

28 GIUGNO 2023

L'emergenza nello stato di diritto
democratico. Una prima tassonomia
della distribuzione delle competenze
secondo il modo di produzione

di Otto Pfersmann

Professore ordinario di Diritto costituzionale comparato e di Filosofia del diritto
École des Hautes Etudes en Sciences Sociales

e Emma A. Imparato

Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Napoli L'Orientale

L'emergenza nello stato di diritto democratico. Una prima tassonomia della distribuzione delle competenze secondo il modo di produzione*

di Otto Pfersmann

Ordinario di Diritto costituzionale comparato e di
Filosofia del diritto
École des Hautes Etudes en Sciences Sociales

e Emma A. Imparato

Associata di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Napoli L'Orientale

Abstract [It]: Lo stato di diritto democratico collega, per definizione, le preferenze dei cittadini con la garanzia e il controllo degli esiti costituzionalmente radicati. Questa concezione generale sembra tuttavia subire un crescente stress con il moltiplicarsi delle crisi che innescano una varietà di regimi di emergenza che talora sembrano aggirare le normali procedure legislative e sfidare gli studiosi che, dal canto loro, troppo spesso appaiono disposti a considerare le eccezioni come ineludibili, difficili se non impossibili da spiegare nell'ambito dello stato di diritto. In questo quadro, il presente contributo tenta allora di fornire un metodo e una tassonomia per esplorare questi fenomeni: invece di partire da "ineludibili necessità naturali", si ritiene che le emergenze esistano giuridicamente solo nella misura in cui lo stesso ordinamento giuridico organizza una varietà di processi legislativi, spostando le competenze e autorizzando organi diversi dal normale legislatore parlamentare a emanare norme di portata generale in tempi ridotti con tutela limitata dei diritti fondamentali. Tali modalità di formazione del diritto possono quindi essere analizzate come istanze della gerarchia delle norme sia sotto il rapporto di produzione che sotto il calcolo dei difetti, se quelle forme-norma alternative possono essere suscettibili di qualche una qualche forma di controllo e revisione. Questo scritto vuole fornire perciò un quadro concettualmente e relativamente ampio del processo legislativo di emergenza, nonché delle sue vulnerabilità all'interno di una serie di ordinamenti giuridici che vanno dai paesi europei al Sudafrica.

Title: Emergencies in the democratic rule of law. A first taxonomy of the distribution of competencies with respect to the mode of production

Abstract [En]: The democratic rule of law links by definition the expression of the preferences of the citizens with the guarantee and review constitutionally entrenched outcomes. It is this general conception, which seems to come under increased stress with the multiplication of crises triggering a variety of emergency regimes bypassing the regular law-making-procedures and challenging legal scholarship all too often disposed to consider exceptions as inescapable, although difficult if not impossible to explain within the frame of the rule of law. The present paper attempts to provide a method and a taxonomy in order to explore these phenomena: instead of starting with "inescapable natural necessities", emergencies are considered to legally exist only to the extent that the legal system itself organises varieties of law-making, shifting competences by authorising other organs than the regular parliamentary legislator to enact norms of general scope in reduced deadlines and limited protection of fundamental rights. Such modalities of law-making can thus be analysed as instances of the hierarchy of norms both under the relation of production and the calculus of deficiencies, if those alternative norm-forms may again be susceptible of some kind of control and review. The paper thus provides a conceptually and comparatively large-scale tableau of emergency law-making as well as of its vulnerabilities within a set of legal orders, ranging from European countries to South Africa.

Parole chiave: Stato di emergenza, stato di diritto e diritti fondamentali

* Articolo sottoposto a referaggio. Questo articolo è il risultato di una ricerca effettuata nell'ambito del PRIN nazionale finanziato nel 2021 dal titolo "Decision-Making in the Age of Emergencies. New Paradigms in Recognition and Protection of Rights". Benché esso sia il frutto di una riflessione comune dei due autori, si attribuiscono a Emma A. Imparato i §§ 1, 2, 3.1, 7, 7.1 e 8 mentre a Otto Pfersmann i §§ 4, 5, 5.1, 5.2, 6, 6.1 e 6.2.

Keywords: State of emergency, Rule of law, fundamental rights

Sommario: 1. Profili introduttivi. *Parte I L'emergenza giuridica non è un dato naturale.* 2. Una prima critica alla 'necessità' dell'emergenza. 3. Metodologia. 3.1. Concetti comparativi. *Parte II L'emergenza giuridica come insieme di varietà nella gerarchia sviluppata delle norme.* 4. Il concetto d'emergenza in sede giuridica: lo "alleggerimento" della produzione normativa. 5. Produzione normativa tra rafforzamento e facilitazione. 5.1. *Forme "regolare" di legislazione democratica.* 5.2. *Forme di produzione normativa rafforzata.* 5.3. *Procedure normative di rapida adozione.* 6. La conformità delle norme (alla fonte superiore) e il problema della concretizzazione delle competenze. 6.1. *Rispetto alle norme di distribuzione.* 6.2. *Rispetto alla norma delegata ovvero la conformità della concretizzazione delle competenze.* 7. Il problema dell'intensità. 7.1. Restrizioni di diritti fondamentali in casi d'urgenza. 8. In conclusione.

1. Profili introduttivi

Lo stato di diritto democratico è, come indica il suo nome, legato a due elementi costitutivi: la legittimità conferita da elezioni regolari a organi rappresentativi e il rispetto di procedure definite da costituzioni come poi attuate da organi con competenze diversificate e controllati da altri organi di natura giurisdizionale, nel rispetto di diritti, lasciando libere le scelte di vita e di azioni in cui un intervento giuridico è giuridicamente proibito¹. Le varie crisi che travolgono le democrazie occidentali sembrano mettere in bilico questo equilibrio difficilmente raggiunto: le procedure, le competenze, i controlli, le libertà vengono considerati ostacoli alla soluzione di problemi che sembrano non tollerare regolarità e

¹ Il concetto qui presupposto distingue nettamente questioni di struttura giuridica, da una parte, da quelle di natura morale o politica, dall'altra. In quest'ottica, il concetto di stato di diritto vuole identificare un ordinamento giuridico dotato di determinate proprietà strutturali che non si devono confondere con le sue caratteristiche come possono essere quelle dell'essere democratico o comprensivo o meno diritti fondamentali. Uno "stato democratico di diritto" costituirà allora la combinazione di elementi concettualmente e strutturalmente distinti. Sulla problematica concettuale dello "stato di diritto" come in questo lavoro adottata cf. O. Pfersmann, *Prolegomènes pour une théorie normativiste de l'Etat de droit*, in O. Jouanjan (cura), *Figures de l'Etat de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, Presses Universitaires de Strasbourg 2001, p. 53-78 e dello stesso autore, *L'incompletezza selettiva dello stato di diritto in chiave teorica e comparata: Austria, Germania, Francia et al.*, in T. Frosini (cura), *Rule of Law come costituzionalismo*, (in corso di stampa), Bologna, 2023, p. 69-87. *Contra*, considerando lo stato di diritto come uno degli aspetti dello Stato liberale, fuori dall'orizzonte del quale "non ha senso quindi parlare di Stato di diritto", G. Silvestri, *Lo Stato di diritto nel XXI secolo*, in *Rivista AIC*, 2011, n. 2. Per quanto riguarda invece la nozione, ascrivibile secondo alcuni alla letteratura tedesca, c'è un ampio dibattito, contendendosi la paternità più parti, si v., in particolare, G. Carré De Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, volume 1, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1920 e 1922, p. 164, 489 (in nota) adduce l'introduzione dello Stato di diritto alla teoria della costituzione adottata dall'Assemblea costituente del 1789, mentre altri la fanno risalire ai teorici inglesi della "supremazia del common law e sovereignty of Parliament", affermata in particolare da Dicey. Sui tre significati ad esso attribuiti, v. A. V. Dicey, *Introduction to the study of the law of the constitution* (1885), Macmillan, 1959, in particolare, p. 203, in particolare laddove si afferma che "rule of law, then, which forms a fundamental principle of the constitution, has three meanings, or may be regarded from three different points of view". Per uno studio ampio sul tema, con un'attenta ricostruzione del lungo processo storico avviato per l'affermazione del principio e analisi delle elaborazioni teoretiche espresse al riguardo, si v. R. Bin, *Lo Stato di diritto*, Bologna, 2004. Per un'attenta ricostruzione delle varie versioni di stato di diritto si rinvia, tra gli altri, a P. Ridola, *Dallo stato di diritto allo stato costituzionale*, in G. Conte, A. Fusaro, A. Somma, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, 2018, RomaTre-Press, p. 459 e ss. Offre invece una lettura dinamica del principio legata più alla forma di governo, all'interno delle democrazie pluraliste, e proponendo la distinzione tra «dinamica ordinamentale» e «dinamica istituzionale», A. Ruggeri, *Stato di diritto e dinamica istituzionale (Spunti per una riflessione)*, in *Pol. dir.*, 3/1990, p. 387. Sulla differenza invece tra Stato di diritto e *Rule of law* P. Bilancia, *Lo Stato di diritto come valore in una dimensione "spaziale"*, in *Nomos*, 2012, n. 2, nonché R. Bin, *Rapporti tra poteri nello Stato di diritto del secolo XXI*, in *Fundamentos*, 2014, p. 133. Ritiene invece oggi giustificabile l'equiparazione tra i due concetti, D. Zolo, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in P. Costa-D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, pp. 17, 18 e 33.

rispetto dei tempi procedurali e delle libertà. La minaccia del terrorismo, della pandemia determinata dal Covid, del cambiamento climatico, del crollo bancario, della guerra e di altri possibili eventi probabilmente non ancora noti (o neanche immaginabili) sembra non consentire di rimanere nei limiti dello stato democratico di diritto giacché le situazioni richiedono una risposta immediata, apposita, non ostacolata da fattori che sembrerebbero rallentare una tempestiva reazione, determinando l'attivazione di stati emergenziali². Molti tendono così a vedere in questi sviluppi – forse non ancora completamente evidenti - la giustificazione ‘naturale’ per agire al di fuori delle regole con poteri possibilmente illimitati, proprio perché nessun ordinamento, ad avviso degli stessi, sarebbe in grado di prevedere pericoli futuri. A fronte di numerosi lavori sul tema dell'emergenza, ove la visione del fenomeno rimane talora squisitamente extra-giuridica – ovvero prevalentemente naturalistica oppure anche di carattere morale o politico - il tentativo del presente saggio sarà allora quello di concettualizzare l'emergenza in sede giuridica.

Collegando tale concezione all'analisi dei dati legali, siano essi costituzionali oppure legislativi, che si possono così identificare si intende arrivare a una prima classificazione comparata dell'urgenza. In tal modo, se ancora oggi l'emergenza è considerata come un dato naturale attivabile “per necessità” dal soggetto che ne avrebbe il potere, si cercherà con questo scritto di mostrare che è invece necessario analizzare il fenomeno utilizzando gli strumenti della teoria sviluppata della gerarchia delle norme.

A tal fine questo saggio sarà suddiviso in due parti.

² Sul punto, secondo un'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, p. 3. Per uno studio attento della nozione, in tempi più recenti, si v. V. Piergigli, *Diritto costituzionale dell'emergenza*, Torino, 2023, G. Serges, *La dimensione costituzionale dell'urgenza. Studio su di una nozione*, Napoli, 2020 nonché E. A. Imparato, *L'eccezione nella regola. La sopravvivenza delle prerogative tra ordine pubblico e sicurezza nella transizione intra-costituzionale contemporanea*, Napoli, 2019. 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*, Milano, 1990, p. 479. Dicotomico, negli stati emergenziale, è 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), Torino, 1998, T.E. Frosini, *Diritto alla sicurezza e tutela delle libertà: un crimine sottile che esalta le democrazie*, in *Guida al diritto – Il Sole 24 ore*, n. 32, 2003, p. 5, A. Benazzo, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Torino, 2004, V. Baldini, *Sicurezza e libertà dello Stato di diritto in trasformazione: problematiche costituzionali delle discipline di lotta al terrorismo internazionale*, 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, 2005; Cerrina Ferroni G. – G. Morbidelli, *La sicurezza un valore superprimario*, in *Percorsi cost.*, 1, 2008; A. Cardone, *La normalizzazione dell'emergenza*, Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo, Torino, 2011, A. Pace, *Libertà e sicurezza. Cinquant'anni dopo*, in A. Torre (a cura di), *Costituzioni e sicurezza dello Stato*, 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*. 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, 2017. Quanto infine all'emergenza Covid-19 la letteratura è ampissima e sterminata. Si possono citare i principali lavori monografici: I.A. Nicotra, *Pandemia costituzionale*, Napoli, 2021; U. De Siervo, *Il contenimento di Covid-19: interpretazioni e Costituzione*, Modena, Mucchi, 2021 mentre per il diritto comparato, la sezione monografica curata da A. Vedaschi e L. Cuocolo, *L'emergenza sanitaria nel diritto comparato: il caso del Covid-19*, in *DPCE Online*, 2020, n. 2, p. 1449 ss.; AA.VV., *L'emergenza da COVID-19: una prospettiva di diritto comparato* a cura di R. Tarchi, in *Rivista del "Gruppo di Pisa"*, 2020, Quaderno n. 1.

Una prima parte più generale in cui si partirà innanzitutto dalla critica della visione ‘naturalistica’ del fenomeno emergenziale, considerate le argomentazioni su cui essa si regge, per poi andare ad illustrare la metodologia utilizzate per l’analisi. L’esame comparatistico impone invero, come meglio, si dirà una “interpretazione concettuale differenziata”, del fenomeno teso ad identificare e analizzare le strutture normative di diritto positivo.

Dopo l’esposizione della metodologia adottata, si procederà, nella seconda parte di questo lavoro, ad analizzare il modo di produzione normativo e così i seguenti ambiti principali: I) il modo in cui le competenze di produzione normativa rispondono tanto all’esigenza di regolarità quanto alla facilitazione e al problema delle restrizioni di diritti fondamentali; II) il problema della conformità di queste norme (alla fonti superiori) nonché della concretizzazione di queste competenze; III) il problema dell’intensità IV) e delle limitazioni dei diritti fondamentali.

La tesi sostenuta sarà così la seguente: mentre il consolidamento della democrazia rappresentativa e dello stato di diritto stimola la generalizzazione di procedure parlamentari con sindacato di costituzionalità, la considerazione delle difficoltà relativa al mantenimento delle maggioranze stabili³ e la necessità di agire velocemente in caso di crisi spinge verso una facilitazione della produzione normativa⁴.

Parte I L’emergenza giuridica non è un dato naturale

2. Una prima critica alla ‘necessità’ dell’emergenza

La concezione ‘naturalistica’⁵ poggia principalmente su tre argomentazioni: l’incompletezza dell’ordinamento giuridico, l’anteriorità e perciò la prevalenza del politico sul giuridico nonché, infine, il

³ Le difficoltà di stabilire delle maggioranze e quindi di organizzare un dialogo proficuo tra parlamento e governo è stato teorizzato in primo luogo sotto l’aspetto della *razionalizzazione del parlamentarismo* secondo le teorie di B. Mirkin-Guetzévitch, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel: les problèmes de la rationalisation du pouvoir dans les constitutions de l’Europe d’après-guerre*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger*, t. XLV, no 1, 1928, p. 5-53, e anche, con maggiore scetticismo, *L’échec du parlementarisme «rationalisé»*, in *Revue internationale d’histoire politique et constitutionnelle*, 1954, p. 97. (cfr. P. Lauvaux, *Parlementarisme rationalisé et stabilité de l’exécutif*, Bruylant, 1988; P. Avril, *Le parlementarisme rationalisé*, in *Revue de droit parlementaire*, 1998); M. Frau, *L’attualità del parlamentarismo razionalizzato*, in *Nomos* 3-2016, pp. 1-31).

⁴ L’autore che probabilmente ha introdotto per primo questa idea nelle scienze politiche e nelle teorie giuridiche è Lindsay Rogers, *Crisis Government*, W. W. Norton and Company, New York, 1934. Per questo autore, sarebbe possibile avere tutti i vantaggi di una dittatura senza rinunciare alla democrazia, ipotizzando un uso “non legale” delle competenze dell’esecutivo. Rogers finisce invero con l’ammettere che il governo agisce al confine della legalità e la sua argomentazione si fonda in definitiva sulla massima per cui lo scopo giustifica i mezzi.

⁵ In Italia questa tesi trova particolare espressione nella dottrina di Santi Romano, per cui “nella necessità deve rintracciarsi l’origine e la legittimazione dell’istituto giuridico per eccellenza, cioè dello Stato, e in genere del suo ordinamento costituzionale, quando esso viene instaurato come un procedimento di fatto, ad esempio in via di rivoluzione. E ciò che si verifica nel momento iniziale di un determinato regime può anche ripetersi, sebbene in linea eccezionale e con caratteri più attenuati, anche quando questo avrà formato e regolato le sue istituzioni fondamentali”. Così, S. Romano, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione dei terremoti di Messina e Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, ora in Id., *Scritti minori*, vol. I, Giuffrè, 1990, p. 287 nonché p. 362. Vedi, anche, F. De Vanna, *L’ordinamento giuridico di Santi Romano e il pluralismo oltre l’orizzonte dello Stato: alcuni percorsi interpretativi*, in *Jura Gentium*, XV, 2018, pp. 2, 37-56). Peraltro già nel 1925, Kelsen scrisse nella sua *Teoria generale dello stato (Allgemeine Staatslehre*, Berlino Julius Springer

fatto per cui ovunque si può osservare, sul piano fattuale, un progressivo spostamento dalle istanze legislative e deliberative verso quelle amministrative e governative. Questa visione non trova tuttavia conforto in questo lavoro, non condivisa per le ragioni che si andranno ad esprimere a breve, intendendosi qui soffermarsi esclusivamente sugli ordinamenti di diritto positivo.

Innanzitutto non si concorda con la teoria delle lacune.

Se è indubbiamente vero che nessun legislatore ha previsto tutti gli sviluppi possibili nei dettagli della loro fattualità, si deve nondimeno distinguere il “prevedere” il futuro in modo profetico da ciò che stabilisce un sistema giuridico quando organizza la modalità deontica delle fattispecie di un insieme di azioni possibili concepito in modo generale. Dal momento che l’organo legislativo è abilitato a produrre la norma “legge” secondo una certa procedura, ogni percorso che rispetterà le esigenze legate a questa procedura sarà una legge, mentre quello che non le osserverà non può dirsi tale e sarà qualcos’altro. In quest’ottica allora gli ordinamenti giuridici sono da ritenersi completi ben determinando in modo generale lo statuto deontico di ogni azione possibile⁶. Evocare l’incompletezza dell’ordinamento giuridico serve così unicamente a rivendicare l’esistenza di un altro ordinamento rispetto al diritto positivo dato. Peraltro, l’argomento secondo cui l’abilitazione - dentro l’ordinamento - a produrre misure fuori le regole dell’ordinamento deriverebbe dall’impossibilità di prevedere l’emergenza è squisitamente antinomico: l’autorizzazione ad agire fuori autorizzazione esisterebbe precisamente perché non può esistere.

Non si condivide, in secondo luogo, quella teoria secondo cui la “sovranità” precederebbe la normatività, se non nel senso ovvio e scontato per cui il potere è sempre un’altra cosa rispetto alla norma giuridica mentre il fatto non istituisce la norma o l’ordinamento giuridico⁷.

1925, p. 157), “Dietro questa denominazione – ovvero quello di una ‘necessità di stato’ – si celano ovviamente soltanto ragionamenti politico-giusnaturalistici che cercano - come accade spesso - di presentarsi come ragionamenti di diritto positivo. Dietro la fidata garanzia che lo stato deve ‘vivere’ si nasconde spesso semplicemente la spietata volontà che lo stato deve vivere secondo il pensiero di quelli che usano la giustificazione di un ‘diritto di necessità di stato’. Dallo stato di necessità dello stato si deve distinguere invece la possibilità, introdotta in alcune costituzioni, di sospendere provvisoriamente le disposizioni sui diritti fondamentali dei sudditi come anche altre disposizioni costituzionali dettate in caso di guerra o di altri disordini come anche l’abilitazione conferita alle autorità al fine di attuare interventi di vasta portata nella libertà dei singoli” E cita anche Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* (quarta edizione a cura di Walter Jellinek, Julius Springer Berlino 1922, p. 3599: “Allo scopo di nascondere le più palesi violazioni dell’ordine statale, si è usato la categoria del diritto di necessità dello stato che costituisce semplicemente un’altra espressione per dire che il potere prevale sul diritto”.

⁶ Questo accade di solito in modo “liberale”, vale a dire secondo la massima generale per cui tutto quello che non è proibito è permesso e lo è anche se la massima non è resa esplicita, in assenza di un insieme di azioni non esplicitamente sanzionato.

⁷ La teoria secondo cui “l’emergenza” sarebbe di per sé fuori dal diritto può essere rintracciata sino a risalire alla famosa massima di Cicerone “*Silent enim leges inter arma*” (*Pro T. Annio Milone*, 4,11) ampiamente discussa nelle teorie del diritto naturale da Grotius (*De jure belli ac pacis*, Prolegomena § 26) a Hobbes (*De cive* V, 2) e Kant (*Metaphysik der Sitten*). Il dibattito, spostandoci al nordamerica, vede argomentazioni non dissimili: se la Costituzione Americana contiene soltanto una disposizione che condiziona la sospensione del Habeas corpus ad un atto legislativo (Article I, Section 9, Clause 2), Hamilton scrisse nel *Federalist* 23: “It is impossible to foresee extent and variety of national exigencies, and the correspondent extent means which may be necessary to satisfy them. The circumstances that of nations are infinite, and for this reason no constitutional shackles can wisely be imposed on the power to which the care of it is committed”.

In terzo luogo, quanto alle modifiche delle competenze normative e al loro spostamento verso le autorità governative/amministrative, si può soltanto osservare che o si tratta di uno sviluppo giuridico e deve perciò essere verificato dall'interno dei rispettivi ordinamenti oppure è la conseguenza di un'evoluzione extra-giuridica e deve essere allora spiegata come una violazione delle regole vigenti laddove questa violazione non può tuttavia rendere comprensibile uno svolgimento di tipo giuridico.

Infine, giacché questa analisi riguarda esclusivamente i dati del diritto positivo, i casi di “emergenza” devono essere identificati a partire dai criteri previsti dal diritto stesso come varianti dei metodi di produzione normativa rispetto a quello generalmente ritenuto come paradigma dello stato democratico di diritto. In altri termini, l'emergenza o l'urgenza non è considerata come un problema di tipo morale e politico indotto dalla preoccupante situazione del mondo (ambiente, guerra, crisi migratoria, povertà, crisi sociale, ecc. ecc.). Questi problemi non sono per niente negati in quanto tali, ma non costituiscono di *per sé* una modificazione della produzione del diritto. Ci si chiede, anzi, come gli ordinamenti giuridici organizzano le emergenze secondo le fattispecie dagli stessi ordinamenti individuati. Per tali ragioni si dovrà costruire un concetto giuridico di emergenza prima ancora di analizzare le rilevanti strutture giuridiche.

3. Metodologia

3.1 Concetti comparativi

Come noto, il diritto comparato analizza una certa problematica giuridica alla luce di una pluralità di ordinamenti. La teoria della comparazione è tuttavia contraddistinta dalla contrapposizione tra posizioni di tipo funzionale e concezioni di carattere relativistico⁸. Non è certamente qui il luogo per esporre una

Sembra anche essere la famosa concezione del presidente Abraham Lincoln che opponendosi al verdetto che impedisce una sospensione esecutiva del Habeas corpus (caso John Merryman) risponde in un messaggio al Congresso il 4 luglio 1861: “Are all the laws but one to go unexecuted, and the government itself go to pieces, lest that one be violated?” (Per una riflessione sul discorso e sui casi cfr. W. H. Rehnquist, *All the Laws but one*, Knopf New York 2001). Nondimeno, la concezione oggi la più diffusa a questo proposito sembra essere quella proposta e promossa da Carl Schmitt nella sua *Politische Theologie*, Berlin Duncker und Humblot 1922 (trad. *Teologia politica*. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità (1922), in Id., *Le categorie del «politico»*, trad. it. di P. Schiera, Bologna, Il Mulino, 1972) secondo cui la “sovranità” e lo “stato d'eccezione” sarebbero *anteriori e prevalenti* rispetto al diritto. Non è qui possibile entrare nella discussione del pensiero di Schmitt e la sua recezione (su questo si legge ancora ad es. Ilse Staff, *Staatsdenken im Italien des 20. Jahrhunderts: Ein Beitrag zur Carl-Schmitt- Rezeption*, Baden-Baden: Nomos Verlagsanstalt 1991). Basta ricordare che questo pensiero, o una sua variante, spesso è utilizzato ancora oggi come punto di partenza per sostenere quell'argomentazione per cui il fatto non è mai disciplinato dal diritto che ne costituisce solamente un effimero epifenomeno. Per quanto si evochi solamente la distinzione tra fatto e norma, questa concezione non dice niente se non qualcosa di pacificamente condiviso col normativismo. Il vero problema è piuttosto che Schmitt (e le sue scuole) considerano che il fatto sovrano (non-giuridico) determina e modifica il diritto *da dentro*. Ora, questa concezione contraddice chiaramente la distinzione tra fatto e norma e rende la teoria antinomica. Secondo la concezione qui seguita, quello che si osserva in un ordinamento giuridico non può essere che uno sviluppo normativo interno ad un tale ordinamento.

⁸ Come ben noto, le concezioni funzionaliste sono rappresentate da K. Zweigert, H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, terza edizione, Oxford Clarendon Press, 1998. In Italia la teoria dei cosiddetti “formanti” è invece dovuta a R. Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 39 (1991),

teoria generale e completa della comparazione giuridica ma rispetto al problema dell'urgenza si deve comunque chiarire la nostra impostazione in particolare quanto a due punti: innanzitutto, il nostro punto teorico di partenza è quello delle “interpretazioni concettuali differenziati”, con un atteggiamento quindi né funzionalista, né relativistico ma teso ad identificare e analizzare strutture normative di diritto positivo⁹. In secondo luogo, si intende evitare la confusione tra nome e concetto, in particolare in contesti semanticamente diversi. Si devono quindi distinguere i concetti teorici da quelli dispositivi e dogmatici ovvero dottrinali.

In quest'ottica, un concetto “dispositivo” è il significato di un termine usato in una formulazione normativa in un dato sistema giuridico: “Presidente della Repubblica” si riferisce ad un concetto dispositivo del diritto costituzionale italiano. Il significato esatto del termine “Presidente della Repubblica” nella Costituzione italiana è un problema d'interpretazione. Quando si analizza una disposizione della Costituzione italiana o di qualsiasi altro ordinamento giuridico, la disciplina che se ne occupa usa concetti dottrinali o dogmatici. Quando si dice che il Presidente della Repubblica è il “capo dello stato italiano”, il sintagma “capo dello stato italiano” si riferisce in modo descrittivo e analitico ad una “proprietà” della struttura chiamata “Presidente della Repubblica” nelle specifiche disposizioni della Costituzione italiana.

Tali concetti non bastano, tuttavia, ai fini della loro comparazione.

In sede comparativa sono necessari concetti “indipendenti” dalle varie terminologie e dai concetti dispositivi locali come anche dai concetti dottrinali legati ad un determinato contesto culturale. Insomma, occorre utilizzare concetti teorici-comparativi capaci di sintetizzare le strutture normative possibili la cui presenza o assenza si potrà verificare nei vari ordinamenti effettivamente studiati. In definitiva, per la comparazione deve essere indifferente se una certa struttura normativa viene chiamata nel suo contesto locale “X” o “Z” allorché gli elementi costitutivi di detta struttura possono essere identificati ed utilizzati ai fini di una comparazione che prescindendo dal concetto dispositivo.

Il problema s'incontra, peraltro, già quando si prova a tradurre un termine in una lingua straniera: il “Presidente della Repubblica” della Costituzione italiana non è ovviamente il “Président de la République” della Costituzione francese, anche se le lingue sono molto vicine, e il “Bundespräsident” tedesco non è quello austriaco, né quello svizzero, anche se la terminologia è simile nella medesima lingua. Quando si parla di “urgenza” o di “emergenza” o “necessità” la problematica è la stessa.

pp. 343-401 contrapposta alle teorie dell'incomunicabilità da Pierre Legrand, *Le droit comparé*, Que sais-je?, Presses Universitaires de France, Paris, 2016.

⁹ Cf. O. Pfersmann, *Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit*, in *Revue Internationale de Droit Comparé* 2001, p. 275-288.

La questione linguistica diventa una questione di diritto comparato: “Notstand”, “Not”, “Ausnahme”, “emergency”, “緊急” (Kinkyuu) (art. 54 (2), Cost. giapponese), ma in giapponese si dice anche “非常” (hijou) o “חירום” (hirum) in ebraico.

Tutte queste ultime espressioni hanno in comune il fatto che si riferiscono ad un caso “inusuale” (ovvero, straordinario) di danno rispetto al quale si deve agire rapidamente. Sotto esattamente quali condizioni e con quali precise conseguenze giuridiche è il problema dell'emergenza a livello giuridico. Il problema non è allora se la “emergenza” è legalmente definita o meno, dovendosi invece prima sapere se “emergenza” - o altro - significa *emergenza*. Il concetto di *emergenza* è introdotto insomma in maniera stipulativa e indipendentemente delle terminologie usate¹⁰.

Sulla base di questa premessa si deve allora analizzare innanzitutto il modo in cui sono qualificati le “strutture emergenziali”.

Nei testi giuridici di vari paesi s'incontrano diversi termini che hanno come significato delle situazioni che si rivelano: *a*) inaspettate, *b*) con organi regolarmente competenti a dettare norme non in grado di riunirsi e/o di decidere rapidamente, *c*) laddove vi è un danno “maggiore” (rispetto al solito) imminente che *d*) potrebbe essere respinto o almeno limitato solo se apposite misure sono adottate e applicate in breve tempo e soltanto se *e*) altri organi sono in linea di principio in grado di varare tali misure in uno specifico tempo. Per tale struttura, si useranno in italiano i termini “urgenza” o “emergenza” in maniera indifferente come sinonimi, cioè se e per quanto tempo certe situazioni sono considerate come condizioni per la modifica delle regole di produzione normativa.

L'utilizzo di un concetto generale teorico che sintetizza le strutture normative possibili consente di differenziare, in sede comparativa, l'uso specifico degli elementi di questa struttura nei vari ordinamenti, vale a dire, quali sono le circostanze rilevanti, quale è la procedura di produzione normativa regolarmente applicabile e quindi gli organi regolarmente competenti, quale è la tempistica della risposta, la natura del danno, la procedura di sostituzione e quindi gli organi incaricati con essa. L'analisi comparativa richiederà specificazioni e tipologie.

¹⁰ In un articolo ampiamente documentato, *The Concept of Constitutional Emergency Power: A Theoretical and Comparative Approach*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 97, 2011, pp. 498-530, Guillaume Tusseau propone una concezione funzionale, analizzando l'uso del termine “emergency” nel “discorso giuridico”. Mentre la sua analisi si mostra interessante e in parte convergente con la concezione qui sviluppata, rimane nel paradosso auto-onomastico perché prima di analizzare un discorso, si devono conoscere i criteri permettendo di indentificarlo.

Parte II *L'emergenza giuridica come insieme di varietà nella gerarchia sviluppata delle norme*

4. Il concetto d'emergenza in sede giuridica: lo "alleggerimento" della produzione normativa

L'analisi di una struttura emergenziale impone innanzitutto chiarimenti sui presupposti ontologici quali la concezione adottata dall'ordinamento giuridico, l'introduzione della definizione di tale struttura e l'identificazione delle sue varietà come modalità di legislazione "facilitata".

Come già detto in precedenza, l'idea di emergenza si riferisce a situazioni di crisi che richiedono, al fine della loro soluzione, l'adozione di misure rapide, di ampia portata, al di fuori delle solite vie seguite. In sede giuridica si parlerà di "emergenza" quando per certe situazioni, più o meno precisamente indicate, viene autorizzata una produzione normativa specifica, al di fuori della consueta via parlamentare caratteristica dello stato democratico di diritto. L'emergenza si rivela quindi in contrasto con il metodo regolare di adozione delle norme. Riferendosi perciò a condizioni di produzione normativa o di atti giuridicamente rilevanti, essa viene analizzata in primo luogo come specificazione della *gerarchia delle norme*, tanto secondo l'ordine della produzione quanto secondo il calcolo dei difetti. Se quest'ultima concezione sembra intuitivamente di facile comprensione e generalmente accettata, essa è invece spesso intesa in maniera parziale e quindi problematica finendosi per individuare una relazione diretta e lineare tra conformità e validità¹¹. Il fatto che un insieme di norme condizioni la produzione di un altro insieme in

¹¹ Così è ad esempio in un testo che ha avuto un forte impatto nella dottrina come nel dibattito teorico in Italia, ovvero R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, pp. 121 ss. Questo autore distinguendo gerarchie strutturali e formali, materiali, logiche ed assiologiche, arriva alla conclusione che "In regime di costituzione rigida è altresì invalida la legge che sia in contrasto norme costituzionali (essendo la legge subordinata anche materialmente alla costituzione)" (p. 122). Questo è palesemente criticabile come dimostra l'esempio seguente: la Costituzione della Terza o anche della Quarta come anche infine, ovviamente, della Quinta Repubblica francese sono rigide (se per rigida intendiamo che la loro produzione richiede condizioni "rafforzate" rispetto a quelle previste per la legge formale), ma la legge una volta promulgata, stante inizialmente un controllo costituzionale francese soltanto di tipo 'preventivo', non può essere impugnata almeno fino al 2010 allorché si introdusse anche il controllo successivo. Ancora oggi, peraltro, nel riformato sistema costituzionale francese, una legge non può essere impugnata se non nel corso di una controversia giudiziaria e nel caso di lesione di diritti fondamentali. L'autore si chiede poi quali sono i criteri della superiorità e arriva alla conclusione che superiori sono le norme che prevalgono, ma non spiega perché ragione giuridica prevalgono. Il problema giuridico della relazione tra validità, conformità e prevalenza non può essere spiegata se non distinguendo tra produzione e forza derogatoria come aveva prima intuito Merkl (cv. infra). Ora, in maniera generale prevale la norma inferiore secondo il modo di produzione, a meno che al livello della norma superiore sia stato introdotto un calcolo dei difetti, vale a dire una norma che permette di correggere una norma difettosa secondo una apposita procedura. A. Merkl A.J. Merkl, *Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts*, in *Juristische Blätter*, vol. 47, 1918, pp. 425-427 nonché pp. 463-465, ristampato in H. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck (a cura di), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Europa-Verlag, Wien, 1968, vol. 1, p. 1091 s.; A.J. Merkl, *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues*, in *Gesellschaft, Staat und Recht*, Festschrift für Hans Kelsen, Wien, 1931, p. 252-294, reprint in H. Klecatsky, vol. 2, p. 1311s.; *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, Berlin, 1927. Le opere complete di Merkl sono state recentemente pubblicate: *Gesammelte Schriften*, (D. Mayer-Maly, H. Schambeck, W. Dietrich Grussmann, a cura di), Berlin, Duncker & Humblot 1994-2006. Su Merkl, cf. W.D. Grussmann, *Adolf Julius Merkl, Leben und Werk*, Schriftenreihe des Hans-Kelsen-Instituts, vol. 13, Wien, Manz 1989. Di recente, C. Jabloner, T. Olechowski, K. Zeleny (a cura di) *Der Stufenbau des Rechts auf dem Prüfstand*, Vienna, 2022. In italiano: Adolf Merkl, *Il duplice volto del diritto: Il sistema kelseniano e altri saggi* (C. Geraci a cura di), Milano, 1987 e *Dottrine di diritto pubblico nelle encicliche sociali* (V. Lattanzi a cura di), Roma, 1999. In generale, v. anche O. Pfersmann, *L'antinomia fondamentale del garantismo e la questione della classificazione delle teorie del diritto*, in F. Riccobono, F. Romeo (a cura di), *Dieci obiezioni a Kelsen - Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Napoli 2018, pp. 75-97.

termini di validità non dice invece niente rispetto alle conseguenze della produzione valida di una norma che nondimeno non rispetta una o più esigenze non condizionanti la validità nel sistema. Un calcolo dei difetti esiste quando tale violazione autorizza o richiede un atto di sindacato teso ad annullare, modificare o sospendere la norma difettosa. Il sindacato non si attua automaticamente e fino a quando non viene attivato, prevale l'atto di rango inferiore secondo la produzione che viola la norma di rango superiore. La *gerarchia delle norme* non deve quindi essere letta - come spesso accade - in senso unico discendente perché le condizioni di produzione non sono quelle di prevalenza. Questo aspetto si mostra di particolare importanza per la problematica dei dispositivi di urgenza giuridica che danno luogo a una complessità spesso sottovalutata non solo nella differenziazione della produzione normativa ma anche poi nell'identificazione di calcoli dei difetti - o della loro assenza.

La premessa da cui è necessario partire, ai fini di una corretta analisi degli stati di emergenza - ovvero, al fine dell'esame delle strutture di produzione normativa sottoposte alle condizioni della "urgenza" o "emergenza" - è quella secondo cui i sistemi giuridici organizzano la loro produzione e modifica, affidandone apposite competenze a diversi organi (intesi questi ultimi come un insieme di competenze). Peraltro, i termini "emergenza" ed "urgenza" sono considerati in questo lavoro come sinonimi: una loro distinzione può derivare dalle differenze di condizione e/o di procedure.

In una democrazia rappresentativa con costituzione formale, la competenza a modificare le norme di rango formalmente "legislativo" è attribuita ad un organo democraticamente eletto. Tali procedure "regolari" possono essere considerate come quelle adottate in media nello stato democratico di diritto e sono denominate *legislazione ordinaria*.

In questa concezione, la legislazione, come è noto, è vincolata alle esigenze costituzionali mentre a sua volta vincola le norme regolamentare che vanno a concretizzarla e la cui produzione è affidata ad organi amministrativi. In termini più generale, il principio dello stato democratico di diritto richiede che le norme generali ed astratte siano emanate nella forma della legislazione intesa come "formale ordinaria" e che delle eccezioni a questo principio (e quindi al sistema di produzione ordinario) devono essere determinate al livello costituzionale.

Nello sviluppo più recente si osserva tuttavia una progressiva diversificazione della produzione normativa che sembra andare in due direzioni: quella che vede norme di rango formalmente più alto o con esigenze rafforzate di adozione (norme formalmente costituzionali, leggi "organiche" in Francia, regolamenti parlamentari, leggi "speciali" in Belgio ecc.) e quella in cui si adottano norme per cui queste esigenze vengono indebolite e facilitate.

La produzione normativa cosiddetta "facilitata" risponde a due esigenze. La prima è quella di tipo più generale che vuole il conferimento di almeno alcuni ambiti solitamente legislativi (quindi attribuiti

all'organo democraticamente eletto) ad organi di governo, la seconda necessità è invece più specifica ed è collegata alla urgenza, sottoposta a certe condizioni, laddove la procedura regolare è vista come una procedura difficile e troppo lenta da attuare per far fronte ad eventi urgenti.

Le procedure facilitate vengono per definizione intese come l'esercizio delle competenze legislative da parte tuttavia non già dell'organo regolarmente competente, con conseguente spostamento di competenza organica: spesso, ma non necessariamente, rispondono anche all'esigenza di attribuire una competenza ai fini della limitazione di diritti fondamentali oltre le possibilità regolarmente conferite alla legislazione democratica parlamentare. Questa ipotesi deve quindi essere distinta da quella relativa alle procedure ordinarie e può costituire l'oggetto di una abilitazione specifica del legislatore parlamentare a certe condizioni laddove il legislatore 'ordinario' è abilitato ad organizzare l'esercizio dei diritti e quindi a limitarli secondo certe condizioni. In altri termini, il legislatore può essere abilitato a limitare i diritti oltre le limitazioni generalmente ammesse. E' questo ad esempio il caso del Portogallo nell'ipotesi "dell'urgenza"¹².

Quando le procedure vengono "facilitate" nel rispetto di determinate condizioni si pone il problema del loro controllo al fine di verificare il rispetto delle stesse condizioni e delle procedure, delle scadenze nonché l'osservanza dell'obbligo di far ricorso al metodo regolare al più presto. Più tale controllo viene indebolito e quindi il ritorno al metodo regolare diviene ipotetico, più il regime democratico si avvicina ad uno autocratico e dittatoriale¹³.

5. Produzione normativa tra rafforzamento e facilitazione

Partendosi 1) dal paradigma della produzione di norme generali come legislazione parlamentare regolare in cui si possono anche osservare varietà di procedure riservate a certi ambiti per arrivare a 2) procedure con richieste rafforzate nonché 3) altre ancora con esigenze meno rigide e quindi di adozione più rapida. Se la competenza di varare regolamenti è materialmente legislativa trattandosi di norme astratte e generali, questa è di solito subordinata alla legge formale, costituendo un'eccezione i casi in cui la produzione normativa esercitata da organi amministrativi.

¹² Cfr., E. A. Imparato, *Il Portogallo al banco di prova dell'emergenza sanitaria mondiale*, in *DPCE Online*, 2020, pp. 1613 nonché, più in generale, R. Orrù, *Il caso del Portogallo: regionalismo atipico ed emergenza sanitaria*, in *DPCE Online*, 2022, 387.

¹³ Su una possibile classificazione, in considerazione di una maggiore o minore partecipazione dell'organo democraticamente eletto, E. A. Imparato, *L'eccezione nella regola*, cit.

5.1 Forme “regolare” di legislazione democratica

a) *Procedura ordinaria*

Una democrazia rappresentativa conosce almeno una procedura legislativa affidata ad un organo parlamentare che implica una proposta, un dibattito, una delibera e un voto pubblico, una successiva promulgazione, senza alcuna particolare tempistica per l'adozione del testo.

Tale procedura sia chiamata “ordinaria”.

b) *Procedure speciali*

Accanto alla procedura ordinaria, si trovano in vari sistemi normativi, procedure speciali, sottoposte ad una certa tempistica come è nel caso della legge finanziaria. Rientrano in queste ipotesi anche le leggi aventi un oggetto particolare come il finanziamento della sicurezza sociale oppure le leggi “organiche” in Francia. Queste procedure devono essere distinte anche se il loro principio non è fondamentalmente diverso da quello sotteso alla produzione della legge ordinaria anche in questo caso essendovi regole che implicano un dibattito e un voto. A volte, queste procedure possono essere sottoposte a maggioranze rafforzate senza tuttavia arrivare alle esigenze legate al formalismo previsto per la revisione costituzionale (leggi organiche in Francia, art. 49 C. francese¹⁴), leggi “speciali” nel Belgio (art. 4, C. del Belgio), leggi sul sistema scolastico in Austria (art. 14 (10) C. federale austriaca¹⁵).

c) *Competenza parlamentare esclusiva*

In certi paesi, una delega al potere regolamentare, al di fuori dell'ambito della stretta esecuzione applicativa, è esclusa (non sono, cioè, ammessi decreti-legge o deleghe formali). Così è ad esempio in Austria laddove all'art. 18 (1) della Costituzione federale il principio cosiddetto di ‘legalità’, escludendo qualunque regolamento non fondato sulla legge formale, finisce con l'escludere anche ogni delega intra-parlamentare¹⁶ nonché in Germania, all'art. 80, comma 1, della legge fondamentale¹⁷.

¹⁴ Cfr. S. Brondel, *L'article 49 de la constitution du 4 octobre 1958*, tesi di dottorato Università Paris 1 Pathéon-Sorbonne, 2018, p. 637.

¹⁵ C. Hofstätter, M. Spreitzhofer, C. Taschner (a cura di), *Die österreichischen Schulgesetze*, Wien Manz 2023.

¹⁶ “L'intera attività amministrativa statale può essere svolta solo in base alle leggi”. Questa nota disposizione deve essere intesa come una norma che include la concretizzazione giurisdizionale essendo considerata dalla dottrina pubblicistica austriaca come il fondamento dello stato di diritto che impone al legislatore di dare un quadro preciso alla concretizzazione infra-legislativa tanto regolamentare quanto decisionale. Esclude invero, al di fuori dell'ipotesi di cui al secondo comma dello stesso art. 18, la possibilità di regolamenti che non sarebbero di esecuzione della legge (legislazione esecutiva delegata come nei decreti-legge italiani o le ordinanze francesi dell'art. 38 C. francese). Per uno studio recente con riferimenti bibliografici, v. P. Mörth, *Das Legalitätsprinzip Gesetzesvorbehalt und Determinierungsgebot im österreichischen Recht*, Verlag Österreich Vienna 2020.

¹⁷ “Il governo federale, un ministro federale o i governi dei Länder possono essere autorizzati per legge ad emanare ordinanze legislative (Rechtsverordnungen). A tale scopo nella legge debbono essere determinati il contenuto, lo scopo e la misura delle autorizzazioni concesse. Nell'ordinanza dev'essere indicata la legge di delega. Se è previsto per legge che una delega può ulteriormente essere trasferita, è necessaria un'ordinanza legislativa per il trasferimento della delega”.

d) *Referendum legislativo diretto*

È il caso francese del *referendum* su proposta del governo e della decisione di attivazione presidenziale: secondo l'art. 11 della Costituzione il Presidente della Repubblica francese, su proposta del governo, può varare un *referendum* legislativo in certe materie¹⁸ (disposizione costituzionale due volte abusata per consentire un *referendum* costituzionale diretto, non previsto, nel 1961 e 1969).

e) *L'inversione procedurale ovvero procedure legislative senza voto se non di sfiducia*

È il caso francese dell'adozione di un testo legislativo elaborato dal governo che non dà luogo a votazione se non possibilità di voto ai fini dell'adozione di una mozione di sfiducia (art. 49, comma 3 Cost¹⁹).

f) *Competenza legislativa di un organo parlamentare parziale*

Rientra in questa ipotesi il caso italiano delle commissioni in sede deliberante con competenza legislativa in ambiti per cui non è richiesto la deliberazione dell'Assemblea (questa procedura è esclusa dalla Costituzione solo per alcune materie specificamente individuate, tra cui quelle costituzionali²⁰): si tratta di procedure dette 'semplificate' attivabili su parere del presidente dell'aula salvo non via sia opposizione del governo oppure di un quinto dei componenti della Commissione o un decimo dei componenti dell'Aula.

5.2 Forme di produzione normativa rafforzata

In certi casi, la procedura legislativa ordinaria deve cedere il passo a quella di revisione costituzionale che comunque - e di solito - richiede una partecipazione democratica super-maggioritaria, non analizzata qui, che è, a sua volta, spesso differenziata, essendo talora a sua volta super-rafforzata allorché la revisione parziale è distinta dalla revisione "totale", oppure quando certe parti sono escluse da ogni procedura di modifica (polimorfismo negativo).

¹⁸ "Il Presidente della Repubblica, su proposta del Governo durante le sessioni, o su proposta congiunta delle due Assemblee, pubblicata nel Journal officiel, può sottoporre referendum ogni progetto di legge concernente l'organizzazione dei pubblici poteri, comportante l'approvazione di un accordo della Comunità o tendente ad autorizzare la ratifica di un trattato che, senza essere contrario alla Costituzione, potrebbe avere incidenza sul funzionamento delle istituzioni".

¹⁹ "La votazione non può aver luogo prima di 48 ore dalla presentazione della mozione. Si tiene conto soltanto dei voti favorevoli alla mozione di sfiducia, che deve essere approvata a maggioranza dei componenti l'Assemblea Nazionale. Se la mozione di sfiducia è respinta, i firmatari non possono proporre una nuova nel corso della stessa sessione, salvo il caso previsto dal comma seguente".

²⁰ All'art. 72, comma 4, Cost. it., si legge "La procedura normale di esame e di approvazione diretta da parte della Camera è sempre adottata per i disegni di legge in materia costituzionale ed elettorale e per quelli di delegazione legislativa, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali, di approvazione di bilanci e consuntivi".

5.3 Procedure normative di rapida adozione

5.3.1 Competenza regolamentare generale

a) *Competenza regolamentare generale* di varare norme in qualsiasi ambito non esplicitamente escluso dalla competenza selettiva del legislatore parlamentare (vedi, ad esempio, in Francia, art. 37 Cost.²¹).

b) *Competenza legislativa delegata puntuale*

È il caso francese delle “ordinanze” di cui all’art. 38 laddove le misure legislative sono varate dal governo previa abilitazione in forma di legge²².

5.3.2 Competenze di legislazione formale conferite ad organi amministrativi (governativi) o parlamentari parziali

a) *In linea generale*

Vari sistemi democratici conoscono altresì procedure in cui possono essere adottate norme di rango formalmente legislativo, almeno per un certo periodo o per certe materie, qualora ricorrano certe circostanze, senza la partecipazione del Parlamento o senza una delibera con voto in plenaria.

A questo proposito si deve distinguere la possibilità di una delega occasionale al potere regolamentare - o anche ad un organo parlamentare parziale - di adottare norme di rango formalmente legislativo in periodo regolare:

- è questo il caso francese a cui si è fatto cenno delle “ordinanze” di cui all’art. 38 (detta anche legislazione esecutiva delegata puntuale), con misure legislative adottate dal governo a seguito dell’abilitazione conferita in forma di legge unitamente all’esigenza di conferma legislativa per non tornare allo stato normativo regolamentare.

Queste procedure rimangono democratiche nella misura in cui la decisione o la possibilità di decidere rimane, in ultima istanza, nella competenza della rappresentanza parlamentare che può evocare a sé la questione nella sede propria.

b) *In caso di urgenza a favore di organi amministrativi*

In questi casi c’è una condizione oggettiva “d’urgenza”, raramente sindacabile e dipendente da una dichiarazione dell’organo che diventa competente in questo modo.

²¹ “Le materie diverse da quelle riservate alla legge hanno carattere regolamentare”. La portata effettiva di questa disposizione è stato oggetto di controversie: vedi, L. Favoreu, *Les règlements autonomes n'existent pas*, in *RFDA* 1987, p.882.

²² “Il Governo può, per l'esecuzione del suo programma, richiedere al Parlamento l'autorizzazione ad emanare con ordinanze, entro un termine limitato, dei provvedimenti che rientrerebbero normalmente nella competenza della legge”. Cfr. M. Verpeaux, *Les ordonnances de l'article 38 ou les fluctuations contrôlées de la répartition des compétences entre la loi et le règlement*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 19 (Dossier : Loi et règlements) - gennaio 2006, accessibile all’indirizzo www.conseil-constitutionnel.fr/decisions-de-nomination/les-ordonnances-de-l-article-38-ou-les-fluctuations-controlees-de-la-repartition-des-competences, nonché C. Boyer-Mérentier, *Les ordonnances de l'article 38 de la constitution du 4 octobre 1958*, Economica Paris, Aix-en Provence, 1996.

Le condizioni sono oggettive in quanto le fattispecie si riferiscono a fatti osservabili nel mondo empirico. Questo aspetto deve essere distinto dalla “determinatezza” della formulazione delle fattispecie. Meno sono determinate, più sono facilitate le procedure mentre saranno meno sindacabili le decisioni.

L’urgenza viene solitamente definita come l’impossibilità di riunire in tempo rapido l’organo legislativo competente, come si stabilisce, ad esempio, all’art. 18, terzo comma, della Costituzione federale austriaca²³. Si ha:

- il caso italiano dei *decreti-legge* (misure legislative condizionate dall’obbligo di conversione parlamentare)²⁴;
- il caso austriaco dei *regolamenti d’urgenza* di cui all’art. 18, comma 3, adottabili da parte del Presidente federale sottoposte all’obbligo di conversione parlamentare (procedura mai utilizzata);
- il caso francese dello *stato d’urgenza* e di *stato d’urgenza sanitario* previsto in sede meramente legislativa²⁵.

L’urgenza può essere chiamata in vario modo in diversi ordinamenti laddove questi ultimi, a loro volta, possono conoscere differenti modalità di urgenza secondo diverse condizioni e procedure. Il problema qui è quello del rispetto della gerarchia delle norme. Legislazioni speciali non possono - in linea di principio - sostituirsi a deleghe costituzionali specifiche.

La Costituzione sudafricana, ad esempio, prevede uno stato d’emergenza condizionato, tra l’altro, dalla presenza di situazioni di “disastro naturale” (art. 37, 1 a)²⁶, mentre la “gestione di disastri” sembrerebbe

²³ “Se l’immediata emanazione di provvedimenti, che in base alla Costituzione richiedano una deliberazione del Consiglio nazionale, si rende necessaria per evitare alla collettività un danno evidente e non altrimenti evitabile, in un periodo in cui il Consiglio nazionale non è riunito, non può riunirsi tempestivamente o è impedito nella sua attività per cause di forza maggiore, il Presidente federale, su proposta del Governo federale, può adottare tali provvedimenti sotto forma di decreti provvisori aventi forza di legge, la cui responsabilità fa capo ad entrambi. Il Governo federale deve formulare la sua proposta d’intesa con la sottocommissione permanente istituita dalla Commissione principale del Consiglio nazionale (articolo 55, comma 2). Tale decreto deve essere controfirmato dal Governo federale”.

²⁴ Art. 66, (2) “Quando, in casi straordinari di necessità e di urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni.

I decreti perdono efficacia sin dall’inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione. Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti”. Cfr., *ex plurimis*, G. Bernabei, *Carattere provvedimento della decretazione d’urgenza. L’amministrazione con forza di legge*, Milano 2017; F. Vari, *La conversione del decreto legge*, Scienze e Lettere Roma 2005. Sull’abuso invece del decreto-legge, come strumento utilizzato per velocizzare il processo legislativo negli anni settanta caratterizzati anche da una forte instabilità politica (crisi del centro-sinistra di Moro e del centrismo di Andreotti), si v. A. Celotto, *L’ “abuso” del decreto-legge. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, I, Torino, 1997. Più di recente v. A. Celotto, E. Di Benedetto, *Art. 77*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Giappichelli, 2006, pp. 1513 e ss. nonché A. Simoncini, *Tendenze recenti della decretazione d’urgenza in Italia e linee per una nuova riflessione*, in A. Simoncini (a cura di), *L’emergenza infinita. La decretazione d’urgenza in Italia*, Eum, 2006, p. 19. Ivi, vedi pure, inoltre, i contributi di U. De Siervo, C. Pinelli, G. Pitruzzella, A. Celotto, R. Romboli, A. Concaro, L. Lorello, N. Lupo, G. Di Cosimo, A. Pugiotto, E. Cheli.

²⁵ Per una presentazione complessiva, cf. Conseil d’État, *Les états d’urgence. La démocratie sous contraintes*, Paris, La documentation française, 2021.

²⁶ Ai sensi dell’art. 37, comma 1, “Lo stato di emergenza può essere proclamato solo con un atto del Parlamento e solo quando: a) la vita della nazione è minacciata da guerra, invasione, insurrezione generale, disordini, disastri naturali o altre emergenze pubbliche”.

rientrare nella competenza legislativa normale²⁷. In una recente sentenza del 2020²⁸, la *North Gauteng High Court* limita lo stato di emergenza, alla luce dell'art. 37 Cost., alle sole situazioni in cui la vita della nazione si mostri in bilico giungendo così a ritenere che in queste ipotesi non potesse rientrare il caso specifico della pandemia per la cui gestione si è reputato così sufficiente adottare le procedure della legislazione ordinaria. Qui come in altri ordinamenti si mostra il problema delle categorie di fattispecie e delle loro conseguenze. Altro esempio in tal senso può essere la Francia. In questo sistema se lo stato d'eccezione previsto all'art. 16 Cost. non viene attuato, può trovare applicazione la legge ordinaria che istituisce uno stato "d'emergenza sanitaria" che pure consente limitazioni molto importanti della libertà come è nel caso del Sud Africa: in queste ipotesi sono operativi limitazioni di libertà fondamentali (confinamenti, chiusure di attività economiche) che richiederebbero un'abilitazione specifica.

c) *Legislazione provvisoria intra-parlamentare in caso d'urgenza*

- Germania: Caso di *difesa*, le competenze del *Bundestag* sono trasferite alla Commissione comune (12a, LF)²⁹;

- Caso di "Urgenza legislativa", dopo la sfiducia del *Bundestag* rivolta al Cancelliere federale (art. 68, LF), ma solo allorché non si ha uno scioglimento e a seguito del rigetto di una proposta di legge considerata "urgente", il governo può chiedere al Presidente della Repubblica di adottare tale progetto di legge con l'assenso del *Bundesrat* (procedura mai utilizzata) (art. 81, LF)³⁰.

- il caso portoghese dello *stato d'urgenza*, dichiarato dal Presidente della Repubblica (art. 134 d), sentito il governo (197), deciso, esercitato e controllato dall'Assemblea o dalla sua Commissione permanente.

d) *Lo stato d'eccezione in senso stretto*

L'abilitazione, oggi molto rara, conferita al governo o al capo dello stato di emanare misure di qualsiasi rango al di fuori della procedura parlamentare in certi casi d'urgenza, costituisce lo stato d'eccezione in senso stretto, nei limiti in cui questo stato sia, ovviamente, organizzato dalla costituzione stessa o almeno regolamentato secondo regole che hanno un fondamento in costituzione. Si deve distinguere allora il caso di:

²⁷ Disaster Management Act-DMA, 30 dicembre 2002, n. 57, reperibile online all'indirizzo https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/201409/a57-020.pdf

²⁸ North Gauteng High Court, *Freedom Front Plus v President of the Republic of South Africa and Others* (22939/2020) [2020] ZAGPPHC 266; [2020] 3 All SA 762 (GP) (6 July 2020), reperibile online all'indirizzo: http://www.saflii.org/za/cases/ZAGPPHC/2020/266.html#_ftnref7. Per un commento, sia consentito rinviare a E. A. Imparato, *Lo stato di emergenza e la tutela dei diritti fondamentali in Sud Africa, a partire dalla sentenza dell'Alta Corte sull'emergenza pandemica, tra graduazione dei fatti e dissonanze costituzionali*, in *federalismi.it*, 33/2022, p. 172.

²⁹ H. D. Jarass, *Verteidigungsfall*, in H. D. Jarass, Bodo Pieroth (eds), *Das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland*, Beck München 2022, pp 1255 ss.

³⁰ Cfr. E. Klein, in W., C. Waldhoff, Christian Walter (eds), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Müller, Heidelberg, 1950.

- *stato d'eccezione vigilato* allorché rimane in ultimo sia una competenza parlamentare di riunione e di eventuale messa in stato di accusa dell'organo che ha attivato lo stato essendosi questi impadronito della competenza di sospendere le competenze parlamentari, sia un possibile controllo giurisdizionale dello stato d'eccezione, sia ambedue le ipotesi. Il caso francese (art. 16) è uno di stato d'eccezione vigilato giacché il Parlamento si riunisce di diritto e può esercitare una messa in stato di accusa del Presidente della Repubblica per Alto Tradimento, mentre il controllo giurisdizionale è meramente declaratorio non potendo il Consiglio costituzionale porre fine alle competenze speciali del Presidente della Repubblica.
- *Stati d'eccezione non vigilati* non esistono attualmente nell'Unione Europea.

6. La conformità delle norme (alla fonte superiore) e il problema della concretizzazione delle competenze

Le competenze di attuazione normativa si distribuiscono ai vari livelli della gerarchia delle norme nell'ordine della produzione. La conformità degli atti prodotti rispetto alle norme che ne determinano l'ambito, secondo il calcolo dei difetti dell'ordinamento in questione, deve comunque essere apprezzato, tanto nei confronti delle norme che distribuiscono le competenze quanto nella concretizzazione particolare o individuale.

6.1. Rispetto alle norme di distribuzione

Nell'Unione Europea come anche negli Stati membri l'esercizio concreto delle competenze è sottoposto a sindacato che può essere di legalità, di costituzionalità o ancora di convenzionalità e a volte può vedere una combinazione dei vari modi di controllo di conformità. Ogni conferimento di competenza di produzione normativa è così sottoposto a sindacato sopranazionale, secondo apposite vie d'accesso.

A livello nazionale si pone il problema della misura in cui le deleghe di legislazione facilitata in stato d'urgenza e con la possibilità di porre restrizioni di diritti fondamentali siano conformi a norme di rango superiore, in particolare, costituzionali. Questo vale in particolare per le norme legislative che impongono uno stato d'urgenza in assenza di abilitazione costituzionale precisa, come è ad esempio nel caso di:

- legge francese n. 55-385 del 3 aprile 1955 sullo stato d'emergenza
- legge francese n. 2020-290 del 23 marzo 2020, attualmente abrogata (salvo per la possibilità di imporre un obbligo di certificazione di tampone fino al 31 gennaio 2023).

La prima di queste leggi costituisce un'eredità della Quarta Repubblica allorché non era previsto un sindacato di costituzionalità³¹. La seconda riguarda invece le condizioni d'applicazione dell'art. 38 della

³¹ Cf. O. Beaud, C. Guérin-Bargues, *L'état d'urgence. Une étude constitutionnelle, historique et critique*, Paris, LGDJ, 2018 nonché O. Pfersmann, *Sur l'état d'urgence et la déchéance de nationalité*, in *Cités* 66 (2016), pp. 99-107.

Costituzione che autorizza il governo di varare “ordinanze” secondo una legge d’abilitazione nell’ambito della legge.

La crisi sanitaria in quest’ultimo ordinamento ha peraltro spinto il governo altresì a modificare le scadenze previste per un ricorso costituzionale (*question prioritaire de constitutionnalité*). Tale modifica avrebbe richiesto l’adozione di una legge organica per la quale la Costituzione impone un termine, ai fini della decisione in Parlamento, di almeno 15 giorni dalla presentazione del disegno o della proposta (art. 46). La legge organica è stata invece esaminata il giorno successivo alla sua introduzione. Il Consiglio costituzionale francese intervenuto in merito ha tuttavia ritenuto che “Tenendo conto delle circostanze particolari del caso, non c’è luogo di giudicare che questa legge organica sia stata adottata in violazione delle regole procedurali previste all’articolo 46 della Costituzione” in chiara violazione della Costituzione, della giurisdizione costituzionale stessa, invocando un argomento giusnaturalistico di necessità³².

6.2. Rispetto alla norma delegata ovvero la conformità della concretizzazione delle competenze

In questo caso, gli atti regolamentari o individuali di concretizzazione delle competenze tese alla restrizione di diritti fondamentali costituiscono l’oggetto del contenzioso di conformità. Le sentenze devono comunque a loro volta essere conformi alle norme di rango superiore invocate come chiave del controllo. Si devono quindi esaminare:

- gli atti regolamentari e individuali di concretizzazione delle leggi (la cui conformità deve essere esaminata secondo quanto visto al punto II));
- gli atti di sindacato di questi atti che oggi costituiscono un’importante corpus giurisprudenziale.

7. Il problema dell’intensità

La limitazione di una libertà può essere realizzata in diversi modi e può variare in quantità. Le limitazioni riguardano una “quantità”, ma il diritto dei diritti prevede, a livello generale, un sindacato “qualitativo”.

I diritti fondamentali hanno conosciuto quattro periodi.

Nel primo periodo, le costituzioni o altri strumenti normativi hanno stabilito un catalogo dei diritti la cui determinazione esatta è stata affidata al legislatore (“riserva di legge”)³³. Nel secondo periodo, i diritti

³² Sentenza n° 2020-799 DC del 26 marzo 2020.

³³ Cfr. T. Wülfing, *Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken*, Duncker und Humblot, Berlino 1981; J. Trémeau, *La réserve de loi: Compétence législative et constitution*, Economica Paris 1997 nonché, per la letteratura italiana recente, G. Piccirilli, *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovratutuali*, Torino, 2019.

Per la nostra problematica di particolare interesse si mostra la riserva di legge dell’art. 11 della Legge fondamentale tedesca:

“1. Tutti i tedeschi hanno diritto di circolare liberamente nell’intero territorio federale.

2. Questo diritto può essere limitato solo per legge o in base a una legge ed esclusivamente nei casi in cui manchino sufficienti mezzi di sostentamento e alla collettività possano derivare particolari oneri, lappare quando ciò sia necessario per scongiurare un pericolo imminente per la stabilità o l’ordinamento fondato sui principi di libertà e di democrazia

diventano tecnicamente limitazioni della competenza del legislatore, comunque variabile secondo la riserva di legge. Nel terzo periodo, che comincia successivamente alla seconda guerra mondiale e alla diffusione del sindacato di costituzionalità, le costituzioni sono parzialmente arricchite di formule di limitazione della riserva di legge, ad esempio la protezione ‘rafforzata’ di un contenuto essenziale (art. 19(2), LF tedesca)³⁴. La riserva di legge non autorizza più semplicemente il legislatore ad organizzare l’esercizio della rispettiva libertà, ma impone un limite alle limitazioni. In seguito, nel quarto periodo, le giurisdizioni costituzionali cercano di trovare una ‘graduazione’ della protezione dei diritti, soprattutto grazie alla teoria della “proporzionalità”³⁵.

Con quest’ultimo concetto indeterminato si cerca di “quantificare” qualcosa che generalmente nei testi normativi non è quantificato, dato che le fattispecie relative ai diritti non contengono alcuna graduazione differenziata finendo con il delegare agli organi giurisdizionali l’apprezzamento della soglia che individua una violazione di una limitazione giuridicamente accettabile. Cercando di elaborare criteri più precisi, la Corte costituzionale federale tedesca ha introdotto la sua teoria della proporzionalità, oggi ampiamente diffusa in Europa, secondo cui una limitazione deve essere introdotta a) con uno scopo giustificato, b) ricorrendo ad appositi mezzi che vadano nel senso di una intrusione con intensità solamente “minima”, c) soggetta infine a una valutazione comparativa che contrappone, da un parte, l’inconveniente dell’intromissione nel diritto in questione, d’altra parte, all’utilità dello scopo proseguito con la misura legislativa (o amministrativa) esaminata.

Malgrado la distinzione delle varie tappe che hanno portato all’apprezzamento dell’intensità, i suoi parametri rimangono indeterminati e meramente giurisprudenziali, dato che la valutazione rimane qualitativa. Ne consegue che dal punto di vista giuridico, l’intensità degli spostamenti di competenze e delle limitazioni dei diritti non può che seguire la diversificazione delle modalità di produzione normativa: più è facilitata rispetto alla procedura parlamentare ordinaria e al controllo tanto parlamentare quanto giurisdizionale, più l’intromissione può essere considerata intensa. È l’unica traduzione possibile della qualità in quantità.

L’intervento dell’organo e la misura da questi adottata soggetta ad esame (se legislativa da parte di una giurisdizione costituzionale, laddove se regolamentare o atto amministrativo compete a una giurisdizione

nello Stato federale o in un Land, o *la minaccia di epidemie*, calamità naturali o incidenti particolarmente gravi, per proteggere i giovani dall’abbandono o prevenire azioni criminose” (corsivo nostro). Peraltro, la specificazione della seconda parte della riserva è stata introdotta con la grande revisione del 1968 allorché si cercava di dare un fondamento costituzionale a misure di sorveglianza adottate nei riguardi del terrorismo.

³⁴ Cf. L. Schneider, *Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG*, Duncker und Humblot, Berlino 1983. Per la situazione austriaca e la relazione tra riserva di legge e proporzionalità, v. M. Stelzer, *Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Verlag Österreich Vienna, 1991.

³⁵ V., in senso ampio, di recente, tra gli scritti italiani, S. Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2010.

amministrativa) è tanto più invasiva quanto più l'organo dispone di un'abilitazione ampia o di una delega costituzionale diretta o di una delega in deroga delle garanzie generalmente applicabili o di una delega emanata in violazione delle norme costituzionali o legislative.

L'intensità è peraltro tanto più importante quanto più la competenza di controllarla è debole, ed è più debole quando il destinatario dell'atto dipende dall'iniziativa del ricorso da parte di un organo abilitato a tale fine, come è ad esempio un giudice *a quo* (nel caso italiano) o un giudice di trasmissione di un ricorso (nel caso francese) o di restrizioni nell'ammissione del ricorso (nel caso tedesco e austriaco). L'intensità non è data, in altri termini, solamente da quella misura esaminata in sé stessa, ma dipende anche dai mezzi giuridici suscettibili di provocare il suo esame e il possibile annullamento o la sua modifica.

7.1. Restrizioni di diritti fondamentali in casi d'urgenza

a) Problematica generale

Ogni legislazione che impone obblighi o divieti limita al contempo, in un modo o in un altro, certi diritti fondamentali giacché ogni obbligo o divieto finisce con l'incidere sulle libertà fondamentali. Le costituzioni prevedono così, generalmente, fattispecie sotto cui e secondo quali condizioni certi diritti possono essere limitati (ad esempio l'inviolabilità del domicilio secondo l'art. 13, Legge fondamentale tedesca, che prevede diverse eccezioni e che perciò non è rigorosamente "inviolabile"). Ogni legislazione considerata in violazione dei diritti fondamentali può costituire l'oggetto di un controllo di costituzionalità che, in assenza di criteri precisi, si svolgerà in base ad una valutazione di "proporzionalità" o della "contenuto essenziale" (Art. 19 (2) Legge fondamentale tedesca)³⁶.

Una restrizione di diritti fondamentali che vada oltre quello che la Costituzione consente in sede regolare, era prevista in caso d'urgenza dal tristemente famoso art. 48 (2) della Costituzione di *Weimar*. In diritto costituzionale attuale in Europa questa possibilità esiste in Portogallo quanto allo stato di assedio e di emergenza previsti all'art. 19 (5) che comunque limita le limitazioni (Art. 19 (6))³⁷ o in Germania per lo stato di difesa che prevede restrizioni specifiche (12a).

³⁶ Cf. M. Jestaedt, O. Lepsius, *Verhältnismäßigkeit. Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*, Mohr Siebeck Tübingen, 2015. La teoria della proporzionalità è stata sviluppata dalla giurisprudenza costituzionale tedesca prima nel famoso caso delle licenze per aprire una farmacia del 11.6.1958, in BVerfGE 7, p. 377 ss. Il principio è stato teorizzato prima da R. von Krauss, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht*, L. Appel, Hamburg 1955, poi da P. Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit*, Heymann Köln 1961, ma soprattutto da Alexy come principio generale teso a dare ragione dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale nonché come necessità dell'integrazione di elementi extra-giuridici. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp Francoforte 1986 (trad. *Teoria dei diritti fondamentali*, il Molino Bologna 2012).

³⁷ La dichiarazione dello stato d'assedio o di emergenza non può in alcun caso pregiudicare i diritti alla vita, all'integrità personale, all'identità personale, alla capacità civile e alla cittadinanza, all'irretroattività del diritto penale, al diritto alla difesa dell'imputato e alla libertà della coscienza e della religione.

In Italia, come del resto in altri ordinamenti europei, una delle questioni più controverse dibattuta durante la crisi sanitaria è stata proprio quella relativa alla legittimità delle misure limitative della libertà personale ovvero della libertà di circolazione. La Corte costituzionale chiamata a pronunciarsi, nel caso specifico, sull'eventuale violazione della libertà personale (art. 13 cost.), ha ritenuto che la misura dell'isolamento imposto ai contagiati da Covid-19 non configuri una sua violazione: non implicando, conformemente al suo consolidato orientamento, “alcuna degradazione” dello status giuridico di chi fosse soggetto alla misura, questa non ha perciò pregiudicato la libertà personale. Confermando le misure adottate dal governo, ha invece ritenuto che le stesse misure si traducevano in una mera restrizione della libertà di circolazione (*ex art. 16 cost.*), senza pertanto la necessità di assicurare il rispetto della riserva di giurisdizione (C. cost. 127/2022³⁸).

b) Si possono allora distinguere:

- *Restrizioni previste in costituzione e delegate alla legislazione ordinaria;*
- *Restrizioni previste in costituzione e delegate alla legislazione emergenziale* (caso d'urgenza in Portogallo, caso di difesa in Germania).
- *Restrizioni previste in costituzione e delegate direttamente ad organi amministrativi*
- *Limitazioni legislative regolari* che concretizzano abilitazioni costituzionali. Rispetto a quelle delegate alla legislazione ordinaria, qui si scende alla loro concretizzazione e si pone perciò un problema di conformità.
- *Limitazioni previste in legislazione emergenziale* con delega amministrativa che va così modificando la concretizzazione regolare.

Molte problematiche si devono rilevare per le restrizioni di diritti fondamentali previste in leggi ordinarie che non sono tuttavia abilitate per questo scopo in Costituzione, come è nel caso francese dello *stato*

³⁸ Corte cost., 7 aprile 2022 – 26 maggio 2022, n. 127. Con questa pronuncia la Corte costituzionale ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate – in riferimento all'art. 13 Cost. – dal Tribunale di Reggio Calabria su alcune disposizioni del d. l. n. 33 del 2020, nella parte in cui erano state introdotte sanzioni penali nei confronti di chi, risultato positivo al Covid e sottoposto alla quarantena obbligatoria, avesse lasciato la propria dimora o abitazione. Il giudice rimettente ritiene, invero, che una misura così limitativa della facoltà di libera locomozione da impedire l'uscita dalla propria abitazione durante la malattia non possa che ricadere nella sfera giuridica della libertà personale, al pari di misure che il giudice *a quo* reputa del tutto affini quanto al grado di afflittività (arresti domiciliari, detenzione domiciliare, ovvero misure alternative alla detenzione). La Corte costituzionale, richiamandosi alla propria precedente e consolidata giurisprudenza in materia, ha invece precisato che qualora “il legislatore intervenga sulla libertà di locomozione, indice certo per assegnare tale misura all'ambito applicativo dell'art. 13 Cost. (e non dell'art. 16 Cost.) è che essa sia non soltanto obbligatoria (tale, vale a dire, da comportare una sanzione per chi vi si sottragga), ma anche tale da richiedere una coercizione fisica”. Nel caso tuttavia del divieto di uscire dalla propria abitazione o dimora “non viene direttamente accompagnato da alcuna forma di coercizione fisica, né in fase iniziale, né durante la protrazione di esso per il corso della malattia”, non potendogli impedire fisicamente di lasciare la dimora stessa, né potendo arrestarlo in conseguenza di tale violazione, cosicché, si ritiene, la disposizione impugnata “non determina alcuna degradazione giuridica di chi vi sia soggetto e quindi non incide sulla libertà personale”. Per un commento in merito, v. A.M. Cecere, *Quarantena obbligatoria tra provvedimento amministrativo e sanzione penale: profili di incostituzionalità non rilevanti ma persistenti*, in *Giur. Cost.*, 2022, p. 1385 nonché V. Zagrebelsky, *Quarantena da covid nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto penale e processo*, num. 12/2022.

d'urgenza e di *stato d'urgenza sanitario*, previsti in sede meramente legislativa o in molte leggi di sanità pubblica in Europa. Queste leggi estendono generalizzando restrizioni concepite invece per casi individuali di malattie contagiose, imponendo a categorie generali di destinatari isolamento e limitazioni di movimento.

8. In conclusione

È caratteristico della problematica emergenziale contemporanea:

- la combinazione di deleghe legislative o anche sub-legislative;
- l'attuazione in casi meramente indeterminati di "urgenza" (solo in qualche caso le condizioni sono più precise);
- lo spostamento di competenze dal legislatore verso organi amministrativi, da organi con competenze di emanare regolamenti verso organi chiamati alla concretizzazione particolare e individuale;
- la limitazione di libertà al di fuori o al limite di quelle limitazioni previste in sede costituzionale o convenzionale;
- l'assenza di determinazione nella gerarchia delle norme. È un esempio in quest'ultimo senso l'art. 38 della Costituzione francese. Secondo questa disposizione il governo può essere abilitato ad emanare regolamenti (ordinanze) nell'ambito della legge e quindi nel campo riservato alla legge formale, esclusivamente competente a dettare norme per le libertà e diritti (art. 34). Se l'ordinanza abilita organi amministrativi, con ampie prerogative, la riserva legislativa di cui all'art. 34 può così essere svuotata: se ciò che soltanto il legislatore è abilitato ad emanare è delegato ad un organo che non conosce le garanzie della procedura parlamentare, risulta evidente come la riserva costituzionale perda qualunque consistenza. In chiusura, questo scritto, con la sua prima tassonomia degli stati emergenziali e non, ha inteso porre in evidenza alcune 'fragilità' tuttora sussistenti nei sistemi costituzionali quanto a procedure e il *vulnus giuridico* derivante per la limitazione/sospensione dei diritti e delle libertà fondamentali in particolare laddove si scelga di seguire vie volte ad "alleggerire" la produzione normativa attraverso diverse modalità di legislazione "facilitata".