

MODELLO COSTITUZIONALE E TRASFORMAZIONE DEL SISTEMA
DELLE FONTI NELLE CRISI ECONOMICA E PANDEMICA.
EMERGENZA E PERSISTENZA. RELAZIONE FINALE*

PAOLO CARNEVALE**

Sommario

1. Premessa – 2. Sistema delle fonti e torsione del modello costituzionale: una tendenza già in atto nel tempo non emergenziale? – 3. La congiuntura emergenziale come luogo di ripensamento e revisione del sistema delle fonti. Dal diritto positivo alla cultura giuridica – 4. *Segue*. Alla ricerca dello statuto teorico della norma sulla normazione. Qualche considerazione – 5. *Segue*. Per una rivalutazione del disvalore del vizio formale di legge – 6. Sulle nozioni di crisi ed emergenza costituzionale – 7. Emergenza costituzionale e versante delle norme. Il “tempo” della deroga – 8. Emergenza costituzionale e versante degli atti. Ordinarietà *vs* straordinarietà – 9. Sulla deliberazione dello stato di emergenza.

Abstract

Concluding remarks given by Prof. Carnevale at the Gruppo di Pisa conference held in Florence on 17th and 18th June 2022.

Suggerimento di citazione

P. CARNEVALE, *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza. Relazione finale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2022. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione della relazione conclusiva tenuta al Convegno annuale dall'Associazione «Gruppo di Pisa» dal titolo *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza* svoltosi a Firenze il 17 e 18 giugno 2022.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi Roma Tre.
Contatto: paolo.carnevale@uniroma3.it

1. Premessa

Mi sono a lungo domandato, nei mesi che hanno preceduto questo convegno, quale potesse essere il senso, meglio il “posto” della mia relazione “conclusiva” all’interno della complessiva articolazione del nostro incontro di studi. Onde offrire risposta ad una simile domanda, mi sono innanzitutto interrogato sulle ragioni per cui una relazione possa aspirare ad una simile qualificazione.

Invero, una relazione può essere “conclusiva” a vario titolo.

Lo può essere perché offre, ad esempio, un quadro di sintesi delle molteplici posizioni emerse negli interventi che hanno punteggiato il corso dei lavori. In sostanza, una sorta di riassunto critico di quanto emerso che, nel migliore dei casi, può condurre ad una complessiva rilettura delle tesi avanzate, saggiate alla stregua della disamina critica del relatore “conclusivo”. Debbo dire che, a parte i dubbi circa l’utilità di una simile soluzione, la struttura e la ricca articolazione tematica di questo convegno annuale del Gruppo di Pisa me lo hanno subito sconsigliato.

Ma l’abito conclusivo può essere pure vestito (e vantato) da una relazione in cui il suo autore finisca per proporre una propria autonoma posizione sui singoli temi in discussione, aggiungendo la propria all’opinione già espressa dagli altri interventori. Ora giustapponendosi, ora magari contrapponendosi ad essi. In tal caso, evidentemente, la “conclusività” non discende, se non marginalmente, dal nesso di interlocuzione con il dibattito svolto e finirebbe per essere rivendicata solo in funzione della collocazione temporale nell’arco dei lavori. In sostanza, la relazione sarebbe conclusiva... perché posta a conclusione. Niente di più. Pur inizialmente suggestionato da questa prospettiva, ho inteso scartarla non foss’altro perché mi avrebbe posto nella condizione di trasformare la mia in un’ultima parola, lucrando il vantaggio, anzi il privilegio della sottrazione al vaglio dialettico degli altri partecipanti. Mi sarei sentito decisamente a disagio.

Ho preferito, pertanto, incamminarmi in altra direzione, pensando potesse essere di maggiore utilità concludere, non immergendosi, ma prendendo le “distanze” dai vari temi trattati, non però per giustapporsi argomentativamente agli interventori che mi hanno preceduto, ma per proporre piuttosto un mutamento di piano della riflessione. Una presa di distanza “per arretramento” – mi verrebbe da dire – al fine, cioè, di porre l’attenzione su alcune questioni di carattere generale la cui disamina, senza spingermi ad entrare direttamente nel merito delle singole problematiche, fosse tuttavia idonea a tratteggiare una sorta di scenario complessivo in cui ri-accoglierle e collocarle.

Per questo, il mio sarà – per quanto sono in grado di fare – un concludere “ospitando”, cercando di tratteggiare un orizzonte ampio che possa fungere da sfondo alle varie tematiche sin qui affrontate, consentendomi di non rimanere direttamente impigliato ed assorbito in nessuna di esse.

È quanto mi accingo a fare.

2. Sistema delle fonti e torsione del modello costituzionale: una tendenza già in atto nel tempo non emergenziale?

Vorrei, a questo riguardo, partire dal titolo di questo convegno che recita: “Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenze e persistenze”.

Esso suppone, da un verso, la possibilità di definire un modello costituzionale di sistema delle fonti e, dall’altro, l’esistenza di una spinta trasformatrice prodotta sul sistema (e sul suo modello) dalle crisi economica e pandemica manifestatesi nel recente passato.

Orbene, non mancano oggi voci assai critiche in dottrina circa la prefigurabilità in sé di un vero e proprio sistema delle fonti: le pulsioni dissolutive e le tensioni centrifughe operanti all’interno e all’esterno del nostro ordinamento parrebbero, infatti, aver raggiunto livelli tali da mettere in discussione, per l’appunto, che di sistema – unitariamente inteso – si possa ancora parlare. Si dovrebbe piuttosto preferire una conformazione parcellizzata del processo normo-riproduttivo, articolata per lo più in micro-sistemi, in sé poco permeabili e tendenzialmente animati da proprie logiche interne, nella quale il ruolo unificante del modello costituzionale parrebbe fortemente ridimensionato, se non proprio a rischio. All’uopo, infatti, è stata evocata l’immagine dell’arcipelago, piuttosto che del sistema.

Quanto, poi, alla spinta trasformatrice ascritta alle congiunture critiche richiamate viene da osservare che essa, piuttosto che generata o promossa dai contesti di crisi, parrebbe invero, per molti versi, collocarsi nel solco di una trasformazione già in atto da tempo nel nostro ordinamento – come del resto la bella relazione introduttiva di Andrea Cardone ha mostrato – la cui portata potrebbe persino assumere le fattezze di una vera e propria trasfigurazione. In tal caso, viene da pensare che i “fattori esogeni” di condizionamento – ai quali è stata dedicata la seconda sessione del Convegno – piuttosto che avere prodotto (o produrre) torsioni della produzione normativa, abbiano finito (o finiscano) per enfatizzare o, se si preferisce, intensificare i caratteri di un processo in corso prima delle (ed a prescindere dalle) crisi pandemica ed economica, la cui tensione eversiva si sarebbe risolta (o si risolverebbe) nell’accelerare e portare alle estreme conseguenze fenomeni patologici preesistenti ma, finora, contenuti entro certi confini.

Se ciò fosse esatto, ci troveremmo allora dinanzi ad un processo specularmente opposto a quello che, da qualche tempo, si suole appellare con la formula della *endemizzazione delle emergenze*; fenomeno, questo, sinistramente ed emblematicamente evocato all’inizio del nostro millennio dall’utilizzo

dell'aggettivo *enduring* (*Enduring freedom*) per definire l'operazione militare posta in essere dagli Stati Uniti d'America a valle dell'attacco alle Torri Gemelle dell'11 settembre 2001 e, più in generale, la c.d. guerra al terrorismo che ne seguì. Aggettivo che, seppur riferito direttamente alla libertà, è parso altresì atteggiarsi a spia dell'eventuale superamento della tradizionale (biblica) divaricazione tra “un tempo (emergenziale) della guerra” e “un tempo (ordinario) della pace”.

Invero, se rendere endemica l'emergenza altro non significa che depurarla dei suoi profili di straordinarietà ed eccezionalità radicandola sul piano dell'*id quod plerumque accidit*, quello che sembra verificarsi nel nostro caso è, al contrario, l'anticipazione in tempo ordinario degli effetti distorsivi producibili nel sistema della produzione del diritto oggettivo dall'emergenza di turno. Prendendo in prestito una formula espressiva ad altro fine coniata, si potrebbe parlare, quantomeno in parte, di *pre-conformazione dell'ordinamento* all'anomalia imposta dal fatto emergenziale.

Ne consegue che, forse, è sull'*ordinario* processo di produzione normativa, prima ancora che sulla sua dimensione *straordinaria*, che bisogna gettare lo sguardo. Ed è quanto mi riprometto di fare in prima battuta.

3. La congiuntura emergenziale come luogo di ripensamento e revisione del sistema delle fonti. Dal diritto positivo alla cultura giuridica

A tal riguardo, una prima osservazione che mi sento di fare è questa.

Le ricorrenti affermazioni fatte da diversi commentatori nelle recenti crisi costituzionali circa il ruolo dominante assunto dal potere esecutivo, il processo di verticalizzazione che ha portato al protagonismo assoluto del Presidente del Consiglio, la marginalizzazione del Parlamento, il progressivo debito maturato dalla politica nei confronti della tecnica, sarebbero tranquillamente ripetibili in tempo ordinario, salvo semmai che per una diversa dimensione di scala. Sul piano della produzione normativa, come noto, ciò comporta l'essersi ormai da tempo instaurata una vera e propria *signoria* dell'Esecutivo, in certo qual senso certificata dai rapporti sulla legislazione che, annualmente, l'osservatorio sulla legislazione ci fornisce. Signoria degli *strumenti* normativi, ma anche, gioco-forza, dei *processi*.

Ben ce lo ha detto, ancora la relazione introduttiva di Andrea Cardone.

Insomma, il figurino costituzionale imperniato sulla centralità della legge, pure ancora e un po' tralattivamente riaffermato, sembra oramai del tutto sbiadito, al pari del principio della centralità del Parlamento nei processi di determinazione e sviluppo dell'indirizzo politico statale.

A testimoniare di una certa continuità fenomenica, sotto il profilo qui in esame, tra tempo d'emergenza e tempo ordinario anche il fatto che, non di rado, proprio il contesto emergenziale si presenti paradossalmente come occasione

per proporre una riflessione, non solo sugli strumenti di gestione dell'emergenza medesima, ma anche sull'ordinario atteggiarsi del sistema delle fonti, sulle sue inadeguatezze e, in definitiva, sulla necessità di procedere a significative riforme. Le situazioni emergenziali, in altri termini, paiono fungere – potrei dire – da lente d'ingrandimento delle deformazioni e forzature che già l'usuale prassi ci propone. Le palesano, portandole a conseguenze estreme che inducono a ritenere ineludibile l'esigenza che le si affronti “a regime”.

Si registra, quindi, una sorta di concorso *in funzione alterante* del modello costituzionale del sistema delle fonti fra tempo straordinario e tempo ordinario della produzione normativa, il quale ultimo anticipa e sconta in qualche modo l'impatto sfigurante del primo.

È accaduto, ad esempio, anche durante la recente emergenza pandemica, ove non sono mancate voci autorevoli proponenti una complessiva riforma costituzionale del nostro sistema delle fonti. Non mi interessa, qui, entrare nel merito di un simile dibattito, se non per limitarmi ad osservare come la massiccia costituzionalizzazione della normazione sulla normazione rechi con sé l'effetto di porre i vincoli che essa produce *tutti sul suo stesso piano*, configurandoli, cioè, come limiti di validità dell'atto (e non già “solo” come limiti condizionanti l'efficacia). Cosa che, a mio avviso, non sarebbe sempre auspicabile.

Ad ogni buon conto, come dicevo, non intendo intervenire *in thema*. Meglio, non voglio farlo in questa prospettiva, pur non volendo perdere l'occasione per proporre anch'io una riflessione sul punto. Intendo, a questo proposito, ragionare, sì, di riforma del meccanismo di produzione del diritto oggettivo, ma avendo di mira non le regole di sistema, non il tessuto normativo, bensì il nostro (intendo dire, di giuristi) *abito mentale*. Sì, direi – ma senza alcuna presunzione – una *riforma culturale*, dell'armamentario concettuale del giurista-studio, non meno che dell'operatore giuridico. Riforma che, senza implicare di per sé il contesto regolatorio, sarebbe in grado di contribuire a produrre effetti benefici non minori di una riforma “in senso proprio”.

Ecco a cosa alludo.

4. Segue. Alla ricerca dello statuto teorico della norma sulla normazione. Qualche considerazione

Penso, innanzitutto, alla promozione di un'operazione di recupero di *qualità* e di *senso* della norma sulla normazione *in quanto tale*, mediante una rinnovata riflessione su quello che a me piace definire il suo “statuto teorico”. In altri termini, la norma sulla normazione trattata alla luce della sua funzione e, per questo, almeno in parte emancipata dalla camicia di Nessò della sua veste formale.

Mi spiego.

Il nostro sistema delle fonti risulta edificato intorno ad alcuni principi informativi tradizionalmente e diffusamente accolti come, ad esempio, quello per cui il potere normativo deve trovare il proprio fondamento in una norma ascrivibile gerarchicamente sovraordinata rispetto a quella espressiva del potere medesimo; ciò che, com'è noto, si traduce a livello della normazione primaria – cui qui mi riferisco per comodità – nel c.d. *numerus clausus* a livello costituzionale delle fonti in questione; numero, la cui “chiusura”, per l'appunto, si deve al fatto che, quantomeno l'ascrizione del potere normativo è nelle mani esclusive della Costituzione o delle fonti costituzionali che sono chiamate a disporla.

Da tale criterio, tuttavia, si fanno derivare ulteriori corollari come il divieto, per la legge, di istituire fonti (*recte*, attribuire poteri) concorrenziali a sé medesima, cui si aggiunge quello della indisponibilità della propria forza. Sino ad arrivare ad affermare che, in tema di esercizio della funzione legislativa, «*ciò che non è costituzionalmente previsto è, in tesi, vietato*, nessun ambito materiale essendo lasciato dalla Carta privo di indicazioni circa la fonte competente a darne la regolazione». Tale asserito darebbe vita ad una vera e propria «regola ferrea in fatto di competenze costituzionalmente definite».

Invero, non c'è chi non colga un certo progressivo slittamento in questa articolazione del quadro dei principi di sistema e, soprattutto, il salto in avanti che si registra fra criterio originario e suoi asseriti corollari. Giacché, se il postulato del c.d. *numerus clausus* delle fonti primarie (come del divieto di istituzione di fonti concorrenziali) rinviene la sua ragione nella necessità di assicurare un fondamento costituzionale alle fonti primarie ad evitare un loro proliferare incontrollato, allora il vincolo che se ne trae riguarda essenzialmente la *radice* del potere normativo di cui sono espressione, per l'appunto l'attribuzione di potestà normativa, non invece o, meglio, *non allo stesso modo* gli altri aspetti della regolazione della produzione normativa, sia sotto il profilo qualificatorio della fonte (definizione dei presupposti, del procedimento di formazione, dell'ambito formale-materiale di competenza, ecc.), sia con riguardo alla definizione del regime applicativo delle norme (si pensi alle regole riguardanti la definizione della sfera temporale di efficacia).

Del resto, numerose sono le conferme fornite dalla concreta esperienza, per la cui compiuta considerazione, però, non posso che rinviare altrove, limitandomi qui ad una sommaria e secca elencazione. Si pensi, tanto per esemplificare, al caso delle fonti comunitarie ad efficacia diretta o a quelle di autoregolamentazione della Corte costituzionale, come pure alle diverse ipotesi di autorizzazione a dettare norme sulla normazione primaria in favore della legge o di altre fonti primarie che si registrano in Costituzione o alle diverse eventualità in cui l'intervento di queste ultime si ha *pur in assenza di qualsivoglia autorizzazione della Costituzione*. Insomma, in tutti questi casi la scissione fra ascrizione

del potere normativo e regolazione del suo esercizio trova corrispondenza nel carattere formalmente costituzionale della norma che effettua la prima operazione ma non la seconda.

Non solo, quel che mi preme sottolineare è che, a contraddire un così diffuso convincimento è soprattutto la prassi legislativa, in cui si registrano continui tentativi di affidare alla legge il compito di regolare la potestà normativa primaria: integrando la disciplina costituzionale (ll. nn. 400 del 1988 e 212 del 2000, ad esempio); assegnando alla legge la regia di operazioni di semplificazione normativa riguardanti il livello della normazione legislativa (dalla delegificazione, al c.d. meccanismo del taglia-leggi); attribuendo esplicitamente funzioni meta-regolatorie in ambiti specifici (penso, qui, alle tante ipotesi di “leggi-madre” e “leggi-figlie”).

Orbene, continuare a sostenere dinanzi a ciò la non precettività (*i. e.* non condizionalità) della *lex de lege*, reputando quella precettività ancorata esclusivamente alla veste formale della prima – onde la legislazione sulla legislazione altro non sarebbe che poco più di un *flatus vocis* – rischia di produrre quanto meno un effetto di dis-orientamento, generato dal fatto che nell’ordinamento si ricorre frequentemente a strumenti diffusamente ritenuti inidonei allo scopo, introducendo nel sistema un significativo fattore di dis-ordine.

Più utile, a mio modo di vedere, sarebbe incamminarsi verso una rielaborazione dello statuto teorico del tipo “norma sulla normazione”, al fine di individuare i tratti differenziali del suo proprio regime giuridico. Qui ovviamente il tempo a disposizione non mi consente di svolgere adeguatamente il discorso, dovendomi limitare a delle indicazioni di massima, se non proprio ad enunciare titoli. Mi permetterete di poter implicitamente rinviare a quanto sostenuto in studi pregressi.

Una prima utilità starebbe nella valenza rassicurante di una simile prospettiva. Mi riferisco alla preoccupazione spesso evocata circa gli effetti scardinanti ascritti al riconoscimento della capacità condizionante dei c.d. autovincoli legislativi. Proprio, infatti, una simile riflessione potrebbe portare a scoprire che, dovendo valutare la correlazione esistente tra il vincolo che il potere legislativo pone a sé medesimo e la fase del processo di ri-produzione normativa su cui va ad incidere, potrebbe non poco variare nelle diverse ipotesi la capacità vincolante concretamente esercitata. In sostanza: non tutti i c.d. autovincoli sarebbero, a questo riguardo, *eguali* e soprattutto *equivalenti*.

Ma, a mio parere, le maggiori virtuosità sarebbero da ricavarsi da talune caratteristiche che andrebbero riconosciute alla categoria.

Penso, alla valorizzazione della (generalmente riconosciuta) immanenza (logica, prima che giuridica) del canone del *tempus regit actum*. Penso, ancor di più, agli attributi della necessità e della normatività *quoad substantiam*.

Da esse si deduce, sinteticamente che:

- a) non ammettendo l'ordinamento soluzioni di continuità nella disciplina in questione in costanza di processo normativo regolato, la dinamica di rinnovazione non può che avvenire per regole congeneri (*i.e.* fra norme sulla normazione). Con l'importante conseguenza per cui deroghe implicite da parte di norme di produzione sarebbero da negare, nel senso che non produrrebbero la rimozione della norma sulla normazione e quindi del vincolo da essa posto;
- b) onde assicurare adeguata regolazione dei processi normativi, la classe in parola reclama per le sue regole la qualità sostanziale della natura normativa. Se mi si consente l'espressione allusiva, non vi è spazio per la "provvedimentalità" legislativa. Con l'altrettanto importante conseguenza di rigettare regolazioni per processo indiviso ed escludere nella dinamica riproduttiva la successione di "misure" a "norme", in luogo del susseguirsi di "norme" a "norme".

Tali approdi, ove opportunamente supportati, a mio modo di vedere sarebbero in grado di portare a significativi risultati in termini di risposta ad endemiche tendenze disgregative del processo di produzione del diritto oggettivo ed a esigenze ordinarie del sistema. Esigenze cui un rinnovato ruolo regolatorio del sistema normo-riproduttivo riconosciuto (*in primis* dai giuristi) alla legge ordinaria potrebbe senz'altro rispondere.

5. Segue. Per una rivalutazione del disvalore del vizio formale di legge

Vengo al secondo tema della prospettata revisione culturale.

È da qualche tempo in atto, nella nostra dottrina giuspubblicistica, una tendenza svalutativa del vizio formale di legge, generatasi in origine nell'ambito della scienza amministrativistica – ove soprattutto a partire dall'approvazione della legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo, si ragiona di *dequotazione* del vizio in parola – per poi conquistare successivamente anche quella costituzionalistica, orientandola ad una complessiva dequalificazione del suo stesso statuto teorico.

Sarò, anche in questo caso, un po' sommario, ancorché spero sufficientemente chiaro.

Orbene, a dare fiato, in misura forse determinante, all'operazione in parola è la *enfaticizzazione dell'ancoraggio temporale* del vizio formale al fatto/evento che l'ha generato, sì che il trascorrere del tempo, in assenza del concorrente pregiudizio di un *interesse sostantivo*, farebbe venir meno l'esigenza della sanzione. Ricordo, a tal riguardo, quanto sosteneva Bobbio, secondo cui l'interprete, quando si occupa del vizio sostanziale, fa il giurista; quando, invece, si occupa del vizio formale, più che il giurista, fa lo storico. Di qui, dunque, la

percezione del vizio formale quale vizio gregario, marginale, di “serie B”, inautonomo rispetto a quello sostanziale, la cui sanzione, in assenza del concorso di quest’ultimo, potrebbe porsi per l’ordinamento come “diseconomica”, perché provocherebbe la caducazione di una legge dal contenuto apprezzabile.

Sarebbe da ricondurre a questo, del resto, il disagio e lo scarso rendimento mostrato dalla Corte nell’esercizio del sindacato sulla legittimità formale delle leggi.

Al di là dei molti spunti di interesse e dei significativi tratti di realismo, assieme al sincero afflato antiformalista che pervade questa posizione, non ne rimango persuaso, anzi, ai fini del discorso sul sistema delle fonti che si va qui conducendo, mi desta perplessità.

A me sembra, innanzitutto, che quello dell’ancoramento temporale costituisca, almeno in parte, un errore prospettico, che non tiene conto dell’idoneità del vizio formale a farsi prassi. Usando una formula un po’ abusata, potremmo forse dire che si tratta di un problema di “miopia”, nella misura in cui non viene tenuta in debita considerazione l’*alta potenzialità corrosiva* del sistema che, sul medio-lungo periodo, presenta il vizio in parola; potenzialità, data dal fatto che esso, assai più del vizio sostanziale, ove non sanzionato indebolisce fortemente la capacità prescrittiva della norma violata.

Assai significativo, a questo proposito, l’insegnamento di Carlo Esposito che in quella sua magistrale voce sulla consuetudine nel diritto costituzionale acutamente osservava come la classe delle norme sulla normazione, assai più della generale categoria di appartenenza – quella cioè delle norme *tout-court* – riposa sull’esigenza di una prassi conforme (una consuetudine applicativa, per dirla col chiaro A.), onde l’eventuale trasgressione assume un disvalore ben più profondo che per la norma comune. Mentre, infatti, le inottemperanze nei riguardi di quest’ultime «costituiscono illeciti che, quale ne sia la ripetizione, non implicano cessazione del vigore» della norma violata, le violazioni perpetrate ai danni delle prime «seguite dall’evento cui tendeva l’intenzione del trasgressore (che era di creare “diritto” senza rispetto delle regole sulla produzione del diritto) non si concretano in un torto o un illecito, ma in creazione di diritto».

Peraltro, l’eventuale assenza del concorrente pregiudizio ad un interesse sostantivo andrebbe compensata e – diciamo così – bilanciata dalla valutazione della potenziale *aggressività sistemica* del vizio formale, il quale vanta una evidente, sia pur troppo spesso ignorata, *plus-valenza* legata alla sua forte capacità comunicativa o, se si preferisce, alla sua alta tensione espansiva; ovvero sia alla sua propensione all’affezione ordinamentale nel suo convertirsi da “vizio” a “viziosità” (*id est* a prassi viziosa).

Ed è, semmai, proprio questa sua caratteristica (piuttosto che l’imbarazzo generato dalla scarsa offensività del vizio) a rendere problematico, a mio modo di vedere, il sindacato operato dalla Corte costituzionale, le cui pronunce

possono avere un impatto a forte valenza precarizzante sul tessuto normativo, tale da poter generare un preoccupante “effetto-domino”. Effetto, invero, dinanzi al quale – sia detto qui per inciso – la stessa Corte costituzionale non sarebbe del tutto sprovvista di soluzioni (almeno in parte) neutralizzanti.

Senza poi dire, infine, che la posizione in esame manca di valutare adeguatamente il fatto che separare le esigenze “formali” dell’ordinato sviluppo della nomodinamica da quelle “sostanziali” della salvaguardia dei diritti individuali può rivelarsi operazione dagli esiti assai discutibili. Come, infatti, anche la giurisprudenza costituzionale non ha mancato più volte di rammentare (v. esemplarmente la sent. n. 171 del 2007), dietro le une spesso si celano le altre. Non solo, come a suo tempo opportunamente sottolineato da Alessandro Pace, la stessa tutela della certezza del diritto va fatta valere non soltanto in relazione «alla doverosa chiarezza degli enunciati normativi, ma, a ben vedere, anche [con riguardo al]la legittima aspettativa a che i pubblici poteri rispettino il sistema delle fonti».

Per tutto questo, ritengo che un recupero di sensibilità fra i giuristi in tema di vizio formale di legge sarebbe in grado di procurare non poco giovamento alle dinamiche di produzione del diritto oggettivo, supportando innanzitutto il compito degli organi chiamati a svolgere una funzione di garanzia-presidio della norma sulla normazione che, in un clima di riacquisita consapevolezza, potrebbero trovare appoggio e stimolo ad imboccare la via di un significativo recupero di rendimento della propria azione.

Ed allora: *valorizzazione della norma sulla normazione*, da un canto, *rinnovata coscienza del disvalore della sua violazione*, dall’altro, potrebbero essere le stelle polari di un itinerario di revisione teorica capace di offrire un contributo non marginale ad una migliore tenuta del sistema normo-riproduttivo nel nostro ordinamento.

6. Sulle nozioni di crisi ed emergenza costituzionale

Vengo, a questo punto, a svolgere qualche considerazione sul nesso tra *crisi* e *produzione del diritto oggettivo* e, in specie, sulle possibili *anomalie* che la prima può generare sulla seconda.

A tal riguardo, mi pare d’uopo precisare, una volta per tutte, che – come, del resto, si sarà già notato – quello fatto in questa relazione è un utilizzo promiscuo dei termini “crisi” ed “emergenza”, all’insegna di una tendenziale fungibilità.

Ciò in quanto, io non credo molto alla tradizionale distinzione in base alla quale la crisi costituzionale consisterebbe in una torsione del sistema finalizzata al trapasso ordinamentale, mentre l’emergenza costituzionale produrrebbe, sì, una deformazione dell’assetto ordinamentale, ma al fine di consentire un ritorno all’ordinaria dinamica. Tale differenziazione, infatti, pur essendo, forse,

utile da un punto di vista descrittivo, risulta, a mio parere, eccessivamente dipendente, più che dalla obiettività del fenomeno, da elementi intenzionali, i quali finiscono, a loro volta, per essere eccessivamente debitori all'andamento degli eventi, potendo – a conti fatti – le *crisi risolversi in emergenze* o, tutt'al contrario, le *seconde nelle prime*.

Vero è che talora l'elemento intenzionale si obiettivizza presentandosi l'atto (o la misura) adottato(a) sin da subito come finalizzato(a), ad esempio, al trapasso ordinamentale – verrebbe, qui, da ricordare il d. l. lgt. n. 151 del 1944 – nondimeno quella chiara finalizzazione potrà dirsi conseguita o meno solo alla luce dell'evolversi della situazione complessiva e, nel caso di esito infausto, la stessa qualificazione in termini di “crisi costituzionale” della vicenda finirebbe in forse.

E poi, dal punto di vista del diritto positivo e quindi di un ordinamento giuridico dato – che è la prospettiva in cui questo convegno si è mosso – esiste *solo e soltanto l'emergenza*.

Il che, si badi bene, non significa affatto che la torsione prodotta dalla situazione emergenziale non possa generare – per dir così – scorie destinate ad essere importate nel sistema a valle della riacquisita “normalità” e che, quindi, la situazione emergenziale possa in parte produrre *effetti non congiunturali*, destinati a provocare – per riprendere, ancora una volta, l'intitolazione del Convegno – delle “persistenze”. Qui il pensiero potrebbe andare alla *più emergenziale delle revisioni costituzionali* quale fu quella del 2012 che portò, come noto, all'introduzione nell'art. 81 Cost. del principio dell'equilibrio del bilancio; in quanto tale destinata a gettare riflessi e produrre effetti ben al di là della contingenza in cui ha visto la luce ed, anzi, l'ha in qualche modo pretesa.

Non solo, e per converso, neppure deve escludersi che oltre provocare conseguenze ultra-congiunturali è possibile che la situazione emergenziale produca esiti di “desistenza indotta” nei confronti di misure emergenziali pregresse ad effetto stabilizzato. Si pensi, a tale proposito, al complesso regolatorio fiorito, su scala interna ed europea, intorno alla crisi economica iniziata nel 2008 sul quale si è tuttavia abbattuto l'effetto di parziale neutralizzazione conseguente alla successiva emergenza pandemica. Effetto che, anche ad emergenza pandemica (momentaneamente) archiviata, parrebbe trovare ulteriore spinta dall'apertura della drammatica emergenza bellica derivante dallo scoppio del conflitto russo-ucraino.

Del resto e conclusivamente, mi sembra che alla fungibilità fra i due termini possa spingere anche l'uso degli stessi che si riscontra nel titolo del Convegno, in cui, da un verso, si registra la qualificazione di quelle economica e pandemica come crisi nonostante l'assenza di una loro ordinazione alla transizione predominante e, dall'altro, si allude all'emergenza per indicare il complesso dei

loro possibili esiti di natura transitoria in contrapposizione a quelli non reversibili (le c.d. persistenze).

Fatte, allora, queste precisazioni, procedo con qualche riflessione nel merito.

7. Emergenza costituzionale e versante delle norme. Il “tempo” della deroga

S'è detto, prima, che vi sono torsioni endemizzate nel nostro meccanismo di produzione normativa, nei cui confronti quelle prodotte in contesto emergenziale possono collocarsi persino in una prospettiva di continuità. Ciò non toglie, però, che l'enfatizzazione prodotta dalle situazioni di crisi generi comunque frizioni e anomalie aggiuntive, su cui è necessario portare attenzione.

Ora, se c'è un primo, più evidente e diffuso tratto differenziale della produzione normativa in frangente emergenziale è quello legato alla natura tendenzialmente derogatoria della normativa adottata. La deroga d'altronde, come figura generale, si sposa piuttosto bene con l'emergenza intesa nel senso, sopra richiamato, di torsione ordinamentale orientata al ritorno alla normalità: la norma emergenziale, in quanto derogatoria, non sopprime quella “ordinaria”, ma ad essa si affianca, si sostituisce per un certo periodo, per poi scomparire assieme al cessare dell'emergenza.

Così la deroga, da figura comprimaria nella definizione dei reciproci rapporti fra norme e delimitazione delle rispettive sfere di efficacia – accompagnata, com'è, da altre figure come l'abrogazione e la sospensione – diviene invece protagonista assoluta nella dinamica di riproduzione del diritto oggettivo.

Senonché, com'è abbastanza noto, la deroga costituisce una figura dal doppio volto.

Un primo, che mi sentirei di definire “gentile”, che essa presenta quando associata all'applicazione del cosiddetto criterio di specialità e, quindi, all'esigenza del sistema normativo di fornire discipline quanto più aderenti alla molteplicità del reale. Ed un secondo, più “ruvido”, che si manifesta quando applicata allo scopo di consentire ad una norma (per l'appunto, derogante) di sottrarsi al rispetto di altra norma condizionante (che ne risulta così derogata). Qui evidentemente essa svela una propensione più antagonista, anzi, come mi è capitato di dire in passato, il suo apparire è accompagnato da un *retrogusto di disobbedienza*.

Ora, è soprattutto in tale ultima veste che, la figura conquista spazio e risulta meritevole di particolare considerazione in tempo di emergenza. È questa, d'altronde, la lezione offerta dalla nostra carta costituzionale con riferimento alla unica emergenza espressamente trattata quale condizione e situazione vissuta dall'ordinamento: l'emergenza bellica.

Quando, infatti, si verifica una simile emergenza – attestata dalle Camere ai sensi dell'articolo 78 della Costituzione – l'ordinamento costituzionale quasi naturalmente si apre all'eventualità che il legislatore possa essere dispensato

dal rispetto delle norme costituzionali. Tale dispensa può essere espressamente prevista da specifiche disposizioni –

si pensi a quanto statuito, a tal riguardo, dagli articoli 60, 111, 113 e, in passato, 27 della Costituzione – oppure scaturire, sempre a norma dell'articolo 78 della Costituzione, dal conferimento al Governo dei «poteri necessari».

In questo caso, dunque, è proprio il fatto emergenziale, in quanto opportunamente accertato, a fornire alla fonte interessata il titolo di legittimazione per disporre “in deroga”.

Ma l'associazione deroga-emergenza fa sì che sulla prima, a differenza di quanto accade nel tempo della “normalità”, si riversi anche la qualità della transitorietà-temporaneità che, ad onta di quanto pure taluno sostiene, essa non possiede di per sé, non foss'altro perché reversibilità e stabilità non sono aspetti necessariamente e logicamente in contraddizione fra loro. Questo, perché il carattere strutturalmente temporaneo o congiunturale della situazione emergenziale offre alla norma in deroga un titolo di legittimazione precario, consentendole di sottrarsi alla norma condizionante solo in costanza del presupposto emergenziale, il cui venir meno porterà con sé la perdita della sua propria giustificazione. In tale contesto, si rivela, quantomeno sotto il profilo della dinamica normativa, il forte avvicinamento fra deroga e sospensione; figure che altrimenti, di là da talune visioni semplificanti ed assimilatorie, presentano, a mio parere, chiari indici di distinzione.

Sennonché, ad arginare le “magnifiche sorti e progressive” dell'ascesa della deroga in tempo di emergenza è – di là dalla questione dell'individuazione del nucleo duro dell'ordinamento, la cui protezione è condizione perché l'emergenza non si tramuti in altro da sé, cioè a dire in crisi, per stare al lessico in uso – la preclusione ad intervenire in forma derogatoria sul processo decisionale di adozione della disciplina “in deroga” o, più ancora, di certificazione dello stato emergenziale che giustificherà l'adozione di quest'ultima. Nel contrasto fra la natura (necessariamente generale e non congiunturale) della norma sulla decisione-certificazione e la deroga puntuale disposta in condizione emergenziale, ritengo che la prima debba sempre far premio. In sostanza, proprio la via verso l'emergenza deve poter restare indenne dall'effetto sul piano normativo che essa intende produrre, salvo ovviamente che la deroga per singola emergenza non trovi ragione nell'inadeguatezza della disciplina generale a farvi fronte. In questo senso, sia consentito l'accenno alla stretta attualità, la vicenda che ha portato al coinvolgimento (sia pur non diretto) del nostro Paese nel conflitto ucraino non appare scevra da rilievi critici, visto il ricorso nella specie allo strumento del decreto-legge in deroga a quanto previsto dalla normativa-quadro (l. n. 145 del 2016).

8. Emergenza costituzionale e versante degli atti. Ordinarietà vs straordinarietà

Quanto appena osservato induce quasi naturalmente a fare un ulteriore passo in avanti ed a spostare l'attenzione dal piano delle norme adottate in regime emergenziale a quello degli atti adottabili o, meglio, dello strumentario a disposizione per porre quelle medesime norme. Ebbene, in questo mutamento di prospettiva quel che s'è detto sulla potenzialità derogatoria del tessuto normativo alimentata dalla situazione di emergenza trova un parziale ridimensionamento. E sì, perché ci sono emergenze che l'ordinamento richiede siano affrontate con strumenti straordinari appositamente previsti ed emergenze che, invece, possono finire per essere gestite con strumenti ordinari. Ne consegue che, se il provvedere presenta il tratto prevalente del "fare eccezione", non così la sua forma.

Dirimente, a questo riguardo, è la dicotomia che fa perno sulle modalità attraverso le quali si può giungere alla giuridica certificazione del fatto emergenziale.

Da un verso, infatti, vi si può pervenire attraverso una specifica dichiarazione operata dal decisore politico specificamente deputato, che trasforma il fatto (emergenziale) in stato (d'emergenza). Dall'altro, però, quella certificazione può discendere semplicemente dall'evocazione della situazione emergenziale operata dal legislatore (o, se del caso, dall'interprete) a giustificazione delle misure adottate attraverso il singolo provvedimento. Lì, quindi, una diretta attestazione di uno stato di fatto in cui poter adottare misure straordinarie, qui un riferimento ad una situazione fattuale ad opera delle misure straordinarie adottate.

Ebbene, è in ipotesi del primo tipo che normalmente si registra la previsione di strumenti normativi *ad hoc* o – con espressione largamente in uso – *extra ordinem*, cui poter attingere per l'adozione delle misure necessarie. È quanto da noi accade, ancora una volta, nell'emergenza bellica, giuridicamente certificata attraverso la deliberazione dello stato di guerra da parte delle Camere o in quella di protezione civile, ai sensi della previsione di cui all'articolo 24 del d. lgs. 1 del 2008. Mentre, in casi riconducibili alla seconda tipologia, la gestione normativa della situazione può restare affidata a strumenti ordinari, la cui preferenza, fra l'altro, risponde anche ad esigenze di sdrammatizzazione della stessa congiuntura emergenziale, cui può aggiungersi anche l'intento di sottrarre la normativa adottata a più stringenti canoni di scrutinio. Insomma, una parziale mimesi in funzione neutralizzante per la quale s'è coniata l'espressione di "tecniche sostitutive". L'esempio che può farsi, rimanendo all'esperienza del nostro Paese, è quello della gestione dell'emergenza terroristica interna (anni 70 e 80 dello scorso secolo) ed internazionale (all'inizio di questo secolo), per lo più affidata all'esercizio della potestà di decretazione d'urgenza.

Certo, non è detto che l'utilizzo di strumenti normativi "ordinari" non venga accompagnato dalla presenza di tratti di significativa atipicità-singularità del mezzo utilizzato. Così, ad esempio, per stare alle emergenze "sorvegliate speciali" di questo convegno, in quella economica di fine anni '10 di questo secolo un caso esemplare può essere individuato nella revisione "urgenziale" dell'art. 81 della Costituzione (assieme agli artt. 97, 117, 119) compiuta nel 2012; mentre in quella più recente pandemica – che, pur se originata giuridicamente da apposita dichiarazione di "stato", secondo il dettato dell'art. 24 del d. lgs. n. 1 del 2008 (c.d. Codice della protezione civile), è stata ben presto gestita affrancandosi dagli strumenti lì previsti – la mente non può andare che all'uso fatto dello strumento del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, gravato di una responsabilità decisionale assolutamente non comparabile con i pregressi utilizzi.

In altre eventualità, poi, la rinuncia allo strumentario *extra ordinem* è discesa dal rifiuto di ricorrere alla dichiarazione emergenziale, pur in presenza del sostrato fenomenico tipico. Qui il richiamo non può che essere alla *costante* mancata deliberazione dello stato di guerra nelle diverse occasioni di partecipazione del nostro Paese a conflitti armati, a far tempo dalla prima guerra del Golfo all'inizio degli anni '90 dello scorso secolo. Ebbene, in tutti quei frangenti la separazione della decisione *sulla guerra* da quella riguardante *lo stato di guerra* – che ha radici nella concezione, assolutamente diffusa fra i costituenti ed egualmente dominante per diversi decenni in dottrina, del carattere esclusivamente difensivo della guerra costituzionalmente ammessa e conferme nella legislazione ordinaria in materia (leggi nn. 25 del 1997 e 145 del 2016) – ha sostanzialmente trovato giustificazione nella avvertita *non necessità* di avviare l'ordinamento verso la torsione che la deliberazione dello stato di guerra avrebbe recato con sé, ritenuta non corrispondente (per eccesso) all'impatto complessivo ingenerato nel Paese dalle vicende belliche in cui è stato coinvolto.

9. Sulla deliberazione dello stato di emergenza

Da quanto fin qui detto vorrei, allora, provare a trarre un'ultima considerazione, con cui intendo concludere le mie riflessioni.

Rilevo come un dato ricorrente il fatto che, nelle diverse congiunture di crisi o di emergenza che si sono susseguite nel corso degli ultimi decenni, da un verso, si sia evocata la possibilità di un'interpretazione estensiva dell'articolo 78 della Costituzione, idonea a consentirne un utilizzo anche al di fuori della sua fattispecie tipica; ovvero anche la necessità di una revisione costituzionale allo scopo di introdurre nella Carta una disciplina dell'emergenza diversa dalla guerra. Dall'altro, e per contro, si è sempre più rafforzato l'atteggiamento critico nei confronti del medesimo articolo 78, accusato di essere un "vecchio arnese", recante una disciplina oramai del tutto inadeguata a far fronte alla

congiuntura bellica, come mostrato, del resto, dalla sua costante “inattuazione” in occasione dei conflitti armati cui il nostro Paese ha preso parte negli ultimi decenni.

Debbo dire che non mi sento conquistato né dall’uno, né dall’altro indirizzo.

Aderisco piuttosto all’idea secondo cui nell’articolo 78, letto in combinazione con l’art. 87, comma quinto, della nostra Carta andrebbe individuata una sorta di previsione-modello, la cui logica di impianto potrebbe fungere da matrice per la regolazione anche di altre eventuali situazioni di emergenza su scala nazionale che, al pari di quella bellica, possano sfidare e mettere a dura prova la *salus rei publicae*. Logica imperniata sul concorso necessario di Parlamento, Governo e Presidente della Repubblica: l’uno – come è stato detto – vantando, nella specie, una primazia *in posizione*; l’altro una primazia *in funzione* (od operativa); l’altro ancora, infine, una primazia *in garanzia*.

Vale forse la pena di rilevare come questo calco costituzionale sia stato utilizzato nella legislazione ordinaria che, a partire dalla fine dello scorso millennio, ha inteso regolare il processo decisionale relativo alla partecipazione italiana a conflitti armati, in assenza di dichiarazione dello stato di guerra. Sia, infatti, nel caso dell’art. 1, lettera *a*), della legge n. 25 del 1997, che nella disciplina recata dalla più recente legge-quadro n. 145 del 2016, si registra la chiara impronta della filosofia istituzionale ispiratrice della richiamata disciplina costituzionale. E questo (di là dai singoli aspetti considerati), sia in termini di articolazione del quadro dei soggetti intervenienti, sia soprattutto in punto di reciproci rapporti e posizioni fra di essi. Ad essere confermato, in modo particolare, è il ruolo centrale delle Camere chiamate a previamente autorizzare la missione militare.

Ed allora, io mi chiedo se ciò non debba valere anche per la disciplina riguardante lo stato di emergenza nazionale, attualmente contenuta nel d.lgs. n. 1 del 2008.

Questo, come noto, prevede all’uopo tre fondamentali passaggi.

Il primo è rappresentato dalla proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri (anche su istanza di un Presidente di regione interessato) di deliberare lo stato di emergenza. Il secondo è costituito dalla deliberazione del Consiglio dei Ministri, con la quale si dichiara, per l’appunto lo stato di emergenza, di cui vengono definiti durata ed estensione territoriale, autorizzando il ricorso al potere di emanare ordinanze di protezione civile. Il terzo, infine, è incentrato sul ricorso allo strumento dell’ordinanza *extra ordinem*, con cui adottare misure di gestione della congiuntura emergenziale idonee a porsi in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella stessa deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento giuridico e delle norme dell’Unione europea. Tale potere di ordinanza

è imputato al Presidente del Consiglio che si avvale per il suo esercizio dell'intervento del Capo del Dipartimento della Protezione civile.

Si tratta, com'è abbastanza evidente, di un percorso fondamentalmente endogovernativo. Percorso che, come ognuno sa, in occasione della emergenza pandemica, dopo una primissima fase ha subito un brusco cambio di indirizzo, mercé l'abbandono del potere di ordinanza in favore del ricorso al duplice strumento del decreto-legge e del decreto del Presidente del Consiglio. Così che, alla diade "deliberazione dello stato emergenziale-ordinanza *extra ordinem*" si è sostituita un'altra diade: "d.l.-dPcM".

Sono note a tutti le critiche che ne sono derivate. Non interessa qui ripercorrere quell'articolato dibattito, se non per rammentare i ricorrenti rilievi circa la marginalizzazione del ruolo del Parlamento e la sua subalternità rispetto all'eccesso di protagonismo governativo che, specialmente a seguito della clamorosa enfattizzazione del ruolo monocratico del Presidente del Consiglio, si è venuto a determinare.

Quel che, tuttavia, viene da osservare è che se si fosse, invece, seguita – come accaduto nei primissimi momenti della crisi pandemica – la strada tracciata dal Codice di protezione civile, non credo proprio che nel circuito lì delineato il ruolo delle Camere sarebbe cresciuto. Anzi, mi sento di dire, tutt'altro.

Ed allora, proprio questo è il punto. Bisognerebbe far rifluire anche sulla disciplina relativa alla definizione-gestione delle emergenze di scala nazionale quello spirito di fondo che, come s'è detto, intesse ed anima la tanto deprecata «Costituzione della difesa». È quanto già accaduto – come s'è già detto – nella normativa sulle missioni militari non richiedenti l'applicazione dell'art. 78 Cost. ed è quanto dovrebbe accadere, più in generale, per emergenze analoghe quanto a scala. È questa, in conclusione, la modesta proposta che mi viene da formulare proprio alla luce dell'esperienza dell'emergenza pandemica.