natura di atti amministrativi, rientranti, più precisamente, nella categoria degli atti necessitati, ossia «emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto»¹¹⁹. Tuttavia, non si può fare a meno di notare come la Corte, seppur correttamente, evitando di pronunciarsi sulle disposizioni del d.l. n. 6/2020, ed in particolare sull'art. 2 di tale decreto, definito dalla Corte una «formulazione “aperta”», non abbia risolto i forti dubbi circa i dPCM dell'8, 9 e 11 marzo, i quali traggono la loro fonte di legittimazione proprio da tale norma a formulazione aperta e la cui riconducibilità alla categoria degli atti necessitati appare più problematica. Non solo, se la questione può dirsi risolta con riguardo ai dPCM attuativi del d.l. n. 19/2020, lo stesso non può dirsi in relazione alla natura dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, intesi come categoria

¹¹⁷ Cit. M. CARTABIA, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019*, cit., 26.

¹¹⁸ In senso analogo si veda F. DE VANNA, *Il diritto “imprevedibile”: notazioni sulla teoria della necessità a partire dall'emergenza Covid-19*, cit., 19-20.

¹¹⁹ La distinzione tra atti necessitati ed ordinanze necessitate, fra le quali rientrano le ordinanze contingibili ed urgenti di protezione civile, è contenuta nella sentenza della Corte costituzionale del 4 gennaio 1977, n. 4, in cui si legge che, nonostante abbiano entrambi come presupposto l'urgente necessità del provvedere, «i primi, [sono] emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto; le altre, nell'esplicazione di poteri soltanto genericamente prefigurati dalle norme che li attribuiscono e perciò suscettibili di assumere vario contenuto, per adeguarsi duttilmente alle mutevoli situazioni».

generale e contenenti talvolta disposizioni sostanzialmente normative e talaltra disposizioni puntuali e specifiche.

A dirsi risolta, per effetto della sentenza n. 198, non può nemmeno essere la questione dei poteri d'emergenza nel nostro ordinamento. Per assicurare una gestione più efficiente delle situazioni straordinarie future, occorre mantenere una chiara separazione fra le distinte, benché complementari, funzioni di amministrazione ordinaria e amministrazione straordinaria, senza dimenticare che di emergenza si possa parlare soltanto nell'immediatezza dell'evento eccezionale e per un periodo di tempo strettamente limitato al superamento della situazione da esso derivante. Non va dimenticato, infatti, che i poteri derogatori, tipici della gestione di una fattispecie emergenziale, sono tollerati sulla base della eccezionalità degli eventi, che non siano affrontabili, pertanto, attraverso il ricorso a strumenti ordinari, nonché sulla base della temporaneità delle misure adottate¹²⁰. È chiaro che, qualora tali presupposti, o uno di essi, dovessero venir meno, non si rientrerebbe più all'interno dell'amministrazione dell'emergenza, bensì in una condizione patologica della stessa.

Inoltre, va considerato che una commistione tra le due funzioni comporta una perdita di efficacia ed efficienza per entrambe, dal momento che uno strumento di natura straordinaria che divenga, di fatto, uno strumento ordinario, si rivelerà inevitabilmente inadeguato a fronteggiare le situazioni emergenziali per le quali era stato pensato, passandosi, in tal modo, alla previsione di un nuovo strumento, ancora più incisivo, in un effetto domino¹²¹ potenzialmente senza fine. Pertanto, un'adeguata gestione delle situazioni emergenziali passa necessariamente da un buon livello di efficienza della funzione di amministrazione ordinaria, così come l'efficienza di quest'ultima passa dal corretto utilizzo degli strumenti straordinari.

Non solo, la funzione di amministrazione dell'emergenza rappresenta sì una funzione unitaria e distinta rispetto a quella ordinaria, ma come, e ancor più di quest'ultima, deve essere rispettosa del principio di legalità sostanziale, integrato dai principi di proporzionalità, precauzione e sussidiarietà orizzontale. Se l'attività amministrativa deve sempre fondarsi su un'attribuzione di potere normativo da parte di una norma di rango primario, la quale deve anche circoscrivere il raggio d'azione dell'amministrazione procedente, lo stesso si rende ancor più necessario nella gestione di quelle situazioni eccezionali, che per essere affrontate necessitano dell'elasticità tipica dell'atto amministrativo.

Alla luce di ciò, sembra richiedersi una reinterpretazione di quelle prassi che

¹²⁰ In tal senso F. SALVIA, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori interni all'amministrazione*, cit., 763.

¹²¹ Effetto domino già richiamato da G. SILVESTRI, in *Covid-19 e Costituzione*, cit., secondo cui «si è [già] verificato un "effetto domino": il decreto-legge al posto della legge, l'atto amministrativo al posto del decreto legge».

hanno caratterizzato, e caratterizzano, il nostro ordinamento, al fine di ricondurre lo stato d'emergenza all'interno dell'ordinamento vigente e di assicurarne una compatibilità con i principi fondanti dello stesso: il confine tra stato d'emergenza e stato d'eccezione è sottile, ed è lo stesso che separa uno stato democratico e costituzionale da uno stato autoritario.

Abstract

Con la delibera dello stato di emergenza del 31 gennaio 2020 il nostro Paese entra in una stagione del tutto nuova, in cui la gestione di un'emergenza pandemica senza precedenti diviene l'elemento centrale della vita dei cittadini. Gli atti emanati per fronteggiare il diffondersi di una malattia infettiva virale hanno prodotto una serie di effetti sul nostro ordinamento, la cui reale portata sarà compresa solo a distanza di mesi, forse anni. A tal fine, si ritiene di dover prendere le mosse dai concetti giuridici che stanno a monte – eccezione, emergenza, necessità – per poter poi scendere a valle nell'analisi dei poteri straordinari di amministrazione dell'emergenza e di come questi si inseriscono all'interno dell'ordinamento giuridico vigente. La gestione dell'emergenza pandemica da Covid-19 si inserisce, infatti, nel più ampio tema della compatibilità fra l'emergenza, e le misure adottate per fronteggiarla, e l'ordinamento giuridico.

The problem of problems: emergency and legal order.
Ideas on the regulatory implications of the pandemic emergency from Covid-19

With the resolution of the state of emergency of January 31, 2020, our country enters a completely new season, in which the management of an unprecedented pandemic emergency becomes the central element of citizen's lives. The acts issued to deal with the spread of a viral infectious disease have produced a series of effects on our legal system, the real extent of which will be understood only after months, perhaps years. In this regard, it is believed that it is necessary to start from the juridical concepts that lie upstream – exception, emergency, necessity – in order to then be able to go downstream in the analysis of the extraordinary powers of emergency administration and how these fit into the legal system. The management of the pandemic emergency from Covid-19 is, in fact, part of the broader theme of the compatibility between the emergency, and the measures taken to deal with it, and the legal system.