



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2020 FASC. II

(ESTRATTO)

ALESSANDRO ROSARIO RIZZA

IL DECRETO LEGGE ANOMALO NEL SISTEMA DELLE FONTI

11 MAGGIO 2020

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Alessandro Rosario Rizza
Il decreto legge anomalo nel sistema delle fonti*

ABSTRACT: *Reconstructing some ideas proposed in doctrine, the Author analyzes the emergency decree in the sources of law, applying the criteria for the resolution of antinomies. In the discussion, the Author compares the emergency decree with the ordinary law decree, governed by the art. 77 of Constitution.*

SOMMARIO: 1. Il fondamento giuridico e l'emergenza quale presupposto. – 2. La (non) successione nel tempo e la debolezza del criterio cronologico. – 3. Il decreto legge anomalo nel sistema delle fonti e gli altri criteri di risoluzione delle antinomie. Il criterio gerarchico. – 4. Una premessa necessaria. Circoscrivere il criterio gerarchico nel tempo dell'emergenza e il ruolo del criterio di specialità. – 5. Un ripensamento del problema. Il rapporto con la legge di conversione, il criterio di specialità come controlimite e il ruolo della Corte costituzionale.

1. *Il fondamento giuridico e l'emergenza quale presupposto.*

Giuseppe Ferrari, nella sua voce enciclopedica sulla guerra, ritenne possibile che il Governo potesse affrontare uno stato di belligeranza attraverso l'emanazione di peculiari decreti legge che l'Autore definì, come rievocato nel titolo, «anomali», sebbene subordinati alla regola della conversione in legge, come prevista dall'articolo 77 della Costituzione¹.

Da qui, si può ancora oggi ritenere che il decreto legge anomalo, sebbene corrispondente – sotto un profilo formale – alla decretazione d'urgenza disciplinata in Costituzione, ne differirebbe nella sostanza, sotto un profilo di cogenza e contenuto.

Le due fonti si erigono su differenti presupposti giuridici: la decretazione di necessità, per ricorrere ad una espressione di Maurizio Malo², si fonda sulle condizioni indicate nell'articolo 77 della Costituzione, ad essa rivolgendosi solo in casi straordinari di necessità ed urgenza³.

Quest'ultima espressione ha suscitato dubbi ed alimentato contrasti sia in letteratura che in giurisprudenza. Secondo Roberto Bin, sarebbe possibile, per esempio, affidare un significato specifico a ciascun requisito⁴, mentre, da una diversa prospettiva, la Corte costituzionale ha ritenuto, così accogliendo la tesi sostenuta in dottrina da Federico Sorrentino, che l'espressione sia riassumibile in unico requisito⁵. Il tutto nella consapevolezza che un'interpretazione simile, da un lato, rischia di inserire un largo margine di elasticità in capo al Governo; dall'altro, permette al diritto di adeguarsi facilmente alla realtà⁶.

* *Contributo scientifico sottoposto a referaggio.*

¹ G. FERRARI, voce *Guerra*, in *Enc. dir.*, XIX, Roma 1970, spec. 845-847.

² M. MALO, *Art. 77*, in S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 2008, spec. 706 ss.

³ Su tali elementi come «presupposto» e come «fondamento»: F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, Bologna 2004, spec. 150.

⁴ R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino 2015, spec. 392. I «casi straordinari» sono legati a circostanze eccezionali ed imprevedibili; la «necessità» si riferisce alla circostanza per cui non sarebbe possibile ricorrere all'uso degli ordinari strumenti legislativi; il requisito «urgenza» rende indispensabile produrre immediatamente un atto cogente. Sull'urgenza, *contra*, [Corte cost., 29 gennaio 2005, n. 62](#), con nota di B. DI GIANNATALE, *Solidarietà ambientale e tutela uniforme del diritto alla salute nel riparto di competenza tra Stato-Regioni*, in *Giur. it.*, 2006, 19.

⁵ F. SORRENTINO, *Le fonti*, cit., 151, secondo cui i requisiti, nel loro insieme, vanno intesi come «impossibilità di un tempestivo intervento parlamentare nella forma della legge ordinaria».

⁶ [Corte cost., 30 maggio 2007, n. 171](#), con nota di F. SORRENTINO, *Ancora sui rapporti tra decreto legge e legge di conversione: sino a che punto i vizi del primo possono essere sanati dalla seconda?*, in *Giur. cost.*, 2007, 1676. Secondo la pronuncia «l'espressione usata dalla Costituzione per indicare i presupposti alla cui ricorrenza è subordinato il potere del Governo di emanare norme primarie ancorché provvisorie – ossia i casi straordinari di necessità ed urgenza – se da un lato evidenzia il carattere singolare di detto potere rispetto alla disciplina delle fonti di una Repubblica parlamentare, dall'altro, però, comporta l'inevitabile conseguenza di dare alla disposizione un largo margine di

Peraltro, in dottrina, si è anche coralmemente revocato in dubbio la concreta esistenza di questi requisiti, stante l'uso ormai generalizzato del decreto legge⁷, il che non ha però influito sull'orientamento della Corte costituzionale, che può, pacificamente, estendere il suo sindacato anche al merito di questi elementi⁸.

Tralasciando queste problematiche, che in tal sede interessano *incidenter tantum*, è interessante ricordare la riflessione di Livio Paladin. Secondo il noto costituzionalista, la necessità e l'urgenza non sarebbero qualificabili come fonte del diritto in senso proprio, bensì come presupposti giuridici ed elementi interni del decreto legge⁹. Quest'ultimo sarebbe, invece, fonte del diritto autonoma ed assorbente¹⁰.

Sulla stessa linea di pensiero, si colloca anche il pensiero di Stefano Maria Cicconetti, secondo cui, sotto un profilo comparatistico ed interdisciplinare, urgenza e necessità sarebbero paragonabili al ruolo che, nel sistema privatistico, svolgerebbe la causa del contratto¹¹.

Al contrario, il decreto legge anomalo avrebbe, per fondamento primo, l'emergenza. Quest'ultima può essere definita «una situazione di crisi o di pericolo da affrontare con tempestività e risolutezza, di particolare gravità per le istituzioni o per il paese, nel quale di solito le pubbliche autorità assumono poteri speciali»¹².

L'emergenza, secondo l'idea prevalsa in letteratura, avrebbe invece un fondamento extragiuridico, classificabile come fonte del diritto, sebbene non istituzionale, quanto meno d'eccezione¹³.

Sebbene Massimo Luciani lo abbia escluso in un recente scritto¹⁴, ed Alessandro Pace sembra collocarsi in una posizione intermedia, Santi Romano scriveva che essa va intesa come «fonte prima

elasticità»; «infatti la straordinarietà del caso, tale da imporre 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».

⁷ Così A. PIZZORUSSO, *La manutenzione del libro delle leggi ed altri studi sulla legislazione*, Torino 1999, spec. 50; A. SIMONCINI, *Dieci anni di decretazione d'urgenza*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2006: le fonti statali*, Torino 2007, spec. 140, secondo cui il decreto legge tende ad atteggiarsi ormai come fonte tipica o, addirittura, preferenziale, usata non più per gestire una urgenza quanto per la «sua caratteristica propria», che si sostanzia nell'avere «la forza della legge, ma non il suo procedimento».

⁸ Per tutte, [Corte cost., 27 gennaio 1995, n. 29](#), con nota di A. CELOTTO, *Rilevanti aperture della Corte costituzionale sulla sindacabilità dei decreti legge*, in *Giur. it.*, 1995, 394. La pronuncia rappresenta un passo importante che ha tutt'ora seguito nell'indirizzo giurisprudenziale: straordinarietà, necessità ed urgenza costituiscono «un requisito di validità costituzionale dell'adozione» del decreto legge, «di modo che l'eventuale evidente mancanza di quel presupposto configura tanto un vizio di legittimità costituzionale del decreto legge (...) 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». Per un recente seguito, a conferma dell'orientamento, v. [Corte cost., 19 luglio 2013, n. 220](#), con nota di N. MACCABIANI, *Limiti logici (ancor prima che giuridici) alla decretazione d'urgenza nella sentenza della Corte costituzionale n. 220 del 2013*, in *Giur. cost.*, 2013, 3242.

In letteratura si rimanda ad A. CONCARO, *Il sindacato di legittimità sul decreto legge*, Milano 2000 ed a R. ROMBOLI, *Decreto legge e giurisprudenza costituzionale*, in A. SIMONCINI (a cura di), *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata 2006, spec. 107 ss.

⁹ L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna 1996, spec. 239-240, secondo cui lo stato di necessità non è fonte del diritto ma «presupposto giustificativo» del decreto legge stesso.

¹⁰ Così R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano 1998, spec. 57 ss., secondo cui solo il decreto legge è fonte del diritto in senso «formale» e «materiale».

¹¹ S.M. CICONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, Torino 2007, spec. 300 ss.

¹² G. DEVOTO, G.C. OLI, *Vocabolario della lingua italiana*, Varese 2008.

¹³ Argomentando dal pensiero di A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, I, Padova 1992, *passim*.

¹⁴ [M. LUCIANI, Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza](#), in [Liber Amicorum per Pasquale Costanzo](#), in [Consulta OnLine](#), spec. 4, secondo cui «la Costituzione, non la necessità, fonda i provvedimenti in questione: essi si radicano nel diritto costituzionale positivo».

ed originaria di tutto quanto il diritto, in modo che rispetto ad essa, le altre sono a considerarsi in certo modo derivate»¹⁵.

La tesi è successivamente accolta da Paolo Barile che ne propone una dicotomia, secondo cui l'emergenza sarebbe potuta essere (e può essere) «fonte naturale» o «fonte straordinaria» del diritto¹⁶. Questa visione è stata infine cesellata, già nell'ormai lontano 2003, da Giuseppe Marazzita nel suo contributo sull'emergenza costituzionale¹⁷.

Partendo da queste premesse, secondo cui il decreto legge ordinario avrebbe fondamento costituzionale, mentre il decreto legge anomalo si baserebbe su un elemento extragiuridico che assurgerebbe ad autonoma fonte del diritto, vanno osservate le ricadute di una simile ricostruzione.

2. La (non) successione nel tempo e la debolezza del criterio cronologico.

Una prima conseguenza è rappresentata dal fatto che il decreto legge emergenziale sarebbe immune al naturale criterio cronologico, a differenza, invece, di quello ordinario. Mentre questo si muoverebbe in prospettiva diacronica, il decreto legge anomalo sarebbe una fonte munita di una data di scadenza¹⁸, anche implicita e subordinata all'andamento dell'emergenza stessa, sul cui fondamento dottrinale tornerò alla fine del presente paragrafo.

Si prenda, ad esempio paradigmatico, una recentissima antinomia, terreno fertile per sondare la tesi: durante la crisi sanitaria originata dal Covid-19, il d.l. n. 18 del 2020 ha stabilito la sospensione dei termini processuali fino al 15 aprile, mentre il d.l. n. 23 del 2020 ha prorogato la sospensione fino all'11 maggio.

Dopo quest'ultimo provvedimento, è intervenuta la legge n. 27 del 2020 di conversione del primo decreto legge, la quale non ha alterato il termine del 15 aprile, con evidente difetto di coordinamento circa la data finale relativa alla paralisi dell'attività giudiziaria.

Applicando il criterio cronologico, trattandosi apparentemente di un problema di successione di leggi nel tempo – come sembra suggerire anche Giorgio Costantino – andrebbe ritenuto che la legge n. 27 del 2020, essendo successiva nel tempo al d.l. n. 23 del 2020, abbia stabilizzato il termine finale al 15 aprile 2020¹⁹. In questo senso, il secondo decreto legge andrebbe considerato abrogato dalla stessa legge di conversione, e il suo ambito temporale applicativo sostanzialmente nullo, né potrebbe salvarsi con una legge di conversione successiva, giacché la prima legge ha convertito la

¹⁵ Così S. ROMANO, *Sui decreti legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, spec. 220.

¹⁶ Si rimanda al pensiero dell'Autore spec. in P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984. Nel complesso, l'Autore ritiene che, in caso di emergenza, i decreti legge ed i provvedimenti di polizia straordinari si fondano sull'emergenza come fonte straordinaria del diritto, ammettendo che questi atti possono essere adottati anche da organi incompetenti, pur facendo salva la possibilità di una successiva convalida da parte dell'organo effettivamente competente.

¹⁷ Cfr. le premesse da cui muove il lavoro G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Milano 2003.

¹⁸ Sull'ammissibilità delle fonti temporanee nell'ordinamento italiano si rimanda, non esaustivamente, a R. GUASTINI, *Le fonti del diritto: fondamenti teorici*, Milano 2010, spec. 286 ss., che fa riferimento alle norme transitorie in senso strutturale e funzionale; I.M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, Torino 2014, spec. 101; G.L. GATTA, *Abolito criminis e successione di norme integratrici: teoria e prassi*, Milano 2008.

Per un riferimento *de jure posito* cfr. l'art. 2 co 4 c.p. laddove fa riferimento alle «leggi temporanee»; cfr. anche i *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, V. *Relazione sul Libro primo del Progetto*, Roma 1929, spec. 24.

Indizi in tal senso sono rinvenibili nella giurisprudenza costituzionale, ed in particolare nella possibilità del Giudice delle Leggi di rilevare la cosiddetta incostituzionalità sopravvenuta di alcune disposizioni, dichiarandole incostituzionali, ma con una efficacia circoscritta nel tempo: la casistica è ampia, ma si rimanda a titolo esemplificativo a [Corte cost., 5 maggio 1988, n. 501](#), con nota di S. BARTOLE, *Ancora sulla delimitazione degli effetti temporali di decisione di accoglimento (in materia di pensioni di magistrati)*, in *Giur. cost.*, 1988, 2370.

¹⁹ Cfr. F. DE STEFANO, G. COSTANTINO, M. ORLANDO, *La giustizia da remoto: adelante... con juicio*, in [Giustizia Insieme](#), 2 maggio 2020.

disposizione sui termini senza introdurre, sul punto, alcun genere di emendamento, così generando quell'ormai ammessa novazione che involge, retroattivamente²⁰, il *medio tempore*²¹.

Il che condurrebbe a risultati del tutto iniqui.

Il problema potrebbe risolversi in termini differenti, ritenendo che il decreto legge anomalo sia fonte ad effetti circoscritti, derivati dall'emergenza attuale. Dunque, la conversione del primo decreto legge esplicherebbe gli effetti della sospensione dei termini fino al 15 aprile, mentre il secondo decreto legge, sebbene anteriore alle legge di conversione, regolerebbe un periodo emergenziale successivo rispetto a quello disciplinato dal primo: quest'ultimo, infatti, avrebbe già esaurito i suoi effetti e la conversione, solo formalmente novativa, ne avrebbe cristallizzato le conseguente giuridiche in quel dato e pregresso momento.

Il decreto legge anomalo, allora, sarebbe un atto dotato di una circoscrizione temporale *sui generis*: necessita della copertura di una legge di conversione, avendo forma rapportabile all'art. 77 della Costituzione: in caso contrario, decadrebbe, al pari del decreto legge ordinario, entro sessanta giorni²². Dall'altro lato, però, esso avrebbe una forza quasi ultra-attiva, continuando a dispiegare i propri effetti anche in quel periodo successivo, in cui, secondo il criterio cronologico, andrebbe considerato abrogato. Adottando questa prospettiva, il d.l. n. 23 del 2020, per esempio, resisterebbe alla l. n. 27 del 2020, inidonea a produrne l'abrogazione.

Una ricostruzione simile, adesiva alla volontà storica del legislatore²³ ed obbediente alle ragioni del buon senso, si fonda sulla peculiarità della fonte giuridica temporanea ed eccezionale, che si può tratteggiare, nel suo aspetto teorico, ricordando il pensiero di tre autori.

Giampaolo Parodi, nel suo studio sulle fonti, non esclude l'esistenza di fonti ordinamentali provvisorie, munite di una «efficacia circoscritta nel tempo indipendentemente dalla futura entrata in vigore ed applicazione di una disciplina a regime», che, nell'esempio, sarebbe rappresentata proprio da quella legge di conversione successiva al secondo decreto legge emergenziale²⁴.

Lo stesso concetto è stato espresso, in termini non molto dissimili, da Giuseppe Ugo Rescigno, secondo cui la norma temporanea sarebbe idonea a disciplinare anche casi futuri, che andrebbero così sottratti alla disciplina successiva. Quest'ultima, sebbene in tesi vigente, sarebbe inapplicabile, perché la forza della norma temporanea va riconnessa alla permanenza di una data situazione e al ricorrere di determinati eventi²⁵.

Risolto in questi termini il rapporto tra decreto legge anomalo (anteriore) e legge di conversione del primo (successiva), qualche perplessità potrebbe derivare dalla mancata previsione di una data particolare di vigenza.

Il quadro, dunque, si conclude richiamando il pensiero di Dario Micheletti. Anche l'Autore parla di norme «temporanee per funzione». Queste non sarebbero abrogabili da una disciplina successiva, perché sono, per loro natura, «agganciate» ad una situazione di fatto: oggi, l'emergenza sanitaria. L'Autore fornisce una coordinata fondamentale, ritenendo che queste disposizioni sono «funzionalmente connesse ad un contesto giuridico temporalmente circoscritto», anche se non espressamente munite di una efficacia temporale ristretta, la quale andrebbe dedotta dagli eventi: dunque, dalla realtà²⁶.

²⁰ Il termine è usato da R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto*, cit., 401.

²¹ Cfr. [Corte cost., 21 marzo 1996, n. 84](#), con nota di A. CELOTTO, *La spada di Damocle della Corte costituzionale non si abbatte sui decreti legge (della salvaguardia degli equilibri istituzionali come limite al sindacato sugli abusi della decretazione di urgenza)*, in *Giur. it.*, 1996, 372. La novazione «mira a ripristinare un *continuum* normativo facendo risalire nel tempo la nuova disciplina alla originaria disposizione decaduta e consolidandola negli effetti così da assicurare la permanenza dei medesimi senza soluzione di continuità».

²² Sulla necessità, comunque, di una legge di conversione cfr. P. PINNA, voce *Guerra*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino 1993, spec. 58.

²³ Ma critico verso questo criterio interpretativo G. GIADROSSI, *Materiale del corso di teoria e tecnica dell'interpretazione e della normazione*, Università degli Studi di Trieste 2016.

²⁴ G. PARODI, *Le fonti del diritto: linee evolutive*, Milano 2012, spec. 130.

²⁵ G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna 1998, spec. 78 ss.

²⁶ D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino 2006, spec. 523, 574.

3. Il decreto legge anomalo nel sistema delle fonti e gli altri criteri di risoluzione delle antinomie. Il criterio gerarchico.

Un profilo di interesse può riguardare la collocazione del decreto legge emergenziale all'interno del sistema delle fonti. Si è detto che, formalmente, riveste la medesima forma di un classico decreto legge.

Senonché la sua coerenza particolare deriva dal fatto che esso è il prodotto dell'esercizio di quei poteri necessari contemplati dalla Costituzione, all'articolo 78, nel caso della deliberazione dello stato di guerra, poteri che sarebbero, almeno sembra intuirsi testualmente, di «competenza» governativa, sul quale aspetto si ritornerà avanti.

Franco Modugno e Domenico Nocilla hanno ritenuto che la norma in esame sia applicabile, estensivamente, ad ogni situazione emergenziale, anche diversa dalla guerra²⁷, mentre un'opinione di segno inverso emerge nella tesi sostenuta da Andrea Giardina²⁸.

La prima tesi sembra più condivisibile, ricordando l'osservazione di Paolo Caretti, secondo cui «è difficilmente contestabile che, di fronte a situazioni di questo tipo, l'ordinamento debba dare risposte normative efficaci»²⁹.

Si guardi al contenuto di questi poteri, che poi sono gli stessi concretamente esercitati attraverso un atto giuridico. Secondo la tesi di Giuseppe Marazzita, si tratterebbe di poteri non riassumibili in un catalogo predeterminato, idonei, per loro natura, a comprimere ogni diritto fondamentale a tutela di un interesse collettivo supremo, la cui compromissione minerebbe l'intera *salus rei publicae*³⁰, sebbene non siano mancate letture di segno solo parzialmente inverso³¹.

Con l'esercizio dei poteri necessari sarebbe possibile anche influenzare l'organizzazione dello Stato, adeguandola al nuovo contesto emergenziale³². Non a caso, allora, secondo Pietro Giuseppe Grasso, i poteri necessari non sembrerebbero differenziarsi molto da quei pieni poteri di epoca albertina³³. La più attenuata formula usata in Assemblea Costituente condenserebbe il timore verso le larghe competenze che i Prefetti avrebbero potuto assumere nella vigenza statutaria durante lo stato di assedio³⁴. La formula, dunque, non sembra idonea ad escludere che «la Costituzione contiene il fondamento legittimante (espresso ancorché implicito) della normazione *extra ordinem*, sebbene l'operatività della legittimazione sia condizionata dall'intermediazione di una fonte primaria»³⁵, nel caso in esame, il decreto legge anomalo.

Ritornando al pensiero di Giuseppe Marazzita, l'Autore ha ritenuto che negli atti emergenziali sia ravvisabile l'esercizio concreto del potere costituente³⁶.

D'altra parte, il paragone è comprensibile se si tiene a mente che l'emergenza è un fattore metagiuridico, al pari della norma fondamentale su cui si fonda l'ordinamento³⁷.

²⁷ F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell'ordinamento italiano*, in AUTORI VARI, *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano 1988.

²⁸ Così A. GIARDINA, *Commento all'art. 78 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 1978, spec. 114.

²⁹ P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino 2011, spec. 110.

³⁰ Sulla possibilità di comprimere, attraverso l'esercizio di questi poteri, ogni diritto fondamentale, cfr. G. MARAZZITA, *L'emergenza*, cit., spec. 321, nt. 163. In posizione intermedia G. FERRARI, voce *Guerra*, cit., spec. 845 che, nonostante sembrerebbe affermare la possibilità di limitare, in caso di emergenza, ogni diritto fondamentale, non manca di individuare un elenco di diritti che, invece, sarebbero insuscettibili di deroga.

³¹ In questa diversa prospettiva cfr. P. PINNA, voce *Crisi costituzionali*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Torino 1989, 481 ss., secondo cui sarebbero suscettibili di limitazione solo i diritti esercitabili in forma individuale e non anche collettiva.

³² In questo senso, sebbene con riferimento al contesto bellico, A. GIARDINA, *Commento*, cit., spec. 110.

³³ Così P.G. GRASSO, voce *Guerra*, in *Enc. giur.*, XV, Roma 1989, spec. 68. Ma *contra* cfr. G. FERRARI, voce *Guerra*, cit., spec. 108.

³⁴ P. CARETTI, *I diritti*, cit., 110.

³⁵ M. LUCIANI, *Il sistema*, cit., spec. 6.

³⁶ Letteralmente G. MARAZZITA, *L'emergenza*, cit., spec. 149.

Si può individuare, così, una nuova linea di demarcazione tra decreto legge ordinario ed emergenziale. Il primo obbedisce ad una legalità sostanziale massima, secondo la tesi di Federico Sorrentino: non potrebbe, in alcun modo, comprimere, derogare o porsi in rotta di collisione con le previsioni costituzionali³⁸.

Diversamente, il decreto legge anomalo, rispondendo ad un'ottica differente, obbedisce all'emergenza del momento, ed avrebbe cogenza superiore. Francesco Saverio Marini, nelle sue recentissime osservazioni sull'emergenza sanitaria, ha ritenuto che questa peculiare fonte possa derogare alla Costituzione³⁹. Non solo, giacché sarebbe idonea a prevedere disposizioni con essa confliggenti, finanche derogare ai principi supremi dell'ordinamento: il decreto legge anomalo sfuggirebbe al rispetto della teoria dei controlimiti, potendo introdurre, per usare l'espressione dell'Autore, anche una «*reformatio in pejus*» dei diritti fondamentali⁴⁰.

Se una simile ricostruzione – osserva Francesco Saverio Marini – conduce a ritenere che questa fonte gode «di una forza addirittura superiore alle stesse leggi costituzionali», una soluzione inversa potrebbe spianare la strada a fonti del tutto *extra ordinem*⁴¹.

In altri termini, l'Autore sembrerebbe dire: se in emergenza bisogna ammettere una simile evenienza, e cioè che il Governo possa derogare ai diritti fondamentali, meglio che ciò avvenga con una fonte, nella sua forma, ascrivibile al diritto positivo, sebbene atipica negli effetti.

Adesso, da una lettura combinata del pensiero di Giuseppe Marazzita e di Francesco Saverio Marini si dovrebbe ritenere che, nella scala gerarchica, il decreto legge anomalo occupa una posizione davvero peculiare, sfuggendo ad un inquadramento istituzionale.

In altri termini, il decreto legge sembra il mezzo attraverso cui porre in essere, nell'esercizio di quei poteri necessari, «nuove norme non previste dall'ordinamento ed in contrasto con quelle collocate sul gradino più alto della scala gerarchica come quelle costituzionali»⁴².

Sembra così tratteggiarsi una fonte settoriale (a competenza, dunque, circoscritta alla materia «emergenza»), ma gerarchicamente superiore alla fonte ordinaria: se quest'ultima regolasse lo

³⁷ Sulla norma fondamentale si rimanda ad A. CARRINO, *L'ordine delle norme. Politica e diritto in Hans Kelsen*, Napoli 1984; ID., *Kelsen e il problema della scienza giuridica*, Napoli 1987; A. CATANIA, *Il problema del diritto e l'obbligatorietà. Studio sulla norma fondamentale*, Napoli 1983; M. G. LOSANO, *Forma e realtà in Kelsen*, Milano 1981; S.L. PAULSON, *Towards a Periodization of the Pure Theory of Law*, in L. GIANFORMAGGIO (a cura di), *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*, Torino 1990; F. RICCOBONO, *Interpretazioni kelseniane*, Milano 1989; R. TUR, W. TWINING (a cura di), *Essays on Kelsen*, Oxford 1986; M. BARBERIS, *Il diritto come discorso e come comportamento*, Torino 1990, spec. 182-190.

³⁸ F. SORRENTINO, *Le fonti*, cit., 129 ss.

³⁹ Cfr. la tesi sostenuta da F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti legge*, in Federalismi.it, 2020, spec. 7-8. Secondo l'Autore, il decreto legge (addirittura già quello ordinario) sarebbe espressione di un potere *extra ordinem*. «Se si muove da queste premesse teoriche» – scrive – «non può che convenirsi ancora una volta con Esposito che il decreto legge non può essere limitato dalle norme costituzionali, ma può all'opposto introdurre norme in deroga o rottura della Costituzione. Non è un caso che le norme introdotte dai decreti legge, limitative dei diritti costituzionali e derogatorie rispetto alle previsioni contenute negli articoli 13 e seguenti della Costituzione, siano state osservate».

⁴⁰ F. S. MARINI, *Le deroghe*, cit., spec. 12-13. L'Autore rileva che «altra questione è se rispetto alle deroghe operino i c.d. controlimiti: cioè se anche il decreto legge subisca i limiti che incontrano tutte le fonti dell'ordinamento, incluse le norme costituzionali e quelle sovranazionali. Ci si riferisce ai limiti alla revisione costituzionale, e, dunque, alla forma repubblicana, alla *reformatio in pejus* dei diritti inviolabili, all'indivisibilità della Repubblica e, per usare la formula usata dalla giurisprudenza costituzionale, ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale. Si potrebbe, infatti, ritenere che altrimenti il decreto legge finirebbe per godere di una forza addirittura superiore alle stesse leggi costituzionali. Coerentemente con il rilievo, dovrebbero considerarsi incostituzionali, ad esempio, tutte le norme dei decreti legge che hanno previsto limitazioni alla libertà personale in deroga alla riserva di giurisdizione e hanno così introdotto una *reformatio in pejus* di un diritto inviolabile. La verità è che i limiti operano e non possono che operare rispetto alle revisioni e alle riforme stabili, perché le deroghe, nella misura in cui siano tali e siano giustificate, non contraddicono alla regola, ma paradossalmente ne confermano l'esistenza. Affermare l'opposto significherebbe irrigidire eccessivamente il sistema ed esporre l'ordinamento all'affermazione di fonti *extra ordinem* che prevarrebbero anche sulle norme immodificabili, finendo per porre in discussione la stessa sussistenza della nostra Costituzione materiale».

⁴¹ Cfr., *infra*, nt. 40.

⁴² Così P. CARETTI, *I diritti*, cit., spec. 109.

stesso quadro emergenziale disciplinato, in diversi termini, dal decreto legge anomalo, quest'ultimo andrebbe considerato gerarchicamente prevalente, perché espressione di quei poteri necessari contemplati dall'art. 78 della Costituzione.

Questa peculiare forza attiva, con cui si esplicano i poteri speciali, non è stata neppure trascurata da Federico Sorrentino. Come detto, l'Autore ha una visione garantistica del decreto legge ordinario, escludendo che esso possa derogare alla Costituzione, ma – discorrendo sull'emergenza – ritiene che lo speciale decreto utilizzato in simili situazioni sia addirittura convertibile in legge costituzionale, attivando la procedura prevista dall'art. 138 della Costituzione⁴³.

4. *Una premessa necessaria. Circoscrivere il criterio gerarchico nel tempo dell'emergenza e il ruolo del criterio di specialità.*

Effetti così dirompenti, come si intuisce, non possono avere valenza *sine die* ma vanno ammessi all'interno del periodo emergenziale giuridicamente circoscritto. Quest'ultimo, infatti, non è il risultato di una mera contingenza ma di una scelta tecnica, deliberata ai sensi dell'art. 24 del cosiddetto Codice della Protezione Civile, fonte primaria la cui legittimità costituzionale è stata già vagliata dal Giudice delle Leggi⁴⁴ e – ai sensi del medesimo – l'emergenza andrà dichiarata conclusa. In questo modo si individua un arco temporale ben preciso entro cui si inserisce la fonte in oggetto. Anche Giuseppe Marazzita individuava un periodo temporale ed oggettivo entro cui i diritti fondamentali possono essere limitati⁴⁵.

Insomma, in questo circoscritto arco temporale saremmo più che mai, per ricorrere ad un'espressione di Marco Tullio Cicerone, *legum servi*, affinché domani, finita l'emergenza, *liberi esse possimus*.

Vanno, adesso, tratte le fila ed espresso un giudizio da quanto ricavato. Mi pare che il pensiero dei due Autori sia condivisibile. L'applicazione del criterio gerarchico solo *prima facie* potrebbe apparire pericoloso e schiudere le porte ad una crisi costituzionale. Esso, al contrario, garantirebbe la concreta azione dei poteri necessari del Governo. Nell'esperienza attuale, l'emergenza sanitaria ha costretto il Governo, certamente di malanimo, sebbene siano emerse tesi del tutto singolari⁴⁶, a comprimere talune libertà fondamentali. Ciò è stato giuridicamente possibile ricorrendo ad una serie di decreti legge autorizzativi, che hanno, a loro volta, delegato la disciplina di dettaglio ai Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri: si sono esercitati dunque, per il tramite di un decreto legge, solo apparentemente simile a quello contemplato dalla Costituzione, i poteri necessari volti alla tutela della *salus omnium*, peraltro ricorrendo agli strumenti tipici, che sono apparsi, secondo Beniamino Caravita, rapidi e snelli⁴⁷.

S'immagini, ora, una legge ordinaria che, sempre in un contesto emergenziale circoscritto nel tempo, introduca disposizioni di segno contrario, espandendo nuovamente, ad esempio, la libertà di circolazione.

Questa disposizione sarebbe solo formalmente conforme a Costituzione, ma contraria alla tutela del diritto alla salute, che, invece, assume il ruolo di principio ispiratore dell'intero quadro normativo emergenziale: applicando la teoria ricostruita, il decreto legge andrebbe considerato prevalente rispetto ad una simile legge.

Ripensando al rapporto tra le fonti nello speciale contesto emergenziale, un ruolo importante è svolto dal criterio di specialità.

⁴³ Cfr. F. SORRENTINO, *Le fonti*, cit., spec. 80 ss.; espressamente *contra* P. CARETTI, *I diritti*, cit., 112.

⁴⁴ Sembra infatti ancora attuale l'approdo di [Corte cost., 9 novembre 1992, n. 418](#), con nota redazione di F. POLITI, in *Giur. cost.*, 1992, 3952.

⁴⁵ G. MARAZZITA, *L'emergenza*, cit., spec. 316-317.

⁴⁶ Cfr. la tesi di G. AGAMBEN, *L'invenzione di un'epidemia*, in [Quodlibet](#), 26 febbraio 2020..

⁴⁷ B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in [Federalismi.it.](#), 2020, spec. IV.

Pietro Pinna ha ritenuto che il nucleo dell'emergenza sia rappresentato dalla titolarità dei poteri necessari in capo al Governo: quest'ultimo, dunque, sarebbe l'organo naturalmente competente a gestire la situazione, i cui atti avrebbero carattere speciale, dunque derogatorio, rispetto alle diverse fonti del diritto⁴⁸.

Pur accogliendo la tesi proposta da Roberto Bin, secondo cui il criterio di competenza non sarebbe un metodo prescrittivo di risoluzione delle antinomie prescrittivo⁴⁹, si potrebbe dire – ai soli fini descrittivi – che la regolamentazione dell'emergenza, in un periodo di tempo oggettivamente circoscritto, sarebbe di «competenza» del Governo e non del Parlamento.

La stessa Corte costituzionale ebbe, nel passato, a giudicare sulla conformità a costituzione di un decreto legge emergenziale davvero caratteristico, in quanto, in deroga alle disposizioni costituzionali, aveva aumentato i termini della custodia cautelare in carcere. L'emergenza, nel caso, trovava ragion d'essere in quel periodo che Indro Montanelli e Mario Cervi definirono «anni di fango»⁵⁰. La Corte sembra quasi dire che il Governo sia l'organo più competente a gestire l'emergenza, che anzi non potrebbe sottrarsi ad intervenire, «in coerenza con le altre misure urgenti ed eccezionali adottate»⁵¹.

5. Un ripensamento del problema. Il rapporto con la legge di conversione, il criterio di specialità come controlimite e il ruolo della Corte costituzionale.

Ciò induce anche ad un ripensamento del rapporto tra decreto legge emergenziale e sua legge di conversione, anche raffrontandolo al decreto legge ordinario.

In questo caso, per ricordare Carlo Esposito, la legge di conversione rappresenterebbe la volontà del legislatore la quale si imporrebbe, sostituendola, sulla volontà del Governo⁵².

Ciò è espressione del binomio esistente, per ricordare Alessandro Pizzorusso, tra la stessa legge di conversione e l'atto ad essa presupposto⁵³.

Ciò, però, non sembrerebbe applicabile all'ipotesi del decreto legge emergenziale, esplicitivo di un potere formalmente e sostanzialmente governativo, in cui la legge di conversione, per lo più, cristallizza uno stato.

Tuttavia, è emersa anche una differente tesi, che si discosta, almeno apparentemente, da quella sostenuta da Francesco Saverio Marini. Essa è stata sostenuta da Gustavo Zagrebelsky ed Alessandro Pace. Il presupposto è però comune: la forma decreto legge serve ad evitare il ricorso a fonti straordinarie, essendo peraltro possibile che, in situazione emergenziale, esso deroghi anche ai diritti fondamentali. Tuttavia, secondo i due Autori, il ricorso al decreto legge avrebbe essenzialmente il vantaggio di permettere un vaglio del Parlamento, da esercitarsi in sede di conversione⁵⁴.

La delicatezza del problema impone qualche riflessione.

⁴⁸ Cfr. P. PINNA, voce *Guerra*, cit., spec. 58.

⁴⁹ R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto*, cit., spec. 351-353

⁵⁰ Il riferimento è ad I. MONTANELLI, M. CERVI, *L'Italia degli anni di fango (1978-1993)*, Milano 1993.

⁵¹ Cfr. [Corte cost., 1 febbraio 1982, n. 15](#), con nota di P. PINNA, *L'emergenza davanti alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1983, 592.

⁵² L'osservazione dell'Autore è rinvenibile nella sua celebre voce enciclopedica sul decreto legge, adesso consultabile in C. ESPOSITO, *Diritto costituzionale vivente ed altri saggi*, Milano 1992, spec. 229-233. Carlo Esposito osserva che «la conversione non è operata dalla stessa volontà che ha posto in essere il primo atto (e che avrebbe perciò una duplice condizionata ed alternativa direzione). Non la volontà di chi pose in essere l'atto soggetto a conversione, ma la legge (secondo questa esatta ricostruzione della conversione) sostituisce un atto con altro per soddisfare le esigenze degne di essere salvate, che volevano soddisfarsi con il primo. Ora, proprio questo avviene nella conversione prevista dall'art. 77. Essa, pure espressamente preveduta ed anzi voluta nel momento della adozione del provvedimento, non è generata da tale volontà, ma (a parte la Costituzione che ne prevede la possibilità) è posta in essere dalla legge che opera la conversione e prenda il posto dell'atto di Governo».

⁵³ A. PIZZORUSSO, *Le fonti*, cit., in A. PIZZORUSSO, G. FERRERI, *Le fonti*, cit., spec. 126.

⁵⁴ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino 1987, spec. 174 ss.; A. PACE, *Problematica*, cit.

Quanto emerso dal cammino dottrinale, che si è cercato di costruire, va coordinato con l'osservazione cui giungono Gustavo Zagrebelsky ed Alessandro Pace circa il ruolo del controllo parlamentare.

La tesi sembra scontrarsi, almeno nelle sue conseguenze sostanziali, con l'idea di un decreto legge anomalo come fonte speciale e privilegiata, rispetto alle altre, nella parentesi emergenziale.

Credo che il dissidio possa risolversi modulando l'intensità con cui il Parlamento vada ad esercitare il vaglio. Si potrebbe sostenere che attraverso la legge di conversione, esso sia chiamato a svolgere un controllo «per linee esterne», potendo sempre introdurre emendamenti modificativi, ma senza alterare drasticamente la *ratio* della linea, seguita dal Governo, per gestire la situazione.

In tal caso, pena un ribaltamento del diritto tutelato in emergenza, come nell'esempio dianzi fatto, il decreto legge dovrebbe tornare a prevalere.

Di converso, attraverso una commistione tra criterio gerarchico e quello di specialità, potrebbe sostenersi che il decreto legge emergenziale sia gerarchicamente superiore alle altre fonti, ma con un duplice limite: a) una circoscrizione temporale all'interno del periodo dell'emergenza; b) una circoscrizione per materia: in tanto prevarrebbe, in quanto esso realmente disciplina una materia fondamentale per gestire l'emergenza stessa. Fuori da questo contesto, infatti, verrebbe meno il criterio di specialità (e se si vuole, a fine descrittivi, quello di competenza). In altri termini, i due criteri, lungi dal dare a questa fonte eccezionale campo libero, la limiterebbero, doppiamente circoscrivendo l'ambito applicativo della fattispecie.

Anzi, il criterio di specialità rappresenterebbe il controlimito del criterio gerarchico, attraverso cui valutare la legalità dell'azione governativa: in tanto la fonte speciale prevarrebbe, in quanto con essa si esercita un potere pertinente alla situazione emergenziale.

Ma a chi spetterebbe un simile controllo, se il Parlamento si riducesse ad organo, per così dire, di «osservazione»?

Per chi temesse derive autoritarie da parte del Governo di turno (ad esempio una strumentalizzazione dello stato di emergenza) un simile rischio andrebbe scongiurato proprio dalla presenza della Corte costituzionale, anello di chiusura della legalità sostanziale.

Secondo Massimo Luciani, infatti, la Corte costituzionale potrebbe sempre svolgere un sindacato sul decreto legge emergenziale⁵⁵, come già peraltro chiarito, in passato, dalla stessa giurisprudenza⁵⁶.

Né sarebbe da escludersi la possibilità, nel caso in cui il decreto legge emergenziale fosse manifestamente iniquo, che lo stesso divenga oggetto di un conflitto tra poteri dello Stato. La Corte, infatti, ha ammesso una simile evenienza, laddove il conflitto rappresentasse l'unico modo attraverso cui «impugnare» la legge a Palazzo della Consulta⁵⁷.

In una situazione simile, il Giudice dei conflitti dovrebbe ammettere il giudizio, rispondendo, per ripristinare la legalità sostanziale, a quella che Paolo Veronesi ha felicemente definito l'urgenza del reagire⁵⁸.

Complessivamente, credo che in questo clima in cui il Parlamento lamenta a gran voce la violazione delle sue competenze, i due poli fondamentali attorno ai quali gravita l'emergenza costituzionale sono rappresentati, da un lato, dal Governo e dai suoi atti che sfuggono ad un inquadramento esatto nel sistema, graficamente rappresentabili come ascensori che salgono e

⁵⁵ M. LUCIANI, *Il sistema*, cit., spec. 7 ss.; secondo cui la Corte potrebbe sindacare anche la stessa dichiarazione dello stato di emergenza.

⁵⁶ Cfr. l'approdo in materia emergenziale cui giunge [Corte cost., 5 marzo 2010, n. 83](#), con nota di G. FIANDACA, *Emergenza rifiuti e reati emergenziali: superato il vaglio di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2010, 1013.

⁵⁷ L'apertura storica risale a [Corte cost., 10 maggio 1995, n. 161](#), con nota di P. VERONESI, *Atti legislativi e conflitti di attribuzione*, in *Giur. cost.*, 1995, 1358. Sui problemi sollevati dai requisiti della residualità ed incidentalità, in prospettiva sostanzialmente critica, P. VERONESI, *Recenti tendenze in materia di conflitti di attribuzione tra poteri. Profili soggettivi e oggettivi*, in E. BINDI, M. PERINI (a cura di), *Recenti tendenze in materia di conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, Milano 2003, spec. 25.

⁵⁸ P. VERONESI, *I poteri davanti alla Corte. "Cattivo uso" del potere e sindacato costituzionale*, Milano 1999, 155 ss.

scendono la piramide delle fonti in forza dell'intensità dell'emergenza stessa, e, dall'altro, dalla Corte costituzionale.

Essa, anzi, rappresenterebbe l'organo di contrappeso, ultimo, ma sostanziale, baluardo del sistema, non solo, come scrisse Paolo Veronesi, «giudice tra i giudici»⁵⁹, ma anche, mi sento allora di dire, «giudice tra i legislatori».

⁵⁹ P. VERONESI, *I poteri*, cit., spec. 269.