

***LIBER AMICORUM***  
**PER**  
**PASQUALE COSTANZO**

**EMMA A. IMPARATO**

**LO STATO D'ECCEZIONE E FORME NORMATIVE  
NELL'ORDINAMENTO ITALIANO TRA STATO DI  
DIRITTO E SINDACATO DI CONFORMITÀ**

**22 GIUGNO 2020**



**Emma A. Imparato**

## **Lo stato d'eccezione e forme normative nell'ordinamento italiano tra stato di diritto e sindacato di conformità**

SOMMARIO: Aspetti introduttivi. Lo stato di eccezione e la concezione “pluriregimentale”. – PARTE I. LO STATO DI ECCEZIONE INTERMEDIA. 1. Problematiche concettuali: eccezioni-in-ordinamento. – 1.1 Stato di diritto e stato di eccezione inversamente proporzionali – 2. Approcci definitivi: dallo stato di eccezione assoluta allo stato di eccezione intermedia. – 2.1 Il problema “quantitativo” della variazione e della permanenza dello stato di diritto. Una prima classificazione degli stati di eccezione intermedia. – PARTE II. LO STATO D'ECCEZIONE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO. 1. La problematica nominalistica/concettuale e il quadro costituzionale tra *Weimar*, Italia e Germania – 1.1 Gli stati di eccezione nel dibattito dell'Assemblea costituente. Il compromesso procedurale in luogo del limite sostanziale – 2. Il regime del decreto legge. – 3. L'enigma del potere di ordinanza. – 4. La dichiarazione di emergenza nel Codice della protezione civile. - 4.1. Il rispetto del principio di sovraordinazione tra fonti e sindacato di conformità. – 5 Alcune brevi conclusioni: il ritorno delle prerogative regie?

*Aspetti introduttivi. Lo stato di eccezione e la concezione “pluriregimentale”.*

Questo lavoro intende discutere, in una prospettiva critica, alcune tesi pure sostenute dalla dottrina giuspubblicistica italiana e a cui la situazione attuale della crisi sanitaria e del suo trattamento giuridico sembra conferire una rinnovata attualità.

In quest'ottica, partendosi dalla tesi schmittiana che lo vorrebbe come una struttura extragiuridica e paradossalmente fondatrice del diritto, si vuole specificamente porre in dubbio l'idea dello “stato di eccezione” quale ‘forma’ unica e monolitica.

Alla luce dei risultati esposti in una parte che potremo dire generale, l'obiettivo sarà quindi, in una parte seconda, quello di esaminare lo stato di eccezione nell'ordinamento giuridico italiano mettendo in discussione le tesi che lo vorrebbero non presente nella Carta costituzionale e che finiscono in definitiva, in alcune ipotesi in particolare, per considerare l'elenco delle forme normative (fonti) come “aperto” soprattutto laddove si autorizzano atti amministrativi con effetti legislativi e sottratti al sindacato di costituzionalità. Attenzione specifica meriterà infine anche la legge sulla protezione civile ritenuta conforme a Costituzione soprattutto a seguito della dichiarazione in tal senso della Corte costituzionale.

Si dimostrerà così, innanzitutto, che uno “stato di eccezione” in senso giuridico può esistere solamente nel quadro di un sistema vigente. Si porrà in tal modo in evidenza l'esistenza di tanti stati di eccezione quante sono la possibilità di derogare ad un'organizzazione costituzionalmente normale, secondo precisi parametri.

Secondo la concezione elaborata in questo scritto, lo stato di eccezione non andrebbe invero inteso come un fenomeno giuridico caratterizzato da un solo regime privo di gradualità<sup>1</sup>. L'assenza di una concezione ‘teorica’, per così dire “pluriregimentale”, basata su un criterio giuridico idoneo a distinguere gli stati cosiddetti eccezionali, deriva anche dal termine con cui si pone in generale in relazione lo stato di eccezione. Sebbene sempre più spesso sia oggetto di studi ed esaminato seguendo approcci diversi<sup>2</sup>, guardandosi soprattutto in rapporto dialettico con la tutela dei diritti dell'uomo, in

---

<sup>1</sup> In senso più ampio su tale tesi sia consentito rinviare al mio, *L'eccezione nella regola. La sopravvivenza delle prerogative tra ordine pubblico e sicurezza nella transizione intra-costituzionale contemporanea*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2019, 1-347.

<sup>2</sup> Sul punto, secondo una attenta e approfondita lettura storico-comparata delle relazioni tra emergenze riconducibili a motivi di ordine pubblico – sia esso interno o internazionale - e diritti, v. l'interessante saggio G. BASCHERINI, *L'emergenza e i diritti. Un'ipotesi di lettura*, in *Riv. dir. cost.*, 2003, 3. Come conflitto tra valori si veda, invece, L. CARLASSARE, *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati*, in M. Galizia e P. Grossi (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1990, 479. Dicotomico, negli stati emergenziale, è

molti casi si finisce per dare per acquisita la categoria giuridica<sup>3</sup>: questa è considerata solitamente secondo una concezione tradizionale che lascia emergere una visione unica dello stato di eccezione, perdendo così di vista l'eventuale gradualità del fenomeno giuridico. Diversamente accade se, invece, nell'ambito di un'analitica ricostruzione della problematica giuridica, si guarda allo stato di eccezione in relazione al generale stato di diritto preesistente (piuttosto che soltanto ai diritti): a fronte della compressione, di diverso grado, di quest'ultimo, conseguenza inevitabile dell'"eccezionale" alterazione della distribuzione delle funzioni (soprattutto di produzione normativa) e della transitoria limitazione di diritti fondamentali, sarà possibile classificare diversi tipi di stati di eccezione.

La nostra tesi è, dunque, quella secondo cui esisterebbero più tipi di eccezioni caratterizzati da diversi regimi differenziati in base al grado di concentrazione delle competenze, con più o meno esclusione del controllo democratico, nonché in considerazione della restrizione dello spazio delle libertà e del controllo giudiziario. Il problema della 'classificazione' degli stati eccezionali è stato peraltro chiaramente visto in Assemblea costituente, che ha voluto perciò concepire l'eccezione (intermedia) italiana soprattutto come normazione appannaggio dell'esecutivo con la previsione dello strumento del decreto legge.

Dal dibattito in Assemblea costituente, che sarà esaminato più ampiamente nel prosieguo, si perverrà così al punto critico delle fonti italiane ovvero delle forme normative nell'ordinamento italiano. Mancando un'esplicita indicazione costituzionale di diverso segno, il loro elenco non

---

anche il rapporto libertà/sicurezza. La letteratura in proposito è molto vasta. *Ex plurimis*, in ordine per data di pubblicazione, v., E. DENNINGER, *Diritti dell'uomo e Legge Fondamentale*, ed.it., in C. Amirante (a cura di), Giappichelli, Torino 1998; T.E. FROSINI, *Diritto alla sicurezza e tutela delle libertà: un crinale sottile che esalta le democrazie*, in *Guida al diritto – Il Sole 24 ore*, n. 32, 2003, 5; A. BENAZZO, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Giappichelli, Torino 2004; CECCANTI S., *Le democrazie protette e semi-protette da eccezione a regola. Prima e dopo le Twin Towers*, Giappichelli, Torino 2004; V. BALDINI, *Sicurezza e libertà dello Stato di diritto in trasformazione: problematiche costituzionali delle discipline di lotta al terrorismo internazionale*, Giappichelli, Torino 2005; A. DI GIOVINE, *La protezione della democrazia fra libertà e sicurezza*, in A. Di Giovine, (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Giappichelli, Torino 2005; G. CERRINA FERRONI - G. MORBIDELLI, *La sicurezza un valore superprimario*, in *Percorsi costituzionali*, 1, 2008 (ora all'indirizzo <http://digital.casalini.it/2488991>); T. E. FROSINI, *Teoremi e problemi di diritto costituzionale*, Giuffrè, 2008; A. CARDONE, *La normalizzazione dell'emergenza*, cit.; PACE A., *Libertà e sicurezza. Cinquant'anni dopo*, in A. Torre (a cura di), *Costituzioni e sicurezza dello Stato*, Maggioli, Rimini, 2014, 544, ivi pure M. RUOTOLO, *Costituzione e sicurezza tra diritto e società*. Sulla difesa della democrazia e il caso delle epurazioni post-autoritarie, v., in particolare, A. DI GREGORIO, *Epurazioni e protezione della democrazia. Esperienze e modelli di giustizia post-autoritaria*, Giuffrè, 2012, 38. Di recente, sull'impatto delle misure antiterrorismo sui diritti umani in alcuni ordinamenti, in chiave comparata, v. C. BASSU, *I diritti umani e le nuove sfide della sicurezza*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2017 nonché C. SBAILO, *Carl Schmitt alla Casa Bianca. La dottrina Bush-Obama sullo stato di emergenza e i nuovi equilibri tra i poteri negli Stati Uniti*, in *Forum di Quaderni costituzionali*.

Per una sintesi sull'evoluzione del concetto di sicurezza. v. P.G. CALABRÒ, *Diritto alla sicurezza e crisi dello stato costituzionale. Saggio di Teoria e Filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2003, 82.

Più specificamente sui temi del terrorismo, all'indomani dell'11 settembre, per un primissimo commento, F. LANCHESTER, *Gli Stati Uniti e l'11 settembre 2001*, in *Rivista AIC* nonché P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Il Mulino, Bologna, 2006; T. Groppi (a cura di), *Democrazia e terrorismo. Diritti fondamentali e sicurezza dopo l'11 settembre 2001*, ES, 2006. Per un'attenta analisi comparata delle legislazioni di contrasto al terrorismo internazionale si rinvia a A. VEDASCHI, *À la guerre comme à la guerre? La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Giappichelli, Torino 2007; C. BASSU, *Terrorismo e costituzionalismo. Percorsi comparati*, Giappichelli, Torino 2010. Ancora, più in generale sul rapporto tra conflittualità internazionale e principi costituzionali, G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2004; P. CARNEVALE, *La costituzione va alla guerra? Raccolta di saggi in tema di rapporti fra guerra e Costituzione filtrati alla luce della prassi (anni 2002-2010)*, ES, 2013, soprattutto quanto al dissolversi della linea di demarcazione fra tempo di pace e tempo di guerra alla luce dell'ordinamento italiano. Si segnala, infine, non solo per l'interessante ricostruzione concettuale dell'emergenza (di tipo dualista ovvero *extra ordinem* e monista) ma anche per un'approfondita analisi della legislazione penale ed europea specificamente in materia di terrorismo, G. DE MINICO, *Costituzione, emergenza e terrorismo*, Jovene, Napoli, 2016.

<sup>3</sup> Secondo la teoria in particolare elaborata da C. SCHMITT, *La dittatura*, (*Die Diktature*, München-Leipzig, 1921), Settimo sigillo, a cura di A. Caracciolo, 2006. Un'altra ipotesi è quella che trova legittimazione dello stato di eccezione nello "stato di necessità", quale fatto normativo. V. in particolare, S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione* (1901), ora in ID., *Scritti minori*, I, Giuffrè, Milano, 1950.

sembrerebbe affatto aperto, non rendendo perciò possibile configurare un'abilitazione a favore di norme derogatorie di leggi in senso forte, neanche nel caso degli stati di eccezione ed evidenziando, infine, non poche problematiche quanto ad alcuni aspetti della legge sulla protezione civile.

Operando, quale *condicio sine qua non*, all'interno della cornice costituzionale vigente, che pure prevede una transitoria contrazione – di diverso livello - dello stato di diritto vigente, lo stato eccezionale, qualunque esso sia (e l'assetto 'speciale' che ne deriva con la provvisoria deroga, insieme allo stato di diritto, ai principi di legalità e separazione dei poteri/competenze), può comportare un'alterazione momentanea della "normalità" costituzionale – intesa come regime generale - solo in ossequio alle disposizioni della Costituzione e alle leggi, queste ultime nel rispetto del principio del controllo di conformità.

## PARTE I LO STATO DI ECCEZIONE INTERMEDIA.

### 1. *Problematiche concettuali: eccezioni-in-ordinamento.*

Lo stato di eccezione è qui inteso come un diritto eccezionale recante, secondo l'idea peraltro del diritto romano<sup>4</sup>, un regime speciale e derogatorio delle regole disciplinanti lo stato di diritto. Quest'ultimo, sia pure transitoriamente ristretto, è connesso, quale suo necessario presupposto, al primo – lo stato di eccezione - che viene proclamato, per i casi straordinari, a tutela dello stesso stato di diritto affinché possa essere ripristinato quanto prima<sup>5</sup>.

Per quanto possa essere limitato lo stato di diritto non potrebbe tuttavia mai completamente venir meno.

Le regole eccezionali, diversamente anche dal diritto particolare che non contribuisce alla completezza del sistema giuridico<sup>6</sup>, fanno parte dell'intero sistema integrandolo e non già ponendosi in sua rottura. Per dirla con l'efficace brocardo latino: *exceptio probat regulam in casibus non exceptis*.

La continuità con l'assetto ordinamentale preesistente deriva proprio da questo stesso assetto: la Carta costituzionale e/o le leggi ordinarie in conformità alla prima, possono contenere, aumentando la garanzia del ritorno alla "normalità" (ovvero allo stato di diritto preesistente), diverse disposizioni speciali - più o meno dettagliate - ma anche una sola norma. Seppure in presenza di un'unica disposizione che si limiti a conferire, al verificarsi di situazioni straordinarie - più o meno definite - il compito ad un organo chiamato a difendere l'ordine costituito, questo non viene mai completamente meno, trovando sospensione soltanto il regime generale e non l'intero sistema<sup>7</sup>, comprensivo delle stesse regole eccezionali. Insomma, anche in questo caso, tipico di uno stato di eccezione di massima estensione stante l'accentramento delle competenze in un'unica autorità che si mostra non soggetta a controlli (non venendo dettate norme a un grado più o meno superiore che, oltre ad abilitarla, pongano ad essa limiti a tutela dello stesso ordinamento), resta intatto il collegamento con l'ordine costituito

---

<sup>4</sup> Lo *ius singulare*, affermatosi in particolare nel periodo classico, è inteso come diritto speciale rispetto allo *ius commune* - quale complesso di norme giuridiche ispirate da una *ratio* generale che trova applicazione in via generale - chiamato dalla dottrina anche *ius exceptionale* proprio in ragione del rapporto inscindibile con la regola generale e della sua natura eccezionale. In merito, P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, ristampa della 10 edizione, Giappichelli, Torino 1957, 15. Sull'idea del diritto eccezionale attuato allorché una specifica esigenza o '*utilitas*' suggerisce la "deviazione" dai principi fondamentali del diritto, A. RAVÀ, *Istituzioni di diritto privato*, Cedam, Padova, 1938, 26 nonché R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, Principato 1932, 150.

<sup>5</sup> Sulla finalità di ripristinare lo stato di diritto preesistente v. anche A. DI GIOVINE, *Guerra e democrazia*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2003, XVI.

<sup>6</sup> Vedi per le differenze tra *ius singulare* e diritto particolare o *privilegium*, anche O. ROBLEDA, *Introduzione allo studio del diritto privato romano*, Università Gregoriana editrice, Roma, 1979, II ediz., 223.

<sup>7</sup> Che costituirebbe in tal caso una 'forma di manifestazione' particolare della rottura costituzionale. Così M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 1/2013, 4, in particolare laddove si osserva che rispetto alle tre nozioni di "rottura, deroga e sospensione pur sovente distinte dalla dottrina", è "più corretto ricostruire le ultime due come mere forme di manifestazione della prima".

sia pure ridotto al minimo. Durante l'intero periodo dell'esercizio del "potere straordinario", questa connessione è assicurata dalla norma derogatoria e quindi dalla finalità che il compito assegnato dalla norma stessa deve conseguire nel tempo necessario, non potendo la predetta autorità "far cosa che fosse in diminuzione dello Stato"<sup>8</sup>, pur in mancanza di strumenti normativi di garanzia quale è il 'controllo' inteso come limite a tutela dello stesso ordinamento.

A differenza di quanto pure sostenuto in definitiva nella tesi schmittiana<sup>9</sup>, un'eccezione presupponendo sempre la regola che ne disciplini le condizioni, in nessun caso potrà "sganciarsi" dal sistema e comportarne una rottura.

In quest'ottica una produzione di norme non collegabile al sistema di produzione normativo costituzionalmente vigente fino ad allora, se modificato dall'autorità stessa senza essersi fatto ricorso all'apposita procedura di revisione costituzionale<sup>10</sup>, non rientrerebbe nella fattispecie dello stato di eccezione. In assenza della norma parametro costituzionale, sia anche modificata, viene meno la possibilità di effettuare il controllo di conformità della norma primaria e a sua volta di quella secondaria, determinandosi una "discontinuità costituzionale"<sup>11</sup>: la regola prodotta senza revisione costituzionale non appartiene più al diritto ma è ad esso esterno, anzi in opposizione, mostrandosi in negazione dell'ordine giuridico.

### 1.1. *Stato di diritto e stato di eccezione inversamente proporzionali*

La nostra idea, quanto al rapporto tra stato di diritto e stato di eccezione, è invece quella di una relazione di connessione sia pure antitetica ed inversamente proporzionale laddove l'attuazione di uno stato di eccezione comporta inevitabilmente una restrizione, secondo una gradazione più o meno ampia in proporzione inversa al primo, dello stato di diritto: più estese sono le deroghe derivanti dallo stato di eccezione ai principi generali più nello stesso tempo l'operatività dello stato di diritto si contrae.

In questa concezione deve perciò permanere, anche a fronte di uno stato di eccezione di massima estensione, almeno quell'elemento essenziale, costitutivo dello stato di diritto a livello minimo, ovvero, la 'determinazione', in un grado più o meno elevato, delle norme giuridiche che lo compongono affinché non si lasci uno spazio molto ampio alla discrezionalità applicativa-esecutiva e in particolare qui al soggetto gestore dell'emergenza. Nella sua declinazione storica successiva di stato di diritto di tipo medio-garantista, a questo elemento, come conseguenziale applicazione dello stato di diritto minimo, deve aggiungersi poi un altro fattore teso a 'garantire' la permanenza dello stesso stato di diritto, vale a dire il 'controllo' inteso come la sottoposizione, nella più ampia misura possibile, a un sindacato di "conformità" delle norme prodotte in tale sistema. Il diritto, in quanto

<sup>8</sup> In questi termini, a proposito dell'istituto della dittatura commissaria affermatosi nel periodo romano della prima repubblica, v. N. MACCHIAVELLI, *Discorsi*, Lib. I, cap. XXXVI, come richiamato in una comparazione con il pensiero di Montesquieu, da E. LEVI MALVANO, *Montesquieu e Macchiavelli*, Honoré Champion, Paris, 1910, 55.

<sup>9</sup> V., in particolare, C. SCHMITT, *Teologia politica: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in G. Miglio - P. Schiera (a cura di), *Le categorie del 'politico*, Il Mulino, Bologna, 1972, (ed. or. 1922, trad. it. dell'edizione del 1934), 39 ss. Il punto chiave del suo ragionamento, che ci appare tuttavia poco chiaro e contraddittorio, è quello in cui si sostiene che l'autorità che si pone "al di fuori dell'ordinamento giuridico normalmente vigente" ma che al contempo "appartiene a esso poiché a lui tocca la competenza di decidere se la costituzione *in toto* possa essere sospesa" senza con ciò determinare l'anarchia o il caos, giacché "dal punto di vista giuridico esisterebbe ancora in esso un ordinamento, anche se non si tratta più di un ordinamento giuridico".

<sup>10</sup> Su questo punto e in particolare sul concetto di rivoluzione giuridica come conseguenza non solo di azioni violente contro il governo legittimo, di vasti movimenti di masse popolari come di piccoli gruppi di individui, ma anche di atti della stessa autorità al governo laddove adottati al di fuori della procedura di produzione costituzionalmente prevista, v. O. PFERSMANN, *Révolutions constitutionnelles imperceptibles et rétrospectives*, in *Filosofia dei Diritti Umani-Philosophy of Human Rights*, 45, 2016, 22.

<sup>11</sup> Cfr. O. PFERSMANN, *Révolutions constitutionnelles, analyses doctrinales et justifications jurisprudentielles*, in P. Charlot, C. Klein (a cura di), *Émergences de nouveaux modèles de démocratie constitutionnelle Afrique, Proche-Orient*, Collection Néo-réto constitutionnalisme Paris Mare & Martin 2019, 29 e ss.

determinato e controllabile, richiederà a tal fine che possa trovare garanzie in un organo chiamato ad esprimere un giudizio di ‘conformità’ della norma rispetto alle esigenze espressa dalla norma superiore: derivazione logica è che tale valutazione perché sia il più possibile oggettiva, sia effettuata da un soggetto separato e indipendente da quello che ha prodotto la norma arrivandosi così al tipo ‘forte’ dello stato di diritto<sup>12</sup> che ben recepisce il principio della ‘separazione dei poteri’, caposaldo del costituzionalismo liberale, nonché il principio di legalità.

Se ragioni di intervento immediato spingono affinché sia l’organo governativo (e il suo apparato amministrativo) ad essere investito della responsabilità della gestione per la risoluzione tempestiva del fatto emergenziale, stante la sua straordinarietà ed urgenza, si attuerà un regime derogatorio delle regole ordinarie ovvero generali che si contraddistinguerà soprattutto per questo eccezionale ‘slittamento’ di competenze con una transitoria contrazione del principio di legalità e di quello della separazione del potere: insieme al tipo di stato di diritto, varierà allora anche il ‘tipo’ di stato di eccezione che può assumere diverse gradazione a seconda del livello di accentramento delle funzioni e della riduzione degli spazi di controllo sia degli organi rappresentativi, sia di quelli giurisdizionali.

Negli ordinamenti dell’Europa occidentale caratterizzati dalla più forte estensione oggi nota di stato di diritto liberale quale è quello democratico, con una distribuzione precisa delle competenze e un controllo di conformità, l’affermazione ad esempio di uno stato d’eccezione di minima estensione comporterà la presenza, con la contestuale limitazione del complementare stato di diritto di tipo forte, di uno stato di diritto non più forte seppure “pressochè” tale. In questa ipotesi infatti lo stato d’eccezione che potremo dire ‘debole’ e, con questo, lo spostamento della competenza legislativa dall’unico soggetto che produce generalmente la norma a quello che generalmente la esegue, non fa venir meno il ‘controllo’ democratico nè tantomeno quello giurisdizionale.

## *2. Approcci definitivi: dallo stato di eccezione assoluta allo stato di eccezione intermedia.*

Lo stato di eccezione, considerato come una modifica “temporanea” del sistema di produzione normativa, previsto da regole che ne determinano le condizioni, le modificazioni - con o senza procedure di controllo - e la procedura di ritorno al sistema normale, comporta in definitiva, unitamente alla deroga del principio della separazione dei poteri e di legalità, una compressione dello stato di diritto persistente.

In un senso estremamente ampio, uno stato d’eccezione potrebbe dirsi allora tale allorché esso, per far fronte a situazioni più o meno individuate dalla costituzione, aventi caratteristiche straordinarie e imprevedute, comporti un transitorio spostamento di alcune competenze normalmente attribuite a determinati organi, di solito quello di rappresentanza parlamentare, a favore di altri e in generale dell’esecutivo, al contempo producendosi effetti più o meno restrittivi sul piano del controllo di conformità nonché in punto di tutela dei diritti garantiti dalla Costituzione.

L’elemento di immediata alterazione è qui quello relativo alla distribuzione delle competenze con conseguenti modifiche dell’equilibrio stabilito in generale tra organi costituzionali e del sotteso ordine costituito.

In questa prospettiva, il discorso si deve spostare allora dal dato potremo dire statico all’aspetto ‘dinamico’ del diritto, ossia all’esercizio del “potere” - inteso come il complesso delle funzioni e competenze - e con questo, alla sua “organizzazione” che fa capo al “soggetto” chiamato a decidere nella situazione di emergenza.

In dottrina si parla pure talora, riferendosi in particolare alla teoria schmittiana dello stato di eccezione, di “dittatura sovrana” allorché quel soggetto che decide sul diritto opera sganciandosi dai

---

<sup>12</sup> Su questi punti nonché sui livelli di stato di diritto v. O. PFERSMANN, *Prolégomènes pour une théorie normativiste de “l’Etat de droit”*, in O. Jouanjan (a cura di), *Figures de l’Etat de droit. Le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne*, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2001, 53 ss. Secondo l’A. non è possibile ritenere esistente uno “stato di diritto massimo” che dovrebbe prevedere ogni situazione possibile e non consentirebbe nessuna libertà. Per tale ragione gli ordinamenti scelgono una varietà di stato di diritto forte.

legami con l'ordine giuridico preesistente, andando così a porne *ex novo* un altro<sup>13</sup>. Avendo come presupposto l'inesistenza del diritto stesso non solo durante la decisione dell'autorità ma altresì prima, questa ipotesi non sembra tuttavia, a nostro avviso, potersi propriamente dire un'eccezione giuridica che, in quanto tale, deve invece in ogni caso restare legata al sistema giuridico previgente, integrandolo.

Questo ragionamento ci spinge allora a preferire il ricorso all'espressione "stato di eccezione intermedia".

Per comprendere al meglio quest'ultimo concetto è opportuno distinguerlo dallo stato d'eccezione, potremo dire, 'puro' che merita qui perciò un ulteriore chiarimento.

Lo stato d'eccezione puro, definibile anche assoluto per sottolinearne l'illimitatezza, ovvero l'assenza di qualunque vincolo giuridico con norme che ne prevedano limiti (finalistici, temporali o di controllo), è in realtà un ossimoro: esso non solo non presuppone le regole generali ma evidenzia una totale soluzione di continuità con l'ordinamento preesistente nonché e soprattutto col diritto in generale non essendo nemmeno inscrivibile nell'ambito del giuridico. Lo stato d'eccezione, in questa visione, comportando una produzione di norma non 'conforme' al sistema costituzionale previgente, modificato dall'autorità secondo competenze e procedure non riconducibile allo stesso sistema - agendo dunque *ex facto* - determina sempre uno 'sfondamento' dell'ordine costituito. Venendo meno qualunque partecipazione e controllo dei destinatari delle norme, si finisce con l'instaurare, al di sopra del diritto, uno stato che a prescindere dalla denominazione impiegata, corrisponde concettualmente a quello dittatoriale e non già certo allo stato d'eccezione.

Lo stato d'eccezione che, in contrapposizione al primo, potremo invece dire "relativo" oppure anche "intermedio" volendosi sottolineare in quest'ultimo caso non solo il vincolo col sistema di diritto preesistente ma anche la sua gradualità, non determina, a differenza dello stato d'eccezione assoluto, la rottura dell'ordine costituito, malgrado implichi diverse modifiche al regime normativo generale che lo deformano ma non già anche demoliscono *ab imis*<sup>14</sup>, presupponendo sempre una o più regole generali.

In altri termini, attraverso la fattispecie dello "stato d'eccezione intermedia", si legittima contestualmente il processo derogatorio delle regole generali e l'adozione di regole eccezionali intese come regole ascrivibili alla categoria di quelle di tipo specifico che, integrando il sistema normativo<sup>15</sup>, portano alla deviazione dal "normale", ovvero generale, funzionamento dei poteri pubblici costituzionali con eventuale restrizione del controllo anche giudiziario. Questo stato d'eccezione, connettendosi a eventi straordinari più o meno sostanzialmente previsti dall'ordinamento, comporta così la "sospensione" o, meglio ancora – ritenendo l'espressione più appropriata – la 'limitazione', parziale o quasi totale, di regole ordinarie vigenti per ripristinare lo stato di diritto di regola vigente.

In dottrina si parla pure in proposito, di "dittatura momentanea"<sup>16</sup> giacché l'autorità sarebbe tenuta ad intervenire in base all'assetto ordinamentale preesistente, in via temporanea, quale soggetto di una sorta di dittatura di tipo "commissaria", secondo l'istituto che trae origine nella Roma della prima repubblica allorché quello era chiamato ad operare, quale magistrato straordinario, 'soltanto' per far fronte a situazioni 'impreviste' tali da impedire il regolare funzionamento delle magistrature ordinarie. Anche in questa ipotesi, come è per il caso dell'eccezione assoluta, si deve rilevare tuttavia una certa assenza di coincidenza tra concetto teorico, denominazione impiegata e concetto dispositivo. Il *nomen* e la denominazione utilizzata non corrisponde alla sostanza del concetto.

---

<sup>13</sup> Vedi l'interessante saggio di O. CHessa, *Sovranità, potere costituente, Stato d'eccezione. Tre sfide per la teoria della norma di riconoscimento*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 791.

<sup>14</sup> Cfr. R. BIN, *Democrazia e terrorismo*, in C. De Maglie e S. Seminara (a cura di), *Terrorismo internazionale e diritto penale*, Cedam, Padova, 2007, in part. 54.

<sup>15</sup> V., in questo senso, anche O. PFERSMANN, *Sur l'état d'urgence et la déchéance de nationalité*, in *Cités*, 2016, n. 66, 103.

<sup>16</sup> V. anche C. L. ROSSITER, *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*, Read Books, Routledge, London, 2013, 18.

Il soggetto che assume il controllo non è invero giuridicamente configurabile come ‘dittatore’ anche qualora si determini l’accentramento delle competenze (normative di primo grado oltre che esecutive) in un unico organo, mettendo fuori gioco l’intervento dell’autorità chiamata ‘di norma’ ad effettuare, in uno stato di diritto costituzionale, un controllo di conformità degli atti, siano essi amministrativi, legislativi o anche giurisdizionali e, infine, restringendo fortemente i diritti fondamentali. La democrazia, come partecipazione dei destinatari al processo di produzione normativo, ridotta momentaneamente al minimo, resta mediata dall’osservanza da parte dell’autorità delle competenze e procedure norme costituzionalmente e che pure gli attribuiscono le funzioni eccezionali.

## *2.1 Il problema “quantitativo” della variazione e della permanenza dello stato di diritto. Una prima classificazione degli stati di eccezione intermedia*

Il soggetto chiamato ad intervenire nelle situazioni emergenziali può agire con funzioni ad esso solo accordate quale quasi dittatore ma può anche accadere che non gli siano assegnate competenze esclusive. Questi può invero venire a svolgere funzioni che si rivelano, a seconda del grado di accentramento, più o meno condivise con altri organi mentre possono non restare esclusi i controlli, previsti dall’ordinamento stesso, da parte anche dei soggetti destinatari delle stesse norme.

Or dunque lo stato d’eccezione intermedio, secondo la tesi qui sostenuta, pone un problema di tipo “quantitativo”: si tratta cioè di verificare quanto sia stata spostata la competenza, e quanto residui del controllo democratico nonché del controllo giurisdizionale. Si deve insomma accertare quanto permanga dello stato di diritto generalmente oggi, nei paesi europei occidentali, di tipo democratico. Da qui si arriva allora alla nostra tesi di una concezione dello stato d’eccezione intermedia “pluriregimentale”. In altre parole, si ritiene che possano essere individuati diversi regimi eccezionali differenziati a seconda del grado di concentrazione delle competenze con più o meno esclusione del controllo democratico nonché in virtù della restrizione dello spazio delle libertà e del controllo giudiziario. Lo stato d’eccezione intermedia si declina così in più stati di eccezione intermedia<sup>17</sup>.

Secondo questa ipotesi, nel caso di eventi emergenziali, si possono andare via via delineando, partendosi dal regime normale ovvero generale e fino a quando non si arrivi alla rottura del sistema (finendosi così in qualcos’altro rispetto allo stato d’eccezione inquadrabile, in quanto tale, come dittatura pura), più regimi eccezionali quali quelli che vanno dallo stato di eccezione intermedio minimo ovvero di tipo “debole” con regime più liberale e democratico, passando per altri semi-democratici e semi dittatoriali, per arrivare, infine, come grado estremo e ultimo, a quelli stati d’eccezione massimi ossia di tipo “forte”, caratterizzati da un regime autoritario.

Nel primo caso – il tipo debole – il sistema si modifica in uno stato di diritto meno liberale e democratico, giacché caratterizzato, con lo spostamento delle competenze in capo ad un organo diverso da quello normalmente investito, da restrizioni dei diritti e dal ‘protagonismo’ di un organo non rappresentativo dei cittadini. Non viene tuttavia meno il controllo di conformità. L’autorità dotata di competenze ‘straordinarie’ è soggetta a limitazioni e controlli, dovendo condividere con altri organi la sua decisione e, in qualche misura, anche la gestione relativa allo stato eccezionale. Restano invero le competenze in mano al Parlamento. Il principio di legalità come intervento del legislatore per vincolare l’attività amministrativa non viene completamente meno. Lo spostamento infine delle attribuzioni dal giudice agli organi amministrativi vede comunque i primi intervenire sia pure in un secondo momento.

Nel caso dello stato d’eccezione di tipo medio - nelle sottospecie semi-democratico e semi-dittatoriale - il sistema diventa invece decisamente meno di diritto giacché, con lo spostamento delle competenze in capo all’esecutivo, il sindacato di conformità diventa più complesso in particolare laddove l’attività amministrativa sembra svolgersi a prescindere da disposizioni legislative. In questa

---

<sup>17</sup> Sia consentito in proposito, in termini più ampi, rinviare al mio, *L’eccezione nella regola*, cit., 71 e s.

categoria il Parlamento non è tuttavia messo completamente fuori gioco, potendo intervenire nell'accertamento delle condizioni talora inizialmente, talaltra successivamente. Infine, quanto alle garanzie giudiziarie, quasi sempre è possibile proporre ricorso a tutela dei diritti individuali innanzi agli organi giudiziari.

Nell'ultimo caso – il tipo forte - il sistema, presentando tutte le restrizioni che si sviluppano negli stati d'eccezione precedenti (di tipo debole e medio), vede un irrigidimento esasperato: oltre alle trasformazioni presenti nel caso dello stato di eccezione intermedia di tipo debole e in quella di tipo medio, questa ipotesi si rivela anche scarsamente democratica, nel senso che i cittadini non partecipano più, attraverso i propri rappresentanti, al processo di produzione normativa pur restando il sistema democratico pregresso a cui la norma eccezionale appartiene.

Anche nello stato eccezionale con forte tendenza dittatoriale, il sistema giuridico non viene mai definitivamente meno.

In qualche rarissima ipotesi può trovare momentanea sospensione il regime generale, potendo risultare interrotto il regolare funzionamento dei poteri pubblici costituzionali – è questo il caso, tuttavia estremamente pericoloso quanto alla tenuta dell'ordine costituito, dell'art. 16 della Costituzione francese<sup>18</sup> - ma giammai il sistema costituzionale nella sua interezza. A quest'ultimo livello, immediatamente precedente allo stato dittatoriale assoluto, il sistema vede peraltro, oltre a un transitorio accentramento delle competenze, fortissime restrizioni dei diritti e scarsi meccanismi di tutela del sistema stesso che perciò rischia di non reggere il ritorno al regime normale preesistente.

Proprio per prevenire situazioni che possano, piuttosto che consentire il ripristino dello stato di diritto ordinario, agevolare il passaggio dalla sospensione del regime normale alla dissoluzione del legame con l'ordine costituito, alcune costituzioni europee di più recente elaborazione, figlie di sistemi autoritari, a tutela dello stesso sistema prevedono espressamente che il funzionamento degli organi costituzionali non possa essere interrotto.

A difesa dell'ordinamento costituzionale, rispetto a qualsiasi cambiamento che non sia conforme alle alterazioni di competenze previste dalla stessa carta costituzionale<sup>19</sup>, la costituzione portoghese ad esempio specifica espressamente che gli stati eccezionali, qualunque essi siano, “possono modificare la normalità costituzionale solo in conformità alle disposizioni della Costituzione e della legge, non potendo influire sull'applicazione delle norme costituzionali relative alla competenza e al funzionamento degli organi di sovranità e di autogoverno delle regioni autonome o ai diritti e alle immunità dei rispettivi titolari” (art. 19, comma 7, Cost. Portogallo). Mentre la Carta costituzionale della Spagna precisa che il funzionamento del Parlamento, “come quello degli altri Poteri costituzionali dello Stato, non potrà essere interrotto mentre sono in atto i suddetti stati” (116, comma 5, Cost. Spagna).

## Parte II

### LO STATO D'ECCEZIONE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

#### 1. *La problematica nominalistica/concettuale e il quadro costituzionale tra Weimar, Italia e Germania.*

In dottrina si suol in genere sostenere che la Costituzione italiana non contempla affatto lo stato di eccezione. Questa affermazione è tuttavia solo parzialmente corretta e soltanto in quanto si sostenga

---

<sup>18</sup> In maniera più ampia, per un quadro generale degli stati di “eccezione” nell'ordinamento francese e con analisi altresì dell'istituto di cui all'art. 16 Cost. nella sua elaborazione storica e ultime modifiche costituzionali, si veda anche P. COSTANZO, *La “nuova” Costituzione della Francia*, Giappichelli, Torino 2009, 166. Sul modello organizzativo, alla luce della teoria dello stato di eccezione intermedio e relative criticità, si consenta ancora in rinvio al mio *L'eccezione nella regola*, cit., 217 e ss.

<sup>19</sup> Cfr. R. MATEU-ROS E CEREZO (1988). *Estados de alarma, excepción y sitio*, in AA VV., *Gobierno y Administración en la Constitución*, I, Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 190.

che nessuna disposizione costituzionale prevede uno stato specificamente denominato tale o stato di emergenza oppure, ancora, stato di allerta o altri termini simili. Dal punto di vista ‘sostanziale’, lo stato di eccezione è infatti ben disciplinato nella nostra Carta costituzionale. Qui, oltre allo stato di guerra - relativo ai conflitti extra-nazionale - e ai conseguenti “poteri necessari” attribuiti nella loro ampiezza - ben potendo comprendere, a seconda delle situazioni contingenti, anche il potere legislativo - dal Parlamento al Governo *ex art. 78 Cost.*<sup>20</sup>, si prevede anche un altro stato eccezionale quale derivante nella sostanza dall’istituto della decretazione di “urgenza”<sup>21</sup> (art. 77, Cost.).

Si tratta allora di una mera problematica nominalistica/concettuale, ovvero, detto in altri termini, di un’assenza di coincidenza tra concetto teorico, denominazione impiegata nel testo normativo e concetto dispositivo.

Questo difetto di corrispondenza tra espressione formale e sostanza ha caratterizzato del resto anche la nota Costituzione di *Weimar*, pure richiamata spesso dalla dottrina a proposito dello stato di eccezione: nella famosa disposizione di cui all’art. 48 della Carta costituzionale del *Reich* tedesco del 1919, non si utilizza mai l’espressione “stato di eccezione” facendosi invece riferimento a nozioni quale, tra le altre, “misura” da intendere come concetto provvedimentale. Eppure, proprio questa Costituzione ha segnato decisamente il passo di diverse carte costituzionale.

In considerazione giustappunto delle drammatiche esperienze passate derivanti anche dalla costituzione weimariana i costituenti della fine della seconda guerra mostrarono, quanto alla disciplina di eventi eccezionali, quasi ovunque in Europa un atteggiamento particolarmente cauto e in particolare in Italia e Germania.

L’Assemblea costituente italiana optò, come meglio si vedrà, per un più o meno consapevole compromesso: volendosi evitare di introdurre in costituzione una disciplina specifica di stati espressamente denominati d’eccezione si finì per prevederne comunque il regime.

Una scelta non diversa sembra caratterizzare anche l’altra costituzione figlia del periodo post-bellico quale è la *Grundgesetz* tedesca.

Quest’ultima nel suo testo originario non disciplinava affatto uno stato d’eccezione formalmente tale laddove lo “stato di difesa”<sup>22</sup> come anche lo “stato di tensione”<sup>23</sup> furono introdotti solo in seguito

<sup>20</sup> Sulla fattispecie limitata alla solo ipotesi di guerra e più, in generale, sui “poteri necessari” attribuiti dal Parlamento, nella loro ampiezza a seconda delle situazioni contingenti, al governo, v. SCUDIERO M., *Aspetti dei poteri necessari per lo stato di guerra*, Jovene, Napoli, 1969

<sup>21</sup> In generale, si veda, A. CELOTTO, *Corte costituzionale ed eccesso di potere legislativo*, in *Giur. Cost.*, 1995; C. ESPOSITO, *Decreto legge*, in *Enc. dir.*, XI, 1962, Giuffrè, Milano, 1962, 831; L. PALADIN, *Art. 77*, in *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1979. Più di recente invece, *ex plurimis*: S. CECCANTI, *Decreti legge e decreti legislativi in Italia*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2014; G. M. FLICK, *Decreto legge e legge di conversione nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2014, n. 1; A. LO CALZO, *La Corte torna sulla materia dei decreti legge dopo la “svolta” della sentenza n. 22/2012: alcune considerazioni sulla sentenza n. 237/2013*, in *Consulta OnLine, Studi e Memorie*, 2014 (31.03.2014); F. MODUGNO, *Decretazione d’urgenza e giurisprudenza costituzionale. Una riflessione a ridosso della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 1/2014; A. SIMONCINI, *Dal decreto-legge alla legge di conversione: dal controllo potenziale al sindacato effettivo di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2014, n. 3.

<sup>22</sup> Introdotto con la 17ma legge di integrazione della Legge fondamentale del 24 giugno 1968, il *Verteidigungsfall* è puntualmente disciplinato all’art. 115 ad esso specificamente, come articolato in più disposizioni - ben undici, dall’art. 115a sino all’art. 115l - relativo a diversi aspetti sostanziali e procedurali posti pure a garanzia del permanere degli organi costituzionali e del loro normale esercizio delle funzioni. Qui ben si puntualizza infatti che finché dura lo stato di difesa “è escluso lo scioglimento del *Bundestag*” (115h, comma 3) mentre, ancora a garanzia della continuità degli organi legislativi, il *Bundestag* ma anche “le rappresentanze popolari dei *Länder*” – anche qualora terminino il proprio mandato durante lo stato di difesa – sono soggetti a proroga ‘automatica’, senza che debba intervenire alcuna procedura in tal senso, di “sei mesi dopo la cessazione dello stato di difesa”<sup>22</sup> (art. 115l, Cost.). Ruolo fondamentale è accordato peraltro al *Bundestag* che non solo deve intervenire in via preventiva per constatare, su richiesta del Governo federale, l’aggressione armata (o la sua imminenza) al territorio federale, ma può in ogni tempo, con una deliberazione approvata anche dal *Bundesrat* e poi promulgata dal Presidente federale, dichiarare la cessazione dello stato di difesa (art. 115l, comma 2).

<sup>23</sup> Peraltro con la legge di revisione costituzionale, 24 giugno 1968, venne introdotto oltre allo “stato di tensione” di cui all’art. 80a in materia di difesa, ivi compresa la protezione della popolazione civile, una disciplina di mutuo soccorso eccezionale all’art. 35, comma 2 (successivamente modificato dalla legge del 29 luglio 1972, I, 1305) relativo ai casi

negli anni '70 del secolo scorso. Nella sostanza, tuttavia, la legge fondamentale di Bonn sembrava comunque stabilire casi eccezionali - soggetti pertanto a riserva di legge di tipo relativa - in cui erano ben possibili interventi e restrizioni fuori dalle generali garanzie giudiziarie pure ivi disciplinate<sup>24</sup> sia anche limitatamente al caso specifico del diritto al domicilio: oltre che per ipotesi singole (in particolare per il “pericolo di vita per singoli individui”), al fine di “prevenire pericoli imminenti per la sicurezza e l’ordine pubblico e, in particolare, per ovviare alla necessità di spazio, per combattere il pericolo di epidemie o per proteggere la gioventù in pericolo”(art. 13, comma 3) si riconobbe il potere all’autorità<sup>25</sup> di porre limitazioni al diritto fondamentale di domicilio, peraltro consentendo anche successivamente, a seguito di revisione costituzionale, di installare, alla luce delle nuove tecnologie, invasivi strumenti di controllo quali quelli di sorveglianza acustica<sup>26</sup> (a tutela sempre della sicurezza, divenuta nel frattempo “pubblica”<sup>27</sup> cui si aggiunse il “pericolo collettivo o per la vita” in sostituzione dell’ordine pubblico<sup>28</sup>).

Anche qui l’atteggiamento prudente e compromissorio che portò i costituenti a non introdurre istituti specifici dello stato d’eccezione che potessero comportare la restrizione in via generale dei diritti fu condizionato soprattutto degli eventi storici legati al Terzo *Reich* (che pure videro lo stato tedesco perpetrare abusi rispetto a diverse libertà), spingendoli di contro ad affermare nella *Grundgesetz* una concezione si potrebbe dire di tipo giusnaturalistica dei diritti fondamentali, quali

---

della catastrofe naturale o del disastro, che non sembra stabilire limitazioni dei diritti (sia anche al fine di “mantenere o ristabilire la pubblica sicurezza e l’ordine pubblico”), oltre ad ulteriori disposizioni tese a limitare specifiche situazioni giuridiche soggettive quali il diritto alla riservatezza della corrispondenza (in particolare al comma 2 dell’art. 10, come modificato).

<sup>24</sup> Se nel testo originario, come peraltro anche nella versione attuale invariata in questa parte anche a seguito della legge di revisione del 26 marzo 1998 che ha modificato il comma 3 e introdotto i comma 4 e 5, dell’art. 13 si stabiliva al comma 1 che il “domicilio è inviolabile”, al secondo comma, ponendosi la cosiddetta riserva di giurisdizione si prescrive che le “perquisizioni possono essere ordinate soltanto dal giudice” successiva a quella ordinata da altri organi previsti dalle leggi “solo ove dal ritardo scaturisca pericolo (...)”.

<sup>25</sup> Al comma 6 dell’art. 13 GG, introdotto successivamente con la succitata legge di modifica costituzionale del 1998, è il Governo federale, tuttavia responsabile del suo operato di fronte al *Bundestag* che esercita un controllo attraverso una propria commissione, ha adottare le misure restrittive (“Il Governo federale informa annualmente il Bundestag in merito sull’utilizzazione di meccanismi tecnici ai sensi del comma 3, nonché ai sensi del comma 4, nell’ambito di competenza della federazione, e del comma 5, quando sia necessario un controllo giudiziario. Sulla base di tale relazione, una commissione eletta dal Bundestag esercita il controllo parlamentare. I Länder assicurano un controllo parlamentare equivalente”).

<sup>26</sup> Il disposto successivamente modificato con legge del 26 marzo 1998, divenendo peraltro quarto comma, stabilisce invero che: “Al fine di prevenire pericoli imminenti per la sicurezza pubblica e in particolare un pericolo collettivo o per la vita, i meccanismi tecnici di sorveglianza acustica delle abitazioni possono essere impiegati solo in base ad una ordinanza dell’autorità giudiziaria. Qualora dal ritardo scaturisca un pericolo, il provvedimento può essere emesso anche da un’altra autorità, stabilita dalla legge, nel qual caso va senza senza indugio convalidato da una decisione giudiziaria”.

<sup>27</sup> La sicurezza viene ad acquistare, specificamente in questo caso, il valore di controllo sociale e di tutela preventiva tesa a un’ampia prevenzione dei pericoli. Invero i precedenti anni '70 e '80 furono caratterizzati dal fenomeno degli attentati terroristici, presenti peraltro anche in Italia, videro l’adozione di una serie di leggi antiterroristiche (denominate “*Lex RAF*” giacché emesse con particolare riferimento alla Frazione dell’Armata Rossa *RAF-Rote Armee Fraktion*) che imposero forti restrizioni di alcuni diritti fondamentali e che pure furono ritenute conformi alla legge fondamentale dal Tribunale costituzionale federale tedesco. Per una ricognizione e ampia analisi della legislazione terroristica in Germania a partire dagli anni 1970-1980 si rinvia a P. H. SCHULTE, *Terrorismus und Anti-Terrorismus-Gesetzgebung*, Waxmann, Münster, 2008.

<sup>28</sup> In realtà il riferimento a tale concetto e in parte alle ‘condizioni’ previste nel testo originario al comma 3 sono recuperate e trasferite nel comma 7, pure successivamente introdotto con la legge del 1998, laddove si sancisce che: “Altre intromissioni e restrizioni possono essere adottate solo al fine di allontanare un pericolo collettivo o un, pericolo per la vita di singole persone, nonché, sulla base di un atto legislativo, al fine di impedire pericoli imminenti per la sicurezza e l’ordine pubblico, in particolare per far fronte alla penuria di alloggi, contrastare la diffusione di epidemie o proteggere la gioventù in stato di pericolo”.

valori “superpositivi”<sup>29</sup>, assoluti e “duraturi”<sup>30</sup>, a partire dal diritto all’inviolabilità della dignità umana<sup>31</sup> (art. 1 GG), da diritto al libero sviluppo della personalità (art. 2 GG) e dal principio di eguaglianza (art. 3 GG) per giungere alla maggior parte dei diritti riconducibili nell’elenco di cui agli artt. 4-19 GG. L’azione statale considerata soggetta a limitazione innanzitutto rispetto alle stesse situazioni giuridiche soggettive, ritenute anteriori allo Stato, non poteva essere intesa in modo da porsi al di sopra dei diritti fondamentali<sup>32</sup>, portando ad escludere perciò l’introduzione di una clausola eccezionale restrittiva dei diritti in generale<sup>33</sup> come pure fu proposta inizialmente, nel progetto della Convenzione costituzionale di *Herrenchiemsee* e poi esclusa.

Nel testo tedesco, come anche nella carta costituzionale italiana, elaborate sulle ceneri della Seconda guerra mondiale la forte preoccupazione appare prevalentemente quella di preservare l’assetto ordinamentale appena costituito quale poteva essere garantito solo dall’osservanza di procedure costituzionali rigidamente previste, con esclusione o quantomeno limitazione di qualsiasi strumento eccezionale generale che accordando un più ‘elastico’ spazio di manovra, potesse consentire la ‘sospensione’, con i diritti, del regime costituzionale stesso determinandosi per tale via una ‘rottura costituzionale’ e l’eventuale reinstaurazione di regimi autoritari.

### 1.1. *Gli stati di eccezione nel dibattito dell’Assemblea costituente. Il compromesso procedurale in luogo del limite sostanziale.*

Il ricordo ancora vivo dei tristi eventi di guerra e soprattutto delle vicende che li determinarono, comprese quelle legate alla Costituzione di *Weimar* e al suo art. 48, spinse i Costituenti italiani ad adottare soluzioni compromissorie.

In più occasioni, nei lunghi e talora animati dibattiti, emersero forti dubbi e preoccupazioni per l’inserimento di una norma specifica riguardante lo stato d’eccezione che avrebbe potuto aprire la porta a situazioni eccezionali non ben definite e così far degenerare il sistema in situazioni dittatoriali, in particolare laddove quelle situazioni avrebbe potuto comportare un’arbitraria “sospensione” dei

---

<sup>29</sup> Ancor più della dottrina è la giurisprudenza dell’immediato dopoguerra a considerare i diritti dell’uomo e i diritti fondamentali come “valori fondamentali”. In particolare, è la Corte costituzionale federale in una delle sue prime sentenze laddove si dichiarava al punto 27: “La Corte costituzionale federale riconosce l’esistenza di una legge sovrapositiva, che vincola anche la legislazione costituzionale, ed è competente a ricorrere a questo diritto come parametro della legge che è stata stabilita”. BVerfGE, 23 ottobre 1951 - 2 BvG 1/51 *SRP-Verbot*.

<sup>30</sup> Ancora, BVerfGE 1/51, cit. in part. al punto 37 dove si afferma che i diritti fondamentali “valori fondamentali, duraturi dello stato nella sua unità”. Sulla sentenza e in particolare sulla concezione della democrazia v. anche E. W. BÖCKENFÖRDE, *Stato, costituzione, democrazia: studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, in *Stato, Costituzione, democrazia*, a cura di M. Nicoletti e O. Brino, Giuffrè, Milano, 2006, 426 ss.

<sup>31</sup> Quasi tutte le interpretazioni dottrinali della dignità umana risentono di una forte ispirazione filosofica ricavata, in molti casi, dall’idealismo kantiano. V., in particolare, tra i primi, W. WERTENBRUCH *Grundgesetz und Menschenwürde. (Ein kritischer Beitrag zur Verfassungswirklichkeit)*, Heymann, Köln, 1958, 24 e ss., come richiamato da C. AMIRANTE C., *Diritti fondamentali e sistema costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca*, Lerici, Roma, 1980, 4 e ss.

<sup>32</sup> Secondo il primo comma dell’art. 1: “La dignità dell’uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla”. Si rinvia, in proposito e più in generale sulla libertà e diritti fondato su un “principio non delimitato” soprattutto quanto alla libertà religiosa, a E.W. BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, 285.

<sup>33</sup> In verità già nel 1956 fu aggiunto un nuovo articolo (il 17A, denominato specificamente “Limitazioni recate ad alcuni diritti fondamentali da leggi relative alla difesa ed al servizio sostitutivo”) che pure prevede restrizioni di diritti fondamentali in nome della difesa e della tutela della popolazione in particolare laddove si sancisce che “Le leggi che regolano la difesa, ivi compresa la protezione della popolazione civile, possono stabilire limitazioni ai diritti fondamentali della libertà di circolazione e di residenza (articolo 11) e dell’inviolabilità del domicilio (articolo 13)” (comma 2, art. 17A, GG).

diritti fondamentali<sup>34</sup>, peraltro pure inizialmente prevista, sull'esempio dichiaratamente francese, per il caso di 'pericolo'<sup>35</sup> dello Stato.

Sebbene qualche autorevole voce fosse favorevole all'introduzione dello stato di eccezione almeno nella forma dello stato di assedio<sup>36</sup>, ritenendo la sua costituzionalizzazione necessaria al fine di evitare l'arbitrio e quindi le "conseguenze gravissime" che sarebbero derivate dalla sua assenza qualora non vi si sarebbe potuto ricorrere pur presentandosene una "assoluta necessità"<sup>37</sup>, in ultimo prevalse un atteggiamento ostile dettato dal timore che, attraverso l'introduzione di un "ordinamento di eccezione" in sostituzione del "normale ordinamento costituzionale", si potesse arrivare "alla soppressione totale di tutte le libertà costituzionali, di tutte le garanzie"<sup>38</sup>.

Malgrado si ritenesse il Governo "il solo organo in grado di valutare l'eccezionale situazione del Paese"<sup>39</sup>, in ragione della preoccupazione dell'accentramento del potere in capo ad esso e delle limitazioni dell'esercizio dei diritti quale peraltro derivò dalla "unica Costituzione" che parlava di stato d'eccezione — quella di *Weimar* — che pure spianò "la via alla dittatura"<sup>40</sup>, si preferì alla fine non solo non introdurre lo stato di assedio<sup>41</sup> ma neanche altri stati d'eccezione sia esso denominato "stato di pericolo della Repubblica", formula ritenuta troppo vaga, oppure "necessità di difesa"<sup>42</sup>.

Alla 'classificazione' formale degli stati d'eccezione, in più occasioni detti anche "stati di necessità", operata in virtù degli istituti sostanzialmente richiamati e disciplinati, si preferì allora l'introduzione di una "forma di legislazione di urgenza"<sup>43</sup> quale fu considerato il decreto legge pure nel progetto iniziale, dopo lunga e attenta discussione in Seconda Sottocommissione, addirittura

<sup>34</sup> Sulle ragioni dell'esclusione dalla nostra Costituzione di situazioni eccezionali si rinvia alla lettura dei lavori preparatori dell'Assemblea costituente, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, Camera dei deputati (a cura di), Roma, 1970. In dottrina, v. anche P. CAPPELLINI, A. CARDONE, *Le sorti dell'eccezione nell'esperienza costituzionale italiana. Stato democratico pluralista e poteri extra ordinem*, in A. Ruggeri (a cura di), *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Giappichelli, Torino 2016, 399.

<sup>35</sup> La disposizione proposta in origine recitava: "L'esercizio dei diritti assicurati dalla presente Costituzione non può essere sospeso. Tuttavia, allorché la Repubblica è proclamata in pericolo tali diritti possono essere sospesi entro i limiti e con le forme stabilite per legge. Questo provvedimento non potrà essere preso per un periodo di tempo superiore a sei mesi; esso potrà essere rinnovato, nelle medesime forme. Chiunque ne avrà abusato per arrecare arbitrariamente pregiudizio ai diritti materiali o morali altrui, assumerà personale responsabilità. Al termine del periodo di emergenza chiunque si riterrà arbitrariamente leso nella persona, o nei beni potrà reclamare riparazione morale o materiale avanti ai tribunali".

<sup>36</sup> Favorevole all'introduzione in Costituzione dello stato d'eccezione fu Costantino Mortati, ritenendo solo in tal modo possibile "mantenere anche nei casi di emergenza alcune garanzie formali proprie dello Stato di diritto (o, in altri termini, di attenuare al massimo il distacco fra costituzione formale e costituzione reale)": C. MORTATI, *Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, in *Enc. dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, 194. Per un commento della posizione di Mortati, v. L. CARLASSARE, *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati*, in AA. VV., *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1990, 479 nonché G. DE VERGOTTINI, *Necessità, costituzione materiale e disciplina dell'emergenza: in margine al pensiero di Costantino Mortati*, in *Dir. e soc.*, 1994, n. 2, 217.

<sup>37</sup> C. Mortati, Prima Sezione della Seconda sottocommissione della Commissione per la Costituzione. Seduta dell'11 gennaio 1947. In merito, anche, *Le sorti dell'eccezione nell'esperienza costituzionale italiana*, cit.

<sup>38</sup> Così il deputato G. Dossetti, nel corso della discussione della prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione tenuta il 2 ottobre 1946, reperibile online all'indirizzo: [nascitacostituzione.it](http://nascitacostituzione.it).

<sup>39</sup> Cfr. A. Crispo, Assemblea Costituente. Seduta generale tenuta il 26 marzo 1947.

<sup>40</sup> In questi termini, V. La Rocca nella discussione della Prima sezione della seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione. Seduta dell'11 gennaio 1947, in [La nascita della Costituzione](http://La nascita della Costituzione), a cura di F. Calzaretti

<sup>41</sup> La norma originariamente proposta fu poi modificata e riformulata secondo quanto segue: «Il Presidente della Repubblica, su proposta del Primo Ministro e consultati i Presidenti delle due Camere, può, in caso eccezionale, decretare lo stato d'assedio. Il decreto relativo dovrà essere presentato per la ratifica alle Camere immediatamente convocate».

<sup>42</sup> L'articolo proposto da A. Crispo ma poi lasciato cadere recitava in particolare: "L'esercizio dei diritti di libertà può essere limitato o sospeso per necessità di difesa, determinate dal tempo o dallo stato di guerra, nonché per motivi di ordine pubblico, durante lo stato di assedio. Nei casi suddetti, le Camere, anche se sciolte, saranno immediatamente convocate per ratificare o respingere la proclamazione dello stato di assedio e i provvedimenti relativi": Assemblea costituente. Seduta pomeridiana tenuta il 16 ottobre 1947.

<sup>43</sup> Così P. Calamandrei, Assemblea costituente, seduta del 4 marzo 1947, laddove si inizia la discussione del progetto di Costituzione della Repubblica italiana.

espressamente vietato<sup>44</sup> in ragione dell'abuso fattone nella storia parlamentare passata e infine, nel testo presentato all'Assemblea generale, solamente escluso. Persino chi aveva ritenuto necessaria la costituzionalizzazione dello stato d'assedio mostrò invero un atteggiamento fortemente oppositivo rispetto all'introduzione in costituzione del decreto legge e alla sua capacità di produrre norme di rango primario, stante il timore che esso avrebbe potuto ingenerare “da una parte la tentazione da parte del Governo di abusarne per la più rapida realizzazione dei fini della sua politica; dall'altra parte (...) eccita la condiscendenza del Parlamento, il quale tende a scaricarsi dei compiti di sua spettanza”<sup>45</sup>.

Se alla fine si tornò perciò alla soluzione del decreto legge in luogo dello stato di eccezione fu proprio perché questo, pur rispondendo alle medesime esigenze degli stati di necessità, appariva uno strumento teso non tanto a introdurre regimi speciali quanto una distribuzione più rapida del lavoro legislativo tra governo e parlamento, sindacabile da un'autorità terza come era la Corte costituzionale.

Il problema della coincidenza tra concetto teorico, denominazione e disposto normativo restava ed era anche visibile agli occhi degli stessi costituenti che pure lucidamente sottolinearono di giungere alla sua introduzione seguendo un preciso “*iter* di ragionamento”<sup>46</sup> potremo dire *ad excludendum*, come via compromissoria: non potendosi ignorare l'esistenza dello stato di necessità, considerato, anche quando privo di “veste di istituto giuridico”, un “principio generale di diritto” generalmente accolto ma non volendovi dedicare una specifica disposizione che espressamente lo nominasse, nè lasciarlo senza previsione – sottraendolo così al controllo giudiziario<sup>47</sup> - si optò per il decreto legge quale *extrema ratio* che seppure consentiva l'esercizio straordinario della funzione legislativa del governo in caso di necessità e urgenza<sup>48</sup>, si mostrava in grado di essere sottoposto a “limiti più rigorosi” e più efficaci<sup>49</sup>, soggetti a valutazione dello stesso Parlamento, in maniera esplicita o implicita, nonché della Corte costituzionale. È d'altronde proprio questo aspetto dei limiti una della ragione che spinse a riportare l'attenzione sui decreti-legge.

Appariva peraltro un'ipotesi impossibile<sup>50</sup> una “limitazione, per così dire, di sostanza” per ridurne l'uso. Questa se avrebbe probabilmente evitato quanto poi è effettivamente accaduto nella successiva

<sup>44</sup> La formula proposta fu precisamente: “non è consentita la decretazione di urgenza da parte del Governo”. Vedi, in particolare, Seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione. Seduta del 20 settembre 1946, allorché si discute per la prima volta la questione della decretazione d'urgenza, contestualmente alla formulazione dell'articolo riguardante l'elezione della Camera dei Deputati.

<sup>45</sup> C. Mortati, Assemblea costituente, seduta pomeridiana tenuta il 18 settembre 1947.

<sup>46</sup> Così M. Ruini, Assemblea costituente. Seduta generale tenuta il 17 ottobre 1947.

<sup>47</sup> Su questo punto e sulla necessità come “fonte autonoma di diritto”, non disciplinata è lucido il ragionamento di C. Mortati: “(...) anche ammesso che la necessità si possa invocare come fonte, bisognerebbe dimostrare che l'organo abilitato ad accertare l'esistenza della necessità, nei singoli casi, possa essere il potere giudiziario. Evidentemente, non si può giungere a questa conclusione, perché quando parliamo di necessità come fonte non ci riferiamo ad una necessità astratta, ci riferiamo a quella che giustamente è stata chiamata istituzionale, cioè inerente ai fini dell'istituzione dello Stato, da valutare in un determinato momento, in una determinata contingenza politica. Evidentemente questa necessità relativa a certi fini politici non può essere accertata dall'autorità giudiziaria, la quale non può perciò invocarla né presumerla esistente. L'autorità giudiziaria deve quindi negare validità al provvedimento legislativo del Governo che la ponesse a suo fondamento”. Cfr. C. Mortati, Assemblea costituente, seduta pomeridiana tenuta il 18 settembre 1947.

<sup>48</sup> In tal senso ancora P. Calamandrei, Assemblea costituente, seduta del 4 marzo 1947, cit. Osserva infatti il Costituente, prendendo atto dell'esclusione del decreto-legge, che “potrà avvenire che si verifichi la necessità e l'urgenza, di fronte alla quale il normale procedimento legislativo non sarà sufficiente: il terremoto, l'eruzione di un vulcano. Credete che si possa mettere nella Costituzione un articolo il quale dica che sono vietati i terremoti? Se non si può mettere un articolo di questa natura, bisognerà pure prevedere la possibilità di questi cataclismi e disporre una forma di legislazione di urgenza, che è più provvido disciplinare e limitare piuttosto che ignorarla”.

<sup>49</sup> Cfr. M. Ruini, Assemblea costituente, seduta del 17 ottobre 1947

<sup>50</sup> In tal senso in diverse occasioni, i Costituenti e in particolare M. Ruini (laddove osservava che “Se fosse possibile indicare i casi, nei quali soltanto può ammettersi il decreto-legge, sarebbe certamente la via migliore; ed il Comitato ha invitato l'onorevole Mortati a trovare una formulazione adatta e completa; ma lo stesso onorevole C. Mortati ha finito col riconoscere che non è possibile”) nonché Bozzi (allorché sottintendeva la necessità di prevedere il decreto-legge e disciplinarlo “innanzi tutto limitando le ipotesi. Non è possibile fare una casistica: non si possono prevedere e catalogare i casi d'urgenza e di necessità che si manifestano nelle forme più svariate, secondo l'evolversi delle situazioni e l'imporre dei fenomeni politici e sociali. Quindi abbiamo detto: «nei casi straordinari di assoluta ed urgente necessità», col che

storia costituzionale italiana, ovvero il ricorso ai decreti-legge in ogni caso, “senza limiti”, avrebbe in ogni caso riportato la discussione al problema di partenza, che pure si voleva aggirare, ovvero la individuazione degli stati eccezionali, o meglio, “classificare e individuare i casi nei quali poteva essere ammesso il decreto legge”<sup>51</sup>, come anche aveva tentato invano di fare Mortati partendo dallo stato d’assedio.

Si arrivò in tal modo infine, più o meno consapevolmente, a scollegare il concetto teorico dalla denominazione e dal dispositivo optandosi per il ricorso a “una limitazione di procedura, che sia molto rigorosa e tale da impedire e colpire gli abusi”<sup>52</sup> che ovviamente consentisse un controllo di conformità.

Il testo normativo doveva così innanzitutto determinare “che non si può ricorrere al decreto legge se non in casi straordinari di assoluta urgenza e necessità (la forma adottata non è positiva, di autorizzazione al Governo di emettere decreti-legge, ma è negativa: «non possono essere emessi»; anche le sfumature possono servire)”.

Seppure si ammetteva l’eventualità di ricorrere ai decreti-legge, la formulazione in negativo intendeva richiamare in maniera immediata i limiti posti al potere dell’esecutivo di tipo sostanziale quanto alla condizione ma anche e soprattutto procedurale allo scopo di inibirne in qualche modo un accentramento ‘definitivo’ agevolato dal fatto di tenere fuori l’organo rappresentativo.

In quest’ultima ottica si stabilì poi che i provvedimenti presi dal Governo dovevano essere immediatamente — il giorno stesso della loro emanazione — presentati alle Camere per la loro conversione in legge. Se le Camere non fossero già riunite, dovevano esserlo, anche se sciolte, non più tardi che entro cinque giorni. L’immediato intervento e l’apposita convocazione delle Camere furono intesi come “un freno molto sensibile per i Governi, che sapranno, nell’emettere decreti-legge, di dover presentarsi subito al Parlamento per affrontare un giudizio di responsabilità, che è implicito nell’atto della conversione e nulla vieta diventi esplicito, ove il decreto legge risulti ingiustificato ed ispirato a criteri antiliberali ed antidemocratici”<sup>53</sup>. Un ulteriore freno derivante dal loro carattere di provvisorietà stava in ultimo nello stabilire che se non convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro presentazione alle Camere, perdevano ogni efficacia, ponendo al contempo un breve “limite” di tempo in cui potevano produrre effetti senza conversione in legge.

Solo in questo modo, con tutti i limiti procedurali che vedevano necessario ‘in ogni caso’ l’intervento del Parlamento, si ritenne che i diritti dei cittadini potessero essere garantiti contro “ogni arbitrio del potere esecutivo”.

## 2. *Il regime del decreto legge.*

Nella descritta fattispecie della decretazione d’urgenza, la competenza normativa, ricorrendo i presupposti, si sposta dal Parlamento per concentrarsi eccezionalmente nelle mani del Governo, tenuto solo a presentare gli atti dotati di forza di legge nello stesso giorno della loro adozione alle Camere. Sia pure per un periodo temporale determinato e limitato - ovvero per sessanta giorni - la potestà legislativa e gli effetti provvisori conseguenti sono adducibili pertanto al solo Governo, intervenendo il parlamento solamente successivamente per ratificare o respingere l’atto del governo.

La Carta costituzionale pur disciplinando, come visto, i profili procedurali, nulla dispone peraltro dal punto di vista sostanziale, in merito al contenuto possibile, salvo stabilire le condizioni di attivazione dell’eccezionale passaggio all’esecutivo della funzione legislativa, ordinariamente riservata secondo l’art. 70 alle due Camere. Queste condizioni, al contempo anche limite quale

---

sottolineiamo che l’assoluta ed urgente necessità è il fondamento di questo potere, ed inoltre, che la straordinarietà dei casi è un limite politico rimesso alla correttezza — il problema è anche di costume — del Governo, che può comportare un controllo politico del Parlamento”.

<sup>51</sup> Ancora M. Ruini., *Ibidem*

<sup>52</sup> Ancora M. Ruini., *Ibidem*.

<sup>53</sup> M. Ruini, Assemblea costituente, seduta del 17 ottobre 1947.

*condicio sine qua non* non sanabile, in caso di assenza, con legge di conversione<sup>54</sup>, vedono tuttavia il ricorso a un'espressione connotata – più o meno volutamente dai Costituenti - da un 'largo margine di elasticità'<sup>55</sup> dal punto di visto non solo soggettivo ma anche oggettivo<sup>56</sup>: i “casi straordinari di necessità e di urgenza” di cui al comma 2 dell'art. 77 Cost., ovvero i casi imprevedibili, possono riguardare invero più e diverse situazioni relative non solo ad eventi naturali ma anche a comportamenti umani<sup>57</sup> che mettono in pericolo la vita, l'incolumità o i beni della persona<sup>58</sup>.

Sia pure nel rispetto dei vincoli della provvisorietà e precarietà, il contenuto normativo può rivelarsi così pressoché illimitato<sup>59</sup>. Gli unici ambiti sostanziali esclusi dalla decretazione di urgenza sono individuati nel testo legislativo n. 400/88, privo tuttavia di rango costituzionale<sup>60</sup>, che proibisce,

---

<sup>54</sup> Vedi, in particolare, [Corte cost., sent. 23 maggio 2007, n. 171](#), che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale per carenza dei presupposti di necessità e urgenza dell'art. 7, comma 1, lettera a), del decreto-legge 29 marzo 2004, n. 80, ma ancor prima, [Corte cost., sent. 27 gennaio 1995, n. 29](#), laddove di fronte alla tesi dell'Avvocatura di Stato che non spetterebbe alla Corte accertare la presenza dei presupposti di necessità ed urgenza di cui all'art. 77 Cost., valutazione rimessa, ad avviso della stessa Avvocatura, al Parlamento, la Corte ben osserva che “questa posizione, condivisa in passato, ignora che, a norma dell'appena citato art. 77, la pre-esistenza di una situazione di fatto comportante la necessità e l'urgenza di provvedere tramite l'utilizzazione di uno strumento eccezionale, quale il decreto-legge, costituisce un requisito di validità costituzionale dell'adozione del predetto atto, di modo che l'eventuale evidente mancanza di quel presupposto configura tanto un vizio di legittimità costituzionale del decreto-legge, in ipotesi adottato al di fuori dell'ambito delle possibilità applicative costituzionalmente previste, quanto un vizio in procedendo della stessa legge di conversione, avendo quest'ultima, nel caso ipotizzato, valutato erroneamente l'esistenza di presupposti di validità in realtà insussistenti e, quindi, convertito in legge un atto che non poteva essere legittimo oggetto di conversione. Pertanto, non esiste alcuna preclusione affinché la Corte costituzionale proceda all'esame del decreto-legge e/o della legge di conversione sotto il profilo del rispetto dei requisiti di validità costituzionale relativi alla pre-esistenza dei presupposti di necessità e urgenza, dal momento che il correlativo esame delle Camere in sede di conversione comporta una valutazione del tutto diversa e, precisamente, di tipo prettamente politico sia con riguardo al contenuto della decisione, sia con riguardo agli effetti della stessa”. Per un commento, G. PITRUZZELLA, *La straordinaria necessità ed urgenza: una "svolta" nella giurisprudenza costituzionale o un modo per fronteggiare situazioni di "emergenza" costituzionale?* in *Le Regioni*, 1995, n. 6, 1100-1108.

<sup>55</sup> Così [Corte cost., sent. 21 marzo 2011, n. 93](#). In particolare si osserva che “L'espressione utilizzata dalla Costituzione per indicare i presupposti alla cui ricorrenza è subordinato il potere del Governo di emanare norme primarie comporta, inoltre, «l'inevitabile conseguenza di dare alla disposizione un largo margine di elasticità», poiché la straordinarietà del caso che impone la necessità di dettare con urgenza una disciplina in proposito «può essere dovuta ad una pluralità di situazioni (eventi naturali, comportamenti umani e anche atti e provvedimenti di pubblici poteri) in relazione alle quali non sono configurabili rigidi parametri, valevoli per ogni ipotesi» ([sentenza n. 171 del 2007](#)),,.

<sup>56</sup> La questione in dottrina è stata piuttosto dibattuta avendo attribuito a tali lemmi talora un significato fortemente restrittivo, esaltando il profilo oggettivo (così, tra i primi, G. VIESTI, *Il decreto-legge*, Jovene, Napoli, 1967, 118), mentre in altre ipotesi si tende a sottolineare l'aspetto altamente soggettivo della valutazione che governo e poi parlamento devono compiere (v., per tutti, C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., 835). Nella prassi tuttavia tali requisiti sono stati completamente disattesi determinando abusi del decreto legge. V., a quest'ultimo proposito, G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Uso e abuso del decreto-legge* in *Diritto e società*, 1978, n. 2, 241-260 e A. CELOTTO, *L'abuso del decreto-legge*, Cedam, Padova, 1997, 408.

<sup>57</sup> In questo senso v., [Corte cost., sent. n. 171/2007](#). Vedi, in dottrina, per un commento, *ex plurimis*, P. CARNEVALE, *Il vizio di “evidente mancanza” dei presupposti al debutto quale causa di declaratoria di incostituzionalità di un decreto legge: il caso della sentenza n. 171 del 2007*, in *Giur. it.*, 2007, 2677; A. CELOTTO, *C'è sempre una prima volta... (La Corte costituzionale annulla un decreto-legge per mancanza dei presupposti)*, in *Consulta OnLine, Studi 2007*; R. DICKMANN, *Il decreto-legge come fonte del diritto e strumento di governo (nota a Corte cost., 23 maggio 2007, n. 171)*, in [Federalismi.it](#) 12/2007; A. GUAZZAROTTI, *Il rigore della Consulta sulla decretazione d'urgenza: una camicia di forza per la politica?* in [Forum di Quaderni costituzionali](#); R. ROMBOLI, *Una sentenza “storica”: la dichiarazione di incostituzionalità di un decreto-legge per evidente mancanza dei presupposti di necessità e di urgenza* in *Foro it.*, 2007, 1986.

<sup>58</sup> Sul concetto di “straordinarietà” si rinvia in particolare a L. CARLASSARE, *Conversazioni sulla Costituzione*, Cedam, Padova, 2002, 121 mentre in senso ampio, sul dibattito relativo all'interpretazione dell'espressione “casi straordinari di necessità e urgenza”, v. C. PINELLI, *Il decreto-legge e la teoria costituzionale: profili introduttivi*, in A. Simoncini (a cura di), *L'emergenza infinita*, cit., 57.

<sup>59</sup> Cfr. F. MODUGNO, *Riflessioni interlocutorie sulle conseguenze della trasformazione del decreto-legge*, in *Scritti in memoria di A. Piras*, Giuffrè, 1996, 467.

<sup>60</sup> A parere della Corte costituzionale, “pur non avendo, in sé e per sé, rango costituzionale, e non potendo quindi assurgere a parametro di legittimità in un giudizio davanti a questa Corte, costituisce esplicitazione della *ratio* implicita

secondo un'interpretazione ricavabile dalla stessa costituzione, la disciplina delle materie indicate nell'articolo 72, comma 4, della Costituzione nonché la regolazione dei rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti<sup>61</sup>.

Da qui ne può venire un regime eccezionale che, a differenza ad esempio dei decreti-legge spagnoli a cui per espressa disposizione costituzionale è vietato<sup>62</sup>, ben potrebbe incidere sul normale funzionamento delle istituzioni come anche sull'esercizio di qualunque diritto e libertà – compreso quello alla vita o all'identità personale - nulla disponendo la Carta costituzionale in merito<sup>63</sup>.

Più puntuale si mostra invece il limite procedurale collegato al “controllo” dell'atto eccezionale, decisamente incisivo, come pure voluto dai Costituenti, innanzitutto a partire da quello effettuato dal Parlamento che può anche non convertire l'atto, implicitamente affermando la “responsabilità del Governo” (come previsto all'art. 77 Cost., comma 2), responsabilità che addirittura, in caso di evidente abuso, si può far valere espressamente con la revoca della fiducia parlamentare. In sede di conversione poi è ben riconosciuto alle Camere, secondo la prassi, tacendo in proposito il dettato costituzionale<sup>64</sup>, il potere di emendare il testo senza tuttavia stravolgerne il contenuto.

Sul tipo di controllo invece giudiziario la relativa disciplina è ricavabile sulla base anche qui delle disposizioni costituzionali che mettono in gioco la responsabilità del Governo. La Corte costituzionale, come sostenuto in diverse pronunce, può così sindacare, circa la sussistenza dei requisiti di necessità e urgenza, tanto il decreto legge quanto la legge di conversione, eventualmente dichiarandone l'illegittimità per assenza dei presupposti costituzionali.

---

nel secondo comma dell'art. 77 Cost., il quale impone il collegamento dell'intero decreto-legge al caso straordinario di necessità e urgenza, che ha indotto il Governo ad avvalersi dell'eccezionale potere di esercitare la funzione legislativa senza previa delegazione da parte del Parlamento” (punto 3.3). [Corte cost., sent. 16 febbraio 2012, n. 22.](#)

<sup>61</sup> All'art. 15, comma 2 si dispone invero che “il Governo non può, mediante decreto-legge: a) conferire deleghe legislative ai sensi dell'articolo 76 della Costituzione; b) provvedere nelle materie indicate nell'articolo 72, quarto comma, della Costituzione; c) rinnovare le disposizioni di decreti-legge dei quali sia stata negata la conversione in legge con il voto di una delle due Camere; d) regolare i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti; e) ripristinare l'efficacia di disposizioni dichiarate illegittime dalla Corte”. In dottrina si parla ma su questo non ci si trova d'accordo, di legge ordinaria rinforzata in senso materiale atteso il collegamento con elementi sostanziali della Costituzione: cfr. A. CELOTTO, *Un rinvio rigoroso ma...laconico. Linee-guida per una riflessione*, in *Rass. Parl.*, 2002, 810.

<sup>62</sup> Secondo il primo comma dell'art. 86 della costituzione spagnola se il governo può dettare disposizioni legislative che prenderanno la forma dei decreti-leggi laddove ricorrano condizioni non dissimili da quelle italiane - *en caso de extraordinaria y urgente necesidad* – incontra tuttavia importanti limiti sostanziali non potendo essi “afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general”. Sulla distinzione del modello spagnolo che ha “poco o nulla ha a che fare col suo equivalente italiano”, individuando il primo, tra l'altro, materie escluse dalla disciplina del decreto legge, v. A. M. CARMONA CONTERAS, *Il decreto-legge in Spagna tra Costituzione e prassi* in A. Simoncini (a cura di), *L'emergenza infinita*, cit., specificamente, 269 e 282. Tuttavia, una pronuncia del Tribunale costituzionale spagnolo su un decreto-legge n. 16/2012 (recante “misure urgenti per garantire la sostenibilità del *Sistema Nacional de Salud* e migliorare la qualità e la sicurezza delle sue prestazioni”), nel rigettare il ricorso che contestava l'utilizzo di tale decretazione d'urgenza per l'introduzione di modifiche strutturali che andavano ad incidere sull'attuazione del diritto alla salute tutelato dalla Costituzione, sembra snaturare la disposizione costituzionale. Il Tribunale costituzionale ha invero finito con intendere i limiti sostanziali *ex art. 86 Cost.* in termini fortemente restrittivi escludendo da questo ambito materiale, ostativo all'adozione del decreto-legge, il diritto alla salute. Secondo il giudice delle leggi “la protección de la salud, concluyendo en que, como ya se ha hecho constar, no se encuentra, por razón de su ubicación sistemática, en el catálogo de aquellos derechos cuya regulación por decretoley deba someterse al ámbito aplicativo de los citados límites materiales instituido en aquel pasaje constitucional”. Per un commento in dottrina italiana, v. S. COCCHI, *Indietro tutta? Il diritto all'assistenza sanitaria in Spagna alla luce della STC 139/2016*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#).

<sup>63</sup> Diversamente si pone la Spagna. Anche la giurisprudenza costituzionale ha precisato che se sono ammesse discipline ‘singolari’ non si ammette una regolazione generale, mentre sono consentiti decreti-legge “sugli elementi accidentali o secondari dei diritti, dei doveri e delle libertà dei cittadini” ma non devono alterare i loro elementi strutturali o sostanziali. V., in proposito, tra le molte, Tribunal const., 2 dicembre 1983, n. 111/1983, Tribunal const. 20 maggio 1986, n. 60/1986, Tribunal const., 21 gennaio 1988, n. 3/1988, nonché Tribunal const., 28 ottobre 1997, n.182/1997.

<sup>64</sup> In merito, in dottrina si veda specificamente, C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., 849, che ha sostenuto la tesi dell'inammissibilità degli emendamenti al decreto legge tuttavia presto superata tanto dalla prassi che dalla giurisprudenza.

Alla luce di tutti gli aspetti fin qui considerati, volendosi allora in conclusione ‘classificare’ questo stato d’eccezione secondo la nostra concezione, il decreto legge *ex art. 77 Cost.* non potrebbe non essere considerato alla stregua di uno stato di eccezione intermedia di tipo medio ascrivibile in particolare al sottotipo semi-dittatoriale.

L’accentramento delle funzioni gestorie, unitamente allo spostamento della funzione normativa primaria ai fini della proclamazione dell’urgenza, in capo all’organo esecutivo in via esclusiva, non lascia invero alcun margine d’azione per un’effettiva partecipazione dell’organo rappresentativo, quest’ultimo ridotto a svolgere solo un ruolo di “sorveglianza” senza poter intervenire nella fase procedurale iniziale di adozione del decreto. L’intervento del Parlamento teso a temperare l’“assolutismo” del governo, pure tale per un certo lasso di tempo, s’inscrive infatti in una fase che è successiva a quella di avvio dello stato eccezionale. Discorso non diverso si deve fare per il controllo da parte del Giudice delle leggi, effettuato eventualmente solo a seguito dell’adozione del decreto legge, a effetti giuridici già prodotti, anche se in tal caso, potendo riguardare non solo la legge di conversione ma altresì il decreto legge stesso, potrebbe ben intervenire prima dei 60 giorni, come del resto “potrebbe” non attendere lo scadere del termine anche l’organo parlamentare col revocare la fiducia al Governo.

In quest’ottica se lo stato di diritto si rivela fortemente compresso stante una certa assenza di spazi democratici, mostra comunque di lasciare aperti quelli relativi al sindacato di conformità. Pur non potendosi dire allora uno stato d’eccezione pressoché dittatoriale proprio per questo sindacato e per la partecipazione *ex post* dell’organo democratico, l’assenza nella fase iniziale di una compartecipazione nelle scelte emergenziali o comunque di una interdipendenza tra più organi, determina un’evidente mancanza di qualunque meccanismo teso a controbilanciare le competenze dell’organo esecutivo attraverso un organo che sia rappresentativo anche della minoranza così portando a considerare la fattispecie del decreto legge come un’eccezione di tipo medio.

### 3. *L’enigma del potere di ordinanza.*

Il discorso sugli stati eccezionali nel nostro ordinamento merita ulteriore attenzione per più di una ragione ad incominciare dall’eccessivo impiego della legislazione di urgenza.

L’evento ‘straordinario’, come situazione che, come visto, consente l’attivazione di un regime eccezionale, in deroga transitoria a quello generalmente previsto, con passaggio di funzioni in capo al Governo, può facilmente tradursi, come pure temevano i costituenti memori dell’esperienza parlamentare passata<sup>65</sup>, nell’abuso da parte del potere esecutivo. Per tale via, di fronte a un Parlamento che talora mostra praticamente di abdicare alla sua funzione, si finisce così non solo per normalizzare l’emergenza stessa ma al contempo per trasformare il decreto legge in un ordinario strumento di normazione primaria<sup>66</sup>. L’uso generale<sup>67</sup> e non più speciale può far perdere di vista la natura

---

<sup>65</sup> Sull’abuso alla luce anche di rilievi statistici v. E. Clerici, *Assemblea Costituente, seduta pomeridiana 11 settembre 1947*, laddove lamenta che il “Governo in pratica è stato sempre più incontrollato in quella che è la sua tipica responsabilità verso le Camere, cioè per quanto riguarda i bilanci consuntivi, il che vuol dire che il Parlamento ha praticamente rinunciato alla sua precipua funzione, al suo tipico dovere, abdicando al controllo finanziario”, auspicando formule idonee a risolvere questo problema, “al fine di temperare, se non di vietare del tutto, l’uso dei decreti-legge. Anzi l’abuso, quell’abuso (si pensi, in sette anni dal 1907 al 1913 il Governo emanò 30 decreti-legge ed invece 2800 dal 1914 al 1921) per cui la Corte di cassazione del Regno, allora a sezioni unite, emanò una memorabile sentenza, — il 24 gennaio 1922, C. Mortara estensore-presidente — che dichiarava illegale un decreto-legge. E vi fu allora l’inizio coraggioso di una revisione che il fascismo poi ha stroncato”.

<sup>66</sup> V., in merito, M. LUCIANI, *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale*, in AA. VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011, 1163.

<sup>67</sup> Divenendo fonte ordinaria, data anche la forza di legge a prescindere dal procedimento: cfr. A. SIMONCINI, *Dieci anni di decretazione d’urgenza*, in P. Caretti (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2006: le fonti statali*, Torino, Giapicchelli, 2007, spec. 140.

straordinaria della forma di legislazione di urgenza e del relativo regime eccezionale inducendo addirittura la convinzione che manchi nel sistema costituzionale italiano uno stato d'eccezione.

Pertanto, l'eccessivo ricorso a strumenti emergenziali vede come protagonista nel nostro ordinamento non solo il decreto legge<sup>68</sup> ma anche l'ordinanza di necessità e urgenza riconducibile al tipo delle ordinanze contingibili e urgenti<sup>69</sup>.

Introdotta in particolare nell'epoca fascista e adottata ai fini della "tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica"<sup>70</sup>, si tratta di un atto in via di principio amministrativo ma che secondo la giurisprudenza sarebbe dotato di carattere normativo in generale<sup>71</sup> sia pure privo di forza di legge<sup>72</sup>. Vale a dire: sostanzialmente si configurerebbe addirittura come un atto normativo primario ma formalmente come un atto amministrativo. Questo compromesso se porta a sottrarlo al controllo di costituzionalità<sup>73</sup>, nello stesso tempo induce ad escludere che si possa trattare di un atto predeterminato nella sua sostanza<sup>74</sup>.

Seppure si ammette infatti che a differenza delle ipotesi di cui agli artt. 77 e 78 Cost. nel nostro ordinamento costituzionale non sono individuabili "clausole che autorizzino in via generale modifiche, o anche soltanto deroghe, alla normativa primaria con disposizioni relative tanto a casi singoli quanto ad una generalità di soggetti o a una serie di casi (possibili) per motivi di necessità e/o urgenza", si ritiene comunque possibile l'adozione di atti amministrativi "con effetto di deroga - ma non anche di abrogazione o di modifica - della normativa primaria" purché per l'esercizio da parte di autorità amministrative di poteri simili, sia pure in campo di difesa civile, vi sia una "specificata autorizzazione legislativa che, anche senza disciplinare il contenuto dell'atto (questo in tal senso può

<sup>68</sup> Per tutti, v. A. CELOTTO, *L'abuso del decreto-legge*, Cedam, Padova, 1997.

<sup>69</sup> La letteratura sul tema è ampia. Si può rinviare, *ex plurimis*, per citare i primi scritti, a M. SCUDIERO, *In tema di ordinanze prefettizie ex art. 2 T.U. leggi di pubblica sicurezza e libertà costituzionali*, in *Foro penale*, 1962, II, 102; G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza (diritto cost. e ammin.)* in *Noviss. Dig. It.*, vol. XII, UTET, 1965; L. CARLASSARE, *Ordinanze prefettizie e diritto di sciopero*, in *Giur. cost.*, 1977, I, 258; F. BAROLOMEL, *Ordinanza (dir. ammin.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Giuffrè, Milano, 1980, 970; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Giuffrè, Milano, 1990; F. MIGLIARESE, *Ordinanze di necessità*, in *Enc. Giur.*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani, XXII, 1990, 31. Più di recente, invece, v. G. RAZZANO, *Le ordinanze di necessità e di urgenza nell'attuale ordinamento costituzionale*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, IV, Jovene, Napoli, 2008, 1966; A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità e urgenza tra storia e diritto*, in A. Vignudelli (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Giuffrè, Milano, 2009, 172.

<sup>70</sup> Disciplinato dall'art. 2 del T.U. adottato con r.d. 18 giugno 1931, n. 773 (*Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza*). Qui si attribuisce al prefetto, "nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, (...) facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica".

<sup>71</sup> In dottrina, da ultimo, E. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, BUP, 2019. Sulla capacità di produrre norme, v. G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, cit., 93. In giurisprudenza, sul carattere normativo, anche se non configurabili come atti ricompresi "tra le fonti del nostro ordinamento giuridico", v. in modo specifico [Corte cost., sent. 4 gennaio 1977, n. 4](#). Le ordinanze ad avviso del giudice delle leggi "non innovano al diritto oggettivo; né, tanto meno, sono equiparabili ad atti con forza di legge, per il sol fatto di essere eccezionalmente autorizzate a provvedere in deroga alla legge (...), sia che si rivolgano (come nella specie é avvenuto) a destinatari determinati, prescrivendo loro un comportamento puntuale, sia che dispongano per una generalità di soggetti e per una serie di casi possibili, ma sempre entro i limiti, anche temporali, della concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare".

<sup>72</sup> La Corte costituzionale ha sempre negato l'equiparabilità agli atti con forza di legge. V., [Corte cost., sent. 4/1977](#), cit. e ancor prima [Corte cost., sent. 20 giugno 1956, n. 8](#), in *Giur. cost.*, 1956, con commento ivi di G. TREVES, *La costituzionalità dei provvedimenti amministrativi di necessità e di urgenza*, 994. Pertanto quest'ultimo sindacato di legittimità avente ad oggetto le ordinanze prefettizie - previste in particolare all'art. 2 del T.U. delle leggi di pubblica sicurezza, relativo allo "strillonaggio dei giornali nelle pubbliche vie e la vendita degli stessi a domicilio" - rispetto agli artt. 76 e 77, oltre all'art. 21, rientra tra le prime pronunce adottate dalla Consulta.

<sup>73</sup> V., in senso contrario C. MORTATI, *Atti con forza di legge*, Giuffrè, Milano, 1964, 68, ma anche F. MODUGNO, *Appunti delle lezioni sulle fonti del diritto*, Giappichelli, Torino 2005, 82 per il quale se è "possibile rinvenire in esse i caratteri dell'atto normativo, come atto che pone prescrizioni ripetibili o che incide su prescrizioni già di per sé dogmaticamente considerate normative, allora a nulla vale ridurle ad atti amministrativi per negarne valore normativo".

<sup>74</sup> Cfr. G.U. RESCIGNO, *op. ult. cit.*, 91, per il quale il contenuto è "di volta in volta determinato con lo stesso atto di ordinanza, restando il relativo potere di ordinanza virtualmente libero di scegliere qualunque oggetto entro quella materia e per quei certi fini".

considerarsi libero), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata"<sup>75</sup>. Malgrado non risulti disciplinato il contenuto resterebbe così salvo il principio di legalità, posto alla base dello stato di diritto, quantomeno sostanziale<sup>76</sup>.

L'assenza di una definizione preventiva della competenza conferita all'autorità amministrativa pone però in rilievo alcuni aspetti problematici in particolare quanto alla delimitazione della discrezionalità amministrativa come poi verificabile con il giudizio di conformità.

Non definendosi in astratto, con atto legislativo, il contenuto della competenza amministrativa e quindi i 'limiti' all'esercizio di tale competenza diventa più complesso per il soggetto chiamato a verificare la conformità - il giudice - sindacare l'attività dell'amministrazione nel suo concreto esercizio<sup>77</sup>, anche laddove questa si riduca a porre, in via di urgenza<sup>78</sup>, mere deroghe transitorie alla legge ordinaria. A sua volta più complesso si rivela il sindacato di conformità dell'autorizzazione legislativa, priva di contenuto, rispetto alla Costituzione da parte del giudice delle leggi.

Ma non solo. A fronte di queste incertezze, si deve anche dire che da qualche parte della dottrina altri dubbi sono stati espressi riguardanti ancor prima la stessa legittimità. Se per diversi autori l'ordinanza trarrebbe legittimazione addirittura da un principio generale non scritto<sup>79</sup> - dunque non costituzionale - oppure dalla necessità, non essendo sufficiente gli strumenti previsti dal diritto<sup>80</sup>, ovvero dalla contingenza e necessità in sé stessa - e risuona qui il monito del costituente Mortati sulla necessità come fonte autonoma di diritto non sindacabile dai giudici<sup>81</sup> - all'opposto, altra parte di condivisibile dottrina sembra esprimere forti dubbi di costituzionalità: nel senso che si sarebbe andato costruendo nel tempo, anche a seguito della legge del 1992<sup>82</sup>, un sistema parallelo costituzionalmente dubbio, perché fuori dal quadro costituzionale, rispetto a quello "legalmente precostituito"<sup>83</sup>. Si finirebbe invero per ritenere legittima, per motivi di urgenza, una deroga al principio di legalità non consentita in via ordinaria: se fuori dall'urgenza non può essere accettata "l'assoluta indeterminatezza

<sup>75</sup> [Corte cost., sent. 28 maggio 1987, n. 201](#). La Corte è chiamata qui a risolvere conflitti di attribuzione e questioni di costituzionalità sollevate da alcune regioni rispetto ad alcune ordinanze del Ministro per il coordinamento della difesa civile relative allo smaltimento di rifiuti tossici e nocivi. Il giudice costituzionale osservando l'assenza di clausole generali derogatorie a favore del Governo dichiarò la sua incompetenza a intervenire con mezzi e poteri straordinari, essendo sufficiente "l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni competenti in via ordinaria". Per un commento con osservazioni anche sul potere derogatorio e sul richiamo alla urgente necessità piuttosto che all'emergenza, V. ANGIOLINI, *Urgente necessità ed emergenza: la Corte costituzionale ci ripensa?* in *Le Regioni*, 1987, 1572.

<sup>76</sup> Cfr. M. LUCIANI, [Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza](#), in questo stesso *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, 5.

<sup>77</sup> Viene così meno "l'essenziale della legalità in senso sostanziale, e cioè la possibilità di commisurare l'atto concreto al tipo astratto previsto dalla legge": G.U. RESCIGNO, *Recenti e problematici sviluppi del potere di ordinanza del Sindaco*, in R. Borrello, M. Manetti (a cura di), *Sicurezza urbana: poteri e garanzie*, Maggioli, 2011, 25.

<sup>78</sup> Cfr. F. SATTA, *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Enc. Giur.*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani, XXII, 1990, spec. 3 e 5. Secondo l'A. essendo l'ordinamento "istituzionalmente, necessariamente lacunoso, perché è impossibile raccogliere, prevedere, disciplinare ogni possibile fattispecie", le ordinanze sono necessarie ben disciplinando "situazioni che sfuggono alla disciplina ordinaria, per i caratteri speciali che tali situazioni presentano: non abrogano e non sospendono (...) ma accertano il verificarsi di una situazione di fatto - di emergenza - non prevista dalla legge, che la rende in concreto inapplicabile".

<sup>79</sup> M. S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, XXVII, 1948, 949, ora in *Scritti*, IV, Giuffrè, Milano, 2004, 953.

<sup>80</sup> Così, sostanzialmente, M. GNES, *I limiti del potere di urgenza*, cit., 673. A un fenomeno per *extra ordinem*, senza alcun rapporto con ciò che è ordinario, fa riferimento A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità e urgenza tra storia e diritto*, cit., 156.

<sup>81</sup> Vedi in particolare il discorso in Assemblea costituente riportato alla nota n. 47

<sup>82</sup> Legge 225 del 24 febbraio 1992, "Istituzione del servizio nazionale di protezione civile".

<sup>83</sup> Cfr. C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Dir. Pubbl.*, 2009, 2, 317. L'A osserva, in modo particolare, quanto alla decretazione d'urgenza e alle ordinanze contingibili e urgenti, che si è non "soltanto di fronte a sporadiche violazioni della legalità costituzionale, ma ad una serie di violazioni tali da supporre un salto di qualità nella direzione di un sistema parallelo a quello legalmente precostituito". Rispetto all'eccessivo impiego delle ordinanze, soprattutto a seguito della legge n. 225/92 sulla protezione civile, qualche autore ha invece fatto riferimento a "un vero e proprio sistema di diritto amministrativo parallelo a quello ordinario, che si estende alle categorie più diverse di fatti di amministrazione": V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità*, cit. 377.

del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una «totale libertà» al soggetto od organo investito della funzione», questa 'indeterminatezza' potrebbe essere tollerata in casi straordinari venendo meno la necessità che l'esercizio della funzione "sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa"<sup>84</sup>. Che quest'atto amministrativo dal "contenuto libero", soggetto a giudizio di conformità a una legge dal punto di vista sostanziale a dir poco non facile, possa produrre effetti derogatori per la normativa primaria al pari di un atto primario in ragione dell'urgenza non sembra tuttavia stabilito nella fonte sulla produzione per eccellenza.

Malgrado la riconosciuta legittimità da parte della Corte costituzionale<sup>85</sup>, questa fonte-atto originatasi *ante Constitutionem*, non è prevista nella Carta fondamentale che, a sua volta, non considera aperto l'elenco delle forme normative neanche nei casi straordinari di necessità e urgenza al contrario individuando invece per tali eventi unicamente nel decreto legge l'atto idoneo a farvi fronte e a risolverli<sup>86</sup>: da quest'ultimo dovrebbe essere perciò almeno mediato<sup>87</sup> così da determinare non solo la sua possibile adozione ma anche un suo sufficiente contenuto affinché possa trovare attuazione il controllo di conformità. Allora anche la "deroga" nel caso di urgenza e necessità presente nelle ordinanze, seppure transitoria, dovrebbe da questa fonte intermediaria essere prevista con la distinzione, quanto alla disposizione di diritti costituzionali, tra le ipotesi in cui la Costituzione stabilisca che la legge provveda direttamente a disciplinare una determinata materia, quale è per esempio, art. 13, comma 3, in cui non si potrebbe ammettere, attraverso il decreto legge, l'adozione di atti amministrativi che dispongano in difformità alla legge prevista dalla Costituzione e ipotesi in cui con la legge possono concorrere atti normativi dell'autorità amministrativa, purchè il "potere di

---

<sup>84</sup> Vedi specificamente [Corte cost., sent. 115/2011](#), cit., con note di D. MORANA, *La rivincita dell'art. 23 Cost. sulle ordinanze di sicurezza urbana (senza bisogno di invocare un principio supremo dello Stato di diritto)*, 1606 ss. e V. CERULLI IRELLI, *Sindaco legislatore?* 1600. La pronuncia fa seguito alla riforma dell'art. 54 d.lg. 18 agosto 2000, n. 267 ("testo unico degli enti locali"), modificato con l'art. 6 d.l. 23 maggio 2008, n. 92122 che aveva provato ad attribuire al Sindaco ordinanze "anche" non contingibili e urgenti al fine di "prevenire ed eliminare gravi pericoli che minaccino" interessi come la "incolumità pubblica" e la "sicurezza urbana". La Corte costituzionale dichiarò la incostituzionalità nella parte in cui comprende la locuzione "anche" prima delle parole "contingibili e urgenti".

<sup>85</sup> [Corte cost., sent. 8/1956](#). Il giudice costituzionale qui nel ritenere che si dovesse aver riguardo al significato rivestito dalla norma "non nel sistema in cui essa storicamente ebbe nascita, bensì nell'attuale sistema", come interpretato dalla giurisprudenza, ritenne infondata la questione di legittimità costituzionale, "in considerazione che i provvedimenti del genere hanno il carattere di atti amministrativi adottati dal Prefetto nell'esercizio dei compiti del suo ufficio, strettamente limitati nel tempo, in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza, e vincolati ai principi dell'ordinamento giuridico". Torna poi sul tema in un'altra pronuncia e in particolare [Corte cost., sent. 27 maggio 1961, n. 26](#). Quest'ultima pronuncia nel dichiarare la illegittimità dell'art. 2 "nei limiti in cui esso attribuisce ai Prefetti il potere di emettere ordinanze senza il rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico", implicitamente ritenne legittima questa fonte. In considerazione anche di una pregressa sentenza emessa dalle Sez. Unite Corte di cassazione, 16 giugno 1958, n. 2068, che inquadrava l'ordinanza prefettizia nella categoria delle c.d. "ordinanze libere" (capaci addirittura di affievolire i diritti soggettivi dei cittadini, garantiti dalla Costituzione, ad interessi legittimi), giunse così ad escludere che "le ordinanze prefettizie potessero menomare l'esercizio dei diritti garantiti dalla Costituzione: dichiarazione che sarebbe stata in netto contrasto con l'affermazione che quelle ordinanze debbono essere vincolate ai principi dell'ordinamento giuridico". In particolare, su questa pronuncia, per un commento in dottrina, cfr. V. CRISAFULLI, *Il "ritorno" dell'art. 2 delle leggi di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1961, 886, in modo specifico laddove l'A., con riferimento all'espressione utilizzata nella pronuncia della Corte n. 8/56 ritiene che il "significato concretamente assunto dalla "norma vivente" sembra configurarsi come sintomo di una insuperabile resistenza offerta dal testo ad una interpretazione riduttiva e "costituzionale".

<sup>86</sup> Molti studiosi ritengono tale atto non conciliabile con l'ordinamento costituzionale. V., in tono critico, per la sua incapacità di "adattarsi al mutato ambiente costituzionale", in modo particolare G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Giuffrè, Milano, 2003, 448. Di "rilevanti problemi con riferimento alla compatibilità di queste fattispecie con le norme e i principi dell'ordinamento costituzionale" parla anche V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 355, pur sembrando meno critico, ritenendolo atto necessario.

<sup>87</sup> V. in tal senso M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, 5, laddove osserva che "escluso che i provvedimenti emergenziali possano vedersi riconoscere la forza (e dunque anche il valore, con conseguente sindacabilità da parte della Corte costituzionale) di legge, la fonte primaria "intermediaria" non potrà comunque limitarsi alla generica previsione della loro adottabilità".

emettere ordinanze di necessità e urgenza (...) incontri “adeguati limiti all’esercizio di tale potere” nella fonte intermediaria<sup>88</sup>.

In questo quadro con diverse ombre, più chiari appaiono invece i presupposti fattuali costituenti al contempo condizione e limite dell’ordinanza.

Presupposti inscindibili al potere di ordinanza<sup>89</sup> sembrano invero la contingibilità e l’urgenza, intesa come situazione attuale straordinaria<sup>90</sup> e quindi la temporaneità degli effetti: questi ultimi possono dispiegarsi nei limiti della «concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare»<sup>91</sup> cosicché non possono essere ammesse ordinanze “ordinarie” – nel caso specifico, sindacali - seppure tese a far fronte a «gravi pericoli che minacciano l’incolumità pubblica e la sicurezza urbana». Oltre ai limiti affermati inizialmente, quali l’efficacia temporanea, la adeguata motivazione, la pubblicazione e la conformità dell’ordinanza ai principi dell’ordinamento giuridico si vanno aggiungendo in tal modo altri criteri<sup>92</sup>.

### 3. La dichiarazione di emergenza nel Codice della protezione civile

Dall’affermazione che per l’esercizio da parte di autorità amministrative di poteri di ordinanza derogatorie, sia pure in campo di difesa civile, è necessaria una “specificata autorizzazione legislativa”, si arriva così alla legge n. 225 del 1992<sup>93</sup> - confluita poi nel Codice della protezione civile - relativa, stante il titolo, alla “Istituzione del servizio nazionale di protezione civile” ma in realtà riguardante anche altri profili decisamente rilevanti come quelli connessi alle fonti del diritto.

Attraverso questa via ordinaria si disciplina invero lo “stato di emergenza”, non previsto in Costituzione, consentendosi tuttavia un regime certamente derogatorio rispetto al regime generale e ordinario: con esso non solo si può incidere sulla sfera di libertà fondamentali direttamente garantite da precetti costituzionali (coperte in alcune ipotesi da riserve di legge assoluta come è il caso dell’art. 13 Cost.), ma si determina altresì uno spostamento delle competenze di produzione normativa in capo all’esecutivo, anche attraverso ordinanze che hanno, come visto, la forza di derogare, al pari di una fonte primaria, “ogni disposizione vigente, e nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento giuridico e delle norme dell’Unione europea”.

Subordinando alla dichiarazione di emergenza l’adozione delle stesse ordinanze e al contempo “autorizzandole” a derogare la legislazione vigente, questa legge sembra così porsi come una fonte sulla produzione non già di livello costituzionale, pur se ritenuta, malgrado le non poche perplessità costituzionali<sup>94</sup>, legittima dalla Corte costituzionale<sup>95</sup>.

---

<sup>88</sup> Così inizialmente [Corte cost., sent. n. 26/1961](#).

<sup>89</sup> [Corte cost., sent. 115/2011](#), cit.

<sup>90</sup> V., in merito, anche P. CARETTI, *La “crisi” della legge parlamentare*, in [Osservatoriosullefonti.it](#), 2010, n. 1 nonché A. CARAPPELLUCCI, *Il potere di ordinanza oltre l’emergenza: i problemi dell’impiego ordinario di uno strumento extra ordinem*, in *Foro amm.*, TAR, 2010, 321. Si può citare come esempio in tal senso anche l’estensione dei poteri di protezione civile ai c.d. “grandi eventi”, quale era stata disposta dall’art. 5-bis, comma 5, del decreto legge n. 343/2001, come convertito in legge n. 401/2001 e poi successivamente abrogata con legge 24 marzo 2012, n. 27.

<sup>91</sup> Ancora, [Corte cost. sent. n. 115/2011](#).

<sup>92</sup> Vedi, in modo specifico, anche C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell’emergenza: fonti e poteri*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo dell’emergenza*, Giuffrè, Milano, 2006, 12.

<sup>93</sup> Legge 24 febbraio 1992, n. 225 come modificato nel tempo, in ultimo, con il decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93 e la legge di conversione 15 ottobre 2013, n. 119, oggi infine, con d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, divenuto Codice della protezione civile.

<sup>94</sup> Perplessità costituzionali sono espresse anche da G. MARAZZITA, *Le ordinanze di necessità dopo la l.n. 127 del 1995 (Riflessioni a margine di Corte cost. n. 127 del 1995)*, in *Giur.cost.*, 1996. A possibili profili di incostituzionalità fa riferimento altresì G. RAZZANO, *Le ordinanze di necessità e di urgenza*, Giuffrè, Milano, 2008.

<sup>95</sup> Essendo indispensabile, “nelle improvvise e gravi emergenze (...) una direzione unitaria, che possa agire immediatamente, in un quadro di chiarezza e di certezza per quanto attiene alle competenze”. [Corte cost., sent. 22 ottobre 1992, n. 418](#).

Al verificarsi di eventi straordinari individuati nel testo medesimo, all'art. 2, comma 1, lettera c)<sup>96</sup>, consistenti non soltanto in “calamità naturali” ma anche nelle “connesse attività dell'uomo”<sup>97</sup> di cui non si specifica tuttavia la natura - trattandosi di meri eventi “che per intensità ed estensione debbono, con immediatezza dell'intervento, essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari” – prende così avvio il procedimento<sup>98</sup> di attivazione e gestione dell'emergenza, quest'ultima – sembrerebbe - attuata attraverso l'adozione delle ordinanze motivate<sup>99</sup>.

Pur potendosi, come dianzi accennato, per questa via derogare transitoriamente a disposizioni normative anche di primo grado, questa normativa non prevede alcun controllo democratico.

La fase procedimentale di apertura vede infatti un unico soggetto chiamato a deliberare lo stato di emergenza - ovvero il Consiglio dei ministri, salvo la preventiva intesa con il Presidente della Regione interessata - senza alcuna condivisione con altri organi, né si mostra bilanciata da un contrappeso democratico derivante dal controllo della rappresentanza parlamentare, sia esso preventivo oppure successivo. Il Parlamento sembra completamente emarginato da qualunque valutazione anche circa l'attuazione del regime emergenziale, non intervenendo neanche nella fase successiva della gestione.

Inizialmente, peraltro, non erano previste neanche garanzie di tipo temporali e giurisdizionali. Solo in seguito sono state introdotte disposizioni legislative disciplinanti la durata massima della dichiarazione dello stato di emergenza - non superiore ai 180 giorni prorogabile per non più di ulteriori 180 giorni, *ex art. 5 comma 1-bis* - e ammettendosi il ricorso innanzi alla autorità giurisdizionale amministrativa contro le ordinanze e i consequenziali provvedimenti commissariali<sup>100</sup>. Dal punto di vista dei presupposti e quindi dei “limiti” sostanziali, la normativa stabilisce così attualmente che la deliberazione deve individuare la “durata ed estensione territoriale” in considerazione dell'evento emergenziale, ovvero con “specifico riferimento alla qualità ed alla natura degli eventi”<sup>101</sup>, pur nella prassi talora rivelando il venir meno del requisito della straordinarietà dell'evento<sup>102</sup>.

Altro profilo aspetto rilevante è quello del controllo di conformità.

Seppure l'atto dichiarativo, assumendo le vesti di un provvedimento amministrativo non consente, a differenza del decreto legge, un controllo di costituzionalità<sup>103</sup>, non resta certamente sottratto a una verifica della sussistenza dei “presupposti legislativamente richiesti” per la proclamazione emergenziale innanzitutto innanzi al giudice amministrativo ma anche ordinario, “nell'ambito delle rispettive competenze”<sup>104</sup>.

In definitiva, alla luce di tutti questi aspetti, questo stato d'eccezione, mostrando un accentramento delle competenze in un unico organo – il Governo e il suo apparato amministrativo – in assenza di limiti procedurali che tutelino il permanere di uno stato di diritto democratico, se non per il controllo di conformità, si rivela di tipo forte.

---

<sup>96</sup> Attualmente art. 7, comma 1 lett. c) del già menzionato Codice di protezione civile.

<sup>97</sup> Come modificato dalla lettera b) del comma 1 dell'art. 1, Decreto legge 15 maggio 2012, n. 59, ricorrendosi prima all'espressione “altri eventi”.

<sup>98</sup> “Quasi perfetto”, secondo qualche voce in dottrina, perchè rispondente ai requisiti previsti dalla Corte costituzionale: così G. RAZZANO, *Le ordinanze di necessità e di urgenza*, cit. 1981.

<sup>99</sup> Art. 25, comma 1, del Codice della protezione civile. Sulle ordinanze, natura e limiti, secondo la legge n. 225/92; F. SEVERI, *Le ordinanze della legge n.225/92 sulla protezione civile*, Giuffrè, Milano, 1996.

<sup>100</sup> Il limite temporale e la garanzia giurisdizionale sono stati introdotti in un secondo momento, rispettivamente, il primo, dal decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93, convertito con legge 15 ottobre 2013, n. 119, il secondo, dal d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104, modificato dal d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160.

<sup>101</sup> Così art. 5, comma 1 dedicato specificamente a “stato di emergenza e potere di ordinanza”, della legge 225/92 oggi divenuto art. 24 disciplinante solo lo stato di emergenza.

<sup>102</sup> In termini critici, F. GANDINI – A. MONTAGNI, *La protezione civile*. Milano: Giuffrè, Milano, 2007, 56.

<sup>103</sup> Cfr. G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1996, 2189. Oltre a questo punto, dubbi di costituzionalità vengono anche, secondo l'A., dal rinviare, a seguito della dichiarazione emergenziale, ad altre autorità il compito di decidere con ordinanze, dall'esclusione del Parlamento e del Presidente della Repubblica dalla vicenda.

<sup>104</sup> [Corte cost., sent. 24 febbraio 2010, n. 83.](#)

#### 4.1. *Il rispetto del principio di sovraordinazione tra fonti e il sindacato di conformità*

Pur apprezzando lo sforzo che con il Codice della protezione civile si è compiuto per tutelare l'integrità ordinamentale in caso di emergenze, restano alcune problematiche<sup>105</sup> non solo riguardanti la capacità di porre uno stato di eccezione che ben può limitare diritti costituzionali e tuttavia non previsto in Costituzione ma anche quanto al rispetto del principio di sovraordinazione tra fonte sulla produzione legislativa e fonte di produzione.

Malgrado infatti sia intervenuta, tra le altre, una pronuncia della Corte costituzionale tesa a puntualizzare il 'limite' del potere eccezionale di deroga temporanea della normativa primaria da parte delle ordinanze, dato dal rispetto, tra l'altro, del principio di proporzionalità (rispetto alla situazione concreta emergenziale)<sup>106</sup>, il nostro sistema costituzionale non sembra prevedere un'autorizzazione che abiliti, sia pure in via transitoria, a derogare alle leggi fuori dalla procedura legislativa. Anzi, la "forma democratica nella sua specificazione parlamentare"<sup>107</sup> postula che la funzione legislativa straordinaria derivante dagli artt. 77 e 78 Cost., "spettando in prima battuta al Governo, abbisogna di un intervento preventivo (art. 78) o successivo (art. 77) delle Camere"<sup>108</sup>.

La procedura legislativa, organizzata in Costituzione, prevede, secondo un novero tassativo, diversi atti (legge ordinaria, decreto legge convertito, decreto legislativo) idonei perciò, conformemente alla Costituzione, a derogare le fonti legislative e chiamati eventualmente a comprimere anche diritti e libertà fondamentali laddove la disciplina sarebbe riservata in via esclusiva alle assemblee legislative. Adempiendo alla riserva legislativa prevista dalla Costituzione, questa norma primaria è così soggetta a scrutinio di legittimità costituzionale.

In questo quadro poggiante su forme legislative costituzionalmente determinate non non sembrerebbero trovare spazio le ordinanze in parola: questi atti amministrativi, come dichiarato da sempre dalla stessa Corte costituzionali, sono tuttavia posti sullo stesso piano della legge, configurandosi come fonte "sostanzialmente" legislativa<sup>109</sup> giacché idonee a derogare, sia pure in via transitoria, atti aventi forza e valore di legge<sup>110</sup> e sottratte a qualunque controllo da parte della Corte costituzionale, se pur assoggettabili a sindacato del giudice amministrativo peraltro rispetto a un non chiaro parametro<sup>111</sup>.

La mediazione per le ordinanze "in deroga ad ogni disposizione vigente" sembrerebbe essere data qui infatti non già da un decreto legge ma dal provvedimento amministrativo dichiarativo dell'emergenza al quale si dovrebbe conformare.

In definitiva il Codice della protezione civile, malgrado il quadro costituzionale e le "forme" legislative da questo predefinite, sembra porsi come una fonte sulla produzione legittimando – al pari di una fonte costituzionale – l'adozione di ordinanze derogatorie di necessità ed urgenza "per ovviare a situazioni di emergenza", senza l'intermediazione neanche di una fonte normativa di grado primario, stando un principio fondamentale della materia della protezione civile che assumerebbe una "valenza particolarmente pregnante quando sussistano ragioni di urgenza che giustifichino un intervento unitario da parte dello Stato"<sup>112</sup>: questo sarebbe possibile giacché nel caso specifico della

---

<sup>105</sup> Perplexità sono manifestate anche da E. ALBANESI – R. ZACCARIA, *Le ordinanze di protezione civile "per l'attuazione" di decreti-legge (ed altri scostamenti dalla l. n. 225 del 1992)*, in *Giur.cost.*, (2009). 2231 ss.

<sup>106</sup> [Corte cost., sent. 14 aprile 1995, n. 127](#). V. per un commento, G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza*, in *Giur. cost.*, 1995, 2185 s.

<sup>107</sup> Cfr. MARAZZITA, *Le ordinanze di necessità*, cit., 525.

<sup>108</sup> Così G. MARAZZITA, *Ibidem*.

<sup>109</sup> Cfr. F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Torino: Giappichelli, Torino 2005, 81.

<sup>110</sup> In senso contrario v. M. CERASE, *Ordinanze di urgenza e necessità*. *Diz. dir. pubb. Cassese*, IV, 2006.

<sup>111</sup> All'art. 25, comma 1, si stabilisce che le ordinanze di protezione civile sono adottate "per il coordinamento dell'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza di rilievo nazionale".

<sup>112</sup> [Corte cost., sent. 9 luglio 2008, n. 277](#).

protezione civile si sarebbe rinunciato a “un modello centralizzato per una organizzazione diffusa a carattere policentrico”<sup>113</sup> sia pure mettendo fuori gioco il sindacato di conformità.

### 5. Alcune brevi conclusioni: il ritorno delle prerogative regie?

Con lo stato d’eccezione, pur non sospendendosi l’intero regime costituzionale, è ben possibile in definitiva arrivare alla sospensione del regime parlamentare, persino nella sua totalità. Con la sua affermazione sembra invero venire meno quasi sempre il rispetto del metodo democratico di produzione normativa, attribuendosi le competenze legislative all’organo esecutivo. Diversi possono essere così i ‘modelli’ eccezionali che consentono – secondo gradi diversi di decentramento parlamentare – di derogare ai principi dello stato democratico di diritto presenti nell’ambito della Costituzione vigente. L’esecutivo in questo modo, ribaltando il sistema che lo vuole controllato grazie in particolare alla “struttura” costituzionale, si trova nelle condizioni di limitare, dall’interno, secondo un diverso spazio di azione, le strutture democratiche e soprattutto di ridurre l’ambito di estensione dei meccanismi di controllo di conformità, meccanismo pure presupposto dalla stessa idea di stato di diritto che vuole, in principio, che ogni norma giuridica possa essere sottoposta a un sindacato di “conformità” rispetto ad una norma considerata come superiore.

Lo stato di diritto oggi di tipo forte quale è quello riconducibile allo stato di diritto costituzionale-democratico, che inevitabilmente implica una “limitazione” tanto per il legislatore democraticamente eletto quanto per gli organi responsabili davanti alla rappresentanza parlamentare, si ritrova a sua volta ad essere limitato a fronte dell’affermazione di uno stato di eccezione e, con questo, del passaggio della funzione normativa in capo all’esecutivo e della modifica temporanea del sistema di produzione normativa.

Pur riducendosi al minimo essenziale, lo stato di diritto deve tuttavia vedere comunque il permanere della determinazione, a un grado che sia costituzionale o altro più o meno elevato, delle norme giuridiche che lo compongono, tesa ad individuare soggetti, competenze e procedure, anche solo per le ipotesi eccezionali che attribuiscono l’abilitazione specifica e condizionata, affinché siano posti limiti giuridici, verificabili, agli atti dell’esecutivo e più, in generale, alla discrezionalità del governo. Senza questo spazio minimo di un diritto determinato nonchè controllabile ‘salterebbe’ il sistema stesso laddove lo stato di eccezione, quale produzione di norme non più collegata a determinate regole sino ad allora vigenti, si tradurrebbe in uno stato non già di riduzione degli assetti democratici ma dittatoriale a tutti gli effetti.

Il giudizio di ‘conformità’ della norma, da parte di un soggetto separato da quello che l’ha prodotta, rispetto alla norma superiore, in quanto determinato e controllabile, costituisce allora, come sostenuto in precedenza, una delle “garanzie fondamentali dello Stato di diritto”, esercitandosi con esso “un giudizio sulla conformità o meno dell’atto del Governo alla legge”<sup>114</sup>.

---

<sup>113</sup> [Corte cost., sent. 16 ottobre 2003, n. 327](#). A dire della Corte “Con l’istituzione del Servizio nazionale della protezione civile ad opera della legge di riforma n. 225 del 1992 il legislatore statale ha rinunciato ad un modello centralizzato per una organizzazione diffusa a carattere policentrico. In tale logica sono state previste tre diverse tipologie di “eventi”, in relazione ai quali definire competenze e responsabilità per gli interventi: eventi fronteggiabili mediante interventi degli enti e delle amministrazioni competenti in via ordinaria [art. 2, comma 1, lettera a)]; eventi che comportano l’intervento coordinato di più enti o amministrazioni competenti in via ordinaria [art. 2, comma 1, lettera b)]; calamità naturali, catastrofi o altri eventi che, per intensità ed estensione, richiedono mezzi e poteri straordinari [art. 2, comma 1, lettera c)]”. A questo modello diffuso configurante “un sistema composito di competenze” si richiama la Corte anche in una successiva pronuncia, [Corte cost., sent. 23 marzo 2006, n. 129](#).

<sup>114</sup> In questi termini a proposito del controllo da parte della Corte dei conti allorchè la formulazione della disposizione di cui all’art. 100, comma 2, approvata in Seconda Sottocommissione il 27 gennaio 1947 faceva riferimento a un controllo di legalità e non legittimità: “La Corte dei conti esercita il controllo preventivo di legalità sugli atti del Governo nonchè, anche in via successiva, su quelli di gestione del bilancio dello Stato e degli enti alla cui gestione lo Stato concorre in via ordinaria, nei limiti stabiliti dalla legge”.

In questo quadro i regimi eccezionali sembrano invece vedere il conferimento all'autorità amministrativa di competenze che assumendo un carattere più o meno esteso di indeterminatezza, risultano difficilmente controllabili. Anche quando previste da una legge, questa, al pari di una sorta di delega "in bianco", si limita infatti spesso a individuare finalità generiche lasciando il contenuto sostanzialmente libero, come pure ammesso dallo stesso giudice delle leggi. Insieme alla conseguente attribuzione al soggetto titolare della funzione di un ampio margine di discrezionalità, si rende in definitiva decisamente arduo il sindacato giurisdizionale sugli atti della pubblica amministrazione di conformità rispetto ad una legge a dir poco generica.

L'arbitrio e il possibile abuso del potere, difficilmente dimostrabile a fronte di un parametro legislativo laconico, retaggio di regimi anteriori in particolare delle prerogative regie, per questa via degli stati di eccezione ben possono riemergere sottraendo a qualsiasi controllo l'Esecutivo. Per questa via, ancora, quest'ultimo finisce con il ritornare a non avere di sopra di sé un diritto determinato. Per questa via, in ultimo, a fronte di una evidente tendenza a 'normalizzare' l'emergenza e dell'emersione di democrazie cosiddette illiberali, l'indeterminato e l'incontrollabile, quanto al diritto, ben possono diventare situazioni stabili arrivando a travolgere e infrangere l'intero sistema, con buona pace dello stato di diritto.