

L'UFFICIO DI GIURISTA: LA FORZA/VALORE DI LEGGE E LO STATO D'ECCEZIONE*

LAURA BUFFONI**

Sommario

1. Il tradimento dei chierici. – 2. Lo stato di eccezione: la forza di legge. – 3. La Costituzione e la forza di legge. – 4. La Costituzione e il potere d'eccezione. – 5. *Hors de la Constitution?* – 6. Il diritto invalido.

Abstract

The essay focuses on the relation between decrees with legal force and the state of exception, investigating the philosophical and constitutional theories involved. The essay aims to verify the compatibility of the covid-19 pandemic's emergency regulation with the Italian Constitution.

Suggerimento di citazione

L. BUFFONI, *L'ufficio di giurista: la forza/valore di legge e lo Stato d'eccezione*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Il contributo costituisce la rielaborazione dell'intervento tenuto al *webinar* "Le fonti normative dell'emergenza", organizzato dalla *Rivista* e svoltosi il 30 aprile 2020.

** Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Sassari, Dipartimento di Giurisprudenza.

Contatto: labuffoni@uniss.it

1. Il tradimento dei chierici

Giorgio Agamben nella sua rubrica Quodlibet, *Una voce*, con l'intervento del 14 aprile, *Una domanda*, ha rimproverato ai giuristi di essere venuti meno al loro mestiere: «*Quare silete iuristae in munere vestro?*», ora che «la soglia che separa l'umanità dalla barbarie è stata oltrepassata».

Più precisamente nel passo successivo di quella micidiale *Domanda* afferma che «Siamo da tempo abituati all'uso sconosciuto dei decreti di urgenza attraverso i quali *di fatto* il potere esecutivo si sostituisce a quello legislativo, abolendo quel principio della separazione dei poteri che definisce la democrazia. Ma in questo caso ogni limite è stato superato, e si ha l'impressione che le parole del primo ministro e del capo della protezione civile abbiano, come si diceva per quelle del Führer, immediatamente *valore di legge*. E non si vede come, esaurito il limite di validità temporale dei decreti di urgenza, le limitazioni della libertà potranno essere, come si annuncia, mantenute. Con quali dispositivi giuridici? Con uno *stato di eccezione permanente*? È compito dei giuristi verificare che *le regole della Costituzione* siano rispettate, ma i giuristi tacciono. *Quare silete iuristae in munere vestro?*». Aggiunge che «So che ci sarà immancabilmente qualcuno che risponderà che il pur grave sacrificio è stato fatto in nome di principi morali. A costoro vorrei ricordare che Eichmann, apparentemente in buona fede, non si stancava di ripetere che aveva fatto quello che aveva fatto secondo coscienza, per obbedire a quelli che riteneva essere i precetti della morale kantiana. Una norma, che affermi che si deve rinunciare al bene per salvare il bene, è altrettanto falsa e contraddittoria di quella che, *per proteggere la libertà, impone di rinunciare alla libertà*»¹. Il *Quare silete* è la medesima domanda che compare *in esergo* a *Stato di eccezione* ed è rivolta ai giuristi per non aver articolato una teoria dello stato di eccezione nel diritto pubblico².

Nelle *Nuove riflessioni* del 22 aprile insiste sull'abolizione «di fatto» del principio della divisione dei poteri per effetto dei decreti d'urgenza del Governo.

Nei *Chiarimenti* del 17 marzo aveva già anticipato che «lo *stato di eccezione*, a cui i governi ci hanno abituati da tempo, è veramente diventato *la condizione normale*. Ci sono state in passato epidemie più gravi, ma nessuno aveva mai pensato a dichiarare per questo uno stato di emergenza come quello attuale, che ci impedisce perfino di muoverci. Gli uomini si sono così abituati a vivere in condizioni di crisi perenne e di perenne emergenza che non sembrano accorgersi che la loro vita è stata ridotta a una condizione puramente biologica e

¹ G. AGAMBEN, *Una domanda*, in *Una voce*, Quodlibet, disponibile all'indirizzo www.quodlibet.it/una-voce-giorgio-agamben. I corsivi sono nostri.

² G. AGAMBEN, *Stato di eccezione. Homo sacer, II, I*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, spec. 9.

ha perso ogni dimensione non solo sociale e politica, ma persino umana e affettiva».

In una, il rimprovero ai giuristi è il tradimento dei chierici.

Qui non ci si occuperà della tragica scissione – che, forse, da un punto di vista esistenziale, è avvenuta – dell'«unità della nostra esperienza vitale, che è sempre inseparabilmente insieme corporea e spirituale, in una entità puramente biologica da una parte e in una vita affettiva e culturale dall'altra», né si è in grado di prevedere se il «distanziamento sociale», come lo si è chiamato con un significativo eufemismo, sarà il nuovo principio di organizzazione della società³, il paradigma normale di governo della società impolitica o finanche, a questo punto, della non società. Può essere. Né tanto meno si intende difendere le virtù taumaturgiche della comunicazione digitale a distanza o la concezione 'immunitativa' delle libertà. Tutto al contrario.

Sono, però, questioni che non pertengono all'ufficio di giurista e, pertanto, non gli possono essere rimproverate⁴.

Per le medesime ragioni non si è in grado di dire se quanto sta accadendo significherà la riduzione dell'umanità a 'nuda vita', eccepita e separata nell'ordinamento statale o se, meno radicalmente, sia una conferma del paradigma biopolitico à la Foucault ovvero della medicalizzazione infinita della vita, la cui unica funzione – vitale – è allontanare incessantemente, in un 'ultimo giorno' permanente, la fine, la morte. Ancora, sfugge a chi scrive se lo stato di eccezione sia, storicamente e teoricamente, tutt'uno con la nuda vita e se, così delineato, sia già o diverrà la regola di governo. In una, se significhi l'estensione del 'campo di concentrazione' a condizione normale dell'umanità.

In limine, sulla soglia, ci si potrebbe azzardare a dire che il concetto di nuda vita pone la questione se davvero qualcosa che riguarda l'uomo sia separabile dal diritto e non sia, invece, già dal medesimo costituito o, almeno, presupposto, come se l'esistenza biologica, naturale, dell'uomo possa essere separata dalla forma di vita umana, che è sociale, di una socialità particolare, costituita da regole poste intenzionalmente e socialmente riconosciute come doverose⁵.

³ G. AGAMBEN, *Una domanda*, cit.

⁴ Per le stesse ragioni, però, non pare neppure corretto rimproverare o criticare, dal punto di vista interno al diritto, le riflessioni del filosofo. Tra i costituzionalisti, accenni critici alle tesi di Agamben in M. LUCIANI *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, disponibile in *Consulta OnLine*, 2020, note 16 e 54-6 e C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Amministrazione In Cammino*, 2020, 2.

⁵ Lo spunto lo si deve a P. PINNA, *La rappresentanza tra realtà naturale e artificiale*, in corso di pubblicazione, che scrive «non c'è nessun passaggio dallo stato di natura a quello civile, né viceversa e nessun atto che determini, o quantomeno segni questa trasformazione», nel senso che «da quando l'animale umano si è evoluto e ha acquisito la capacità di organizzare rappresentativamente la vita in comune, lo stato naturale degli uomini è quello civile, un modo di vivere sociale basato su regole giuridiche. Da allora lo stato di natura è la condizione civile degli uomini e viceversa; e in conseguenza

In Agamben la nuda vita pare il risultato di questa 'retroffessione'. La questione generale implicata, di cui questo è solo uno tra i molti possibili punti di ricaduta, è la fondatezza della contrapposizione dialettica, binaria, tra la vita naturale e quella sociale e politica, tra lo stato di natura e lo stato di diritto. Il punto è la pensabilità per l'uomo di una vita (e collettivamente di una società) impolitica, che può essere solo sfiorato.

Con più pertinenza all'ufficio di giurista si accoglie l'invito del filosofo e si pone la questione se nel caso specifico dell'«emergenza sanitaria»⁶ e del suo ordine giuridico: *a)* ai decreti di urgenza del Governo possa guardarsi nel diritto costituzionale vigente come a una forza-di-legge senza legge, ovvero come al dispositivo attraverso cui «di fatto il potere esecutivo si sostituisce a quello legislativo»; *b)* lo 'stato di eccezione', così come teorizzato da Agamben, possa dire qualcosa al giurista e, quindi il giurista abbia qualcosa da dire in proposito; *c)* comunque, sia stata sospesa la Costituzione e, più precisamente, le disposizioni che regolano le competenze d'eccezione e che proteggono le libertà individuali; *d)* piuttosto, si tratti di violazione della Costituzione e, quindi, di diritto invalido⁷.

la condizione civile degli uomini (artificiale, rappresentativa, simbolica, spirituale, o in qualsiasi altro la si voglia definire) non è più contrapposibile a quella naturale (reale, materiale, o corporea, ecc.): è l'insieme di tutte queste cose e allo stesso tempo ciascuna di esse singolarmente considerate». Con questo non intende escludere che dallo stato civile si possa 'regredire' allo stato naturale. Ma, a ben vedere, lo stato civile, la comunità politica, è già naturale perché è prodotto dalla ragione, dall'intenzionalità che è la natura umana e quello naturale, che è tutt'uno con la ragione degli uomini, contiene in sé la possibilità di quello civile: se non fosse così, non ci sarebbe possibilità di alcuna comunità. Tra l'uno e l'altro, insomma, non vi è separazione.

⁶ Si eviteranno, nel tentativo – con tutta probabilità vano – di 'pulire' il linguaggio, i termini 'epidemia' e 'pandemia', molto scivolosi per il nostro discorso, in quanto implicano già la confusione tra corpo politico e corpo fisico. L'epidemia, come nota Agamben nell'intervento *La medicina come religione* del 2 maggio 2020, è un composto di *demos*, che in greco è il popolo come corpo politico e significa alla lettera 'che è nel popolo'. E il popolo non è la popolazione. All'origine non era, quindi, termine medico ma politico: atteneva al corpo politico, del popolo, distinto e diverso dal corpo della popolazione. Ma proprio per questo se l'epidemia diviene termine medico significa che il popolo è identificato nella popolazione, da cui era originariamente e rigorosamente distinto. Se poi, così riconvertita, l'epidemia medico-sanitaria diviene, a sua volta, un ordine o concetto politico-giuridico, la conclusione è che la politica ormai è non-politica. Allo stesso modo, 'pandemia', nel suo etimo, significa 'ciò che è di tutti' e nel greco antico alludeva alla sfera della sessualità, più precisamente all'amore 'comune'. Nel Simposio di Platone, l'amore 'pandemico' è l'amore sinceramente 'volgare', nel senso che è il 'tipo' di amore che provano le persone 'inferiori', ovvero le persone che sono più attratte dal corpo che dall'anima (Pausania lo riferiva all'amore per le donne e per gli imberbi). Qui la commistione tra corpo politico e corpo fisico era già nell'uso greco.

⁷ Le considerazioni che svolgo valgono per tutti coloro che hanno evocato o alluso allo stato di eccezione.

2. Lo stato di eccezione: la forza di legge

La comprensione delle recenti, sintetiche, riflessioni di Agamben e la loro messa in questione implicano la sua articolata teoria dello stato di eccezione e della forza-di-legge senza legge⁸. Non è possibile raccogliere l'invito del filosofo e replicare senza prima misurarsi con le teorie presupposte dalle caustiche affermazioni del filosofo di questi mesi.

L'eccezione è il «dispositivo originario attraverso cui il diritto si riferisce alla vita e la include in sé attraverso la propria sospensione»⁹. È immediato il suo significato bio-politico, come struttura originaria in cui il diritto include in sé il vivente attraverso la propria sospensione.

L'eccezione concerne una soglia, «una zona di indifferenza, in cui dentro e fuori non si escludono, ma s'indeterminano»¹⁰. È in questione il limite dell'ordine giuridico, il paradosso dell'iscrizione nel diritto della sospensione del diritto, dell'essere fuori e, tuttavia, dell'appartenere all'ordine giuridico, senza opposizione topologica dentro/fuori¹¹. La sospensione della norma non significa, infatti, la sua «abolizione» (giuridicamente, a rigore, la sua abrogazione), quindi la zona di anomia che si instaura non è irrelata rispetto all'ordine giuridico. Può anche dirsi che lo stato di eccezione si presenta come l'apertura nell'ordinamento di una lacuna fittizia allo scopo di salvaguardare l'esistenza della norma e la sua applicabilità alla situazione normale. Ma la lacuna non è dentro la legge, è esterna, riguarda la sua relazione con la realtà, la sua applicazione. Ecco che, più precisamente, lo stato di eccezione crea una zona in cui l'applicazione della legge è sospesa, ma la legge rimane in vigore. È uno stato della legge in cui questa vige senza applicarsi ovvero si applica dis-applicandosi. Nel linguaggio delle fonti del diritto, può tradursi separando la vigenza dall'efficacia: la sospensione riguarda l'efficacia della legge e non la sua vigenza.

Questo non significa che lo stato di eccezione sia uno «stato del diritto»¹². Resta nell'ordine del diritto la dottrina schmittiana della decisione sovrana che, seppure non è norma, è diritto, permane «nell'ambito del dato giuridico»¹³.

⁸ Formulate in G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit.; ID., *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino, II ed. 2005, 57 ss.

⁹ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 10.

¹⁰ *Ivi*, 34.

¹¹ Non è qui distante da C. SCHMITT, *Teologia politica: Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in ID., *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Il Mulino, Bologna, 1972, 39, che già sottraeva lo stato d'eccezione alla dicotomia dentro/fuori «poiché lo stato d'eccezione è ancora qualcosa di diverso dall'anarchia o dal caos», da cui la formulazione aporetica che «dal punto di vista giuridico esiste ancora in esso un ordinamento, anche se non si tratta più di un ordinamento giuridico». Sul punto specifico O. CHESSA, *Sovranità, potere costituente, stato d'eccezione. Tre sfide per la norma di riconoscimento*, in *Dir. pubbl.*, 2012, n. 3, 787 ss.

¹² G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 66.

¹³ C. SCHMITT, *op. cit.*, 39 e 34, che conferma l'ossimoro estasi-appartenenza perché l'eccezione «si sottrae all'ipotesi generale, ma nello stesso tempo rende palese in assoluta purezza un elemento

Così come vi restano gli altri meccanismi, le altre 'mosse', che Schmitt escogita per iscrivere il 'fuori' nel diritto: ovvero le distinzioni tra norma del diritto e norma di attuazione del diritto e tra potere costituente e costituito. Al contrario, lo stato di eccezione è uno spazio senza diritto, ove il diritto è dis-attivato: vi prevale la vita, il fatto, l'azione. Non è uno stato *pleromatico*, uno stato di pieni poteri, ma uno stato *kenomatico*, un vuoto e un arresto di diritto¹⁴, l'in-esecuzione del diritto sulla base del *iustitium* romano. Il che, a sua volta, non vuol dire che sia uno stato di natura: non lo è perché l'anomia risulta dalla sospensione del diritto e, quindi, implica il diritto proprio nel momento in cui lo esclude, sospendendolo. È uno stato, in qualche modo, impuro, condizionato.

Lo spazio dell'anomia – e qui è il passaggio decisivo – è (in-)definibile come la separazione, l'isolamento, della «forza-di-legge» dalla «forma» di legge, dell'applicazione dalla vigenza: una soglia di indecidibilità fra vita e diritto, fra anomia e nomos. L'anomia 'vive' nella moderna forza-di-legge, come nell'antica legge vivente. È la tesi della «forza-di-legge», della forza-di-legge senza legge, come manifestazione sensibile, fenomeno, nel diritto vigente dello stato di eccezione¹⁵.

Nel diritto e nella gius-pubblicistica contemporanea, il sintagma «forza di legge» si riferisce, infatti, non alla legge ma ai decreti del Governo di urgenza: la forza di legge è esattamente il dispositivo che attribuisce ai decreti un'efficacia pari alla legge, valgono come leggi, ma per ciò stesso separa l'applicazione, la *vis obligandi*, della legge dalla sua forma. Si tratta della «confusione tra atti del potere esecutivo e atti del potere legislativo». In questo senso Eichmann diceva che «le parole del Führer hanno forza-di-legge [*Gesetzeskraft*]»¹⁶. A dire che l'esistenza è superiore alla validità, che implica un diritto pre-esistente. La decisione di chi è sovrano, perché decide sullo stato di eccezione, è la pura forza che vale come legge. E la forza-di-legge è manifestazione dello stato di eccezione perché è uno stato in cui la norma vige ma non si applica (non ha forza) e in cui, invece, i decreti che non hanno valore di legge (perché non ne

formale specificamente giuridico: la decisione», cioè, appartiene al giuridico ma eccede il normativo, e perché afferma che il sovrano «sta al di fuori dell'ordinamento giuridico normalmente vigente e tuttavia appartiene ad esso». Il sovrano de-cide: e il taglio non è né dentro né fuori, ma istituisce il dentro e il fuori, in una il diritto.

¹⁴ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 63.

¹⁵ *Ivi*, spec. 50 ss.; già ID., *Homo sacer*, cit., spec. 57 ss., come ultimo anello della catena ideale che lega Benjamin, Schmitt e Derrida. Solo Agamben, però, riferisce esplicitamente la forza-di-legge senza legge, quale epifania dello stato di eccezione, ai decreti del Governo che hanno forza ma non valore di legge: è, quindi, quella che mette più immediatamente in questione il diritto costituzionale positivo.

¹⁶ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 51. Nel recente intervento *Una domanda*, sempre a proposito delle parole del Führer, adopera, invece, il differente sintagma «valore di legge». Per le ragioni che emergeranno nel testo, pare più proprio, almeno dal punto di vista del diritto positivo, il termine 'forza'.

hanno la forma) ne hanno, però, la forza. È una «forza-di-legge senza legge»¹⁷, graficamente forza-di-legge: la sospensione della (forma di) legge libera la forza, il «fondamento mistico dell'autorità»¹⁸. Nel caso dei decreti del governo con forza di legge norma e applicazione esibiscono la loro separazione: «una pura forza-di-legge attua (cioè applica-dis-applicando) una norma la cui applicazione è stata sospesa»¹⁹. Il diritto si scinde in una pura vigenza senza applicazione (la forma di legge) e una pura applicazione senza vigenza (la forza-di-legge).

Ma la forza-di-legge, così significata, è, secondo Agamben, una *fictio iuris* in cui il diritto paradossalmente cerca di annettersi (o almeno di relazionarsi con) la realtà, la mancanza di sè. La forza di legge è pura applicazione, la negazione del carattere più proprio della legge, l'imperatività: non può vigere perché non è diritto. Più chiaramente, gli atti del governo con forza di legge sono violenza «governamentale»²⁰.

È Benjamin che smaschererà questa finzione giuridica: se si lega l'ottava tesi di filosofia della storia a *Per la critica della violenza*²¹, la violenza 'divina', la *reine Gewalt*²², si situa in una zona in cui lo stato di eccezione è divenuto la regola e in cui la legge è indiscernibile dalla vita. Lo stato di eccezione non è decisione sovrana che sospende il diritto vigente, ma è anomia senza alcuna veste giuridica: della maschera della forza-di-legge non resta che la forza, la violenza 'pura'²³. Alla violenza mitica del diritto, che è violenza che pone il diritto, pertiene, infatti, la forza di legge, poiché la funzione specifica del porre diritto «non è di promulgare le leggi, ma qualunque decreto emanato con forza

¹⁷ *Ivi*, 52.

¹⁸ Dal sottotitolo di J. DERRIDA, *Forza di legge. Il «fondamento mistico dell'autorità»*, Bollati Boringhieri, Torino, 2010, ove, però, il sintagma forza di legge evoca, genericamente, il discorso realista sulla sovranità, sull'ineluttabilità della *hybris* su cui il diritto si fonda: la legge ha valore perché promana dal sovrano, chiunque esso sia, quindi non ha valore ma *forza*, perché è, perché esiste come forza originaria la cui potenza e volontà sono irresistibili. Il potere della legge, la sua 'forza', non sta nella legge, ma in ciò che è alle sue 'spalle', 'prima' e 'fuori' della legge, che la sostiene e regge. Se si concede un'approssimazione grossolana, è la linea che, seppure con molte discontinuità e rotture, da Montaigne, passando per Pascal, Benjamin e Schmitt, giunge a Derrida, ove la forza di legge rivela l'origine che la legge cerca di occultare, di mettere fuori scena, la forza, la violenza creatrice di diritto, *rappresentata*, ripetuta, nella violenza conservatrice. Ma proprio per questo la 'forza' di cui dispone la legge ricorda ai poteri rappresentativi, decaduti proprio perché rappresentativi, alla democrazia parlamentare, la violenza da cui sono nate e che può in ogni momento ri-emergere, con un nuovo inizio.

¹⁹ G. AGAMBEN, *op. ult. cit.*, 54.

²⁰ *Ivi*, 111.

²¹ In ID., *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, a cura di R. Solmi, Einaudi, Torino, 2014, 79 e 5 ss.

²² *Gewalt* è termine anfibologico: significa violenza, ma anche potere legittimo, forza di legge appunto. *Gewalt* è una di quelle parole che forse non si dovrebbero 'citare', 'ripetere', se le sono state dedicate corsi interi: J. DERRIDA, *La Bestia e il Sovrano. Volume II (2002-2003)*, Jaca book, Milano 2010. Così come i suoi composti, *Umgewalt*, *Ubergewaltigkeit*, riempiono i testi di Heidegger...

²³ Secondo la lettura dei testi di Benjamin di G. AGAMBEN, *Homo sacer*, cit., 73-4; ID., *Stato di eccezione*, cit., 69 ss.

di legge»²⁴. Ma ad essa si oppone la violenza divina: è violenza «pura» perché non si trova in relazione di mezzo rispetto a un fine, ma è mezzo puro che si emancipa da un fine e si tiene – in modo assai antikantiano – in relazione alla sua stessa medialità²⁵. Appartiene all'ordine delle 'manifestazioni'. Non è strumentale al diritto e in questo senso è pura relativamente ad esso. In quanto mezzo legato a un fine, ogni violenza, infatti, fonda o conserva il diritto. Quella divina, invece, è violenza pura proprio perché espone e disattiva il nesso fra violenza e diritto: è la violenza «al di là del diritto», che non pone né conserva, ma de-pone il diritto²⁶. È la violenza che non è «imbastardita col diritto» e che perciò è «insegna e sigillo, mai strumento di sacra esecuzione, è la violenza che governa»²⁷.

Ciò non significa che in Benjamin la violenza pura sia figura, condizione, originaria: è ricavata per negazione e contrapposizione al diritto, quindi è condizionata²⁸. Se si dice che è presupposta al diritto, significa che, appunto, è un pre-supposto, nel senso che è posta dal diritto, retrospettivamente, come proprio pre-supposto. Dipende dal diritto pre-supponente: la purezza è *a posteriori*, consapevolmente *après-coup*. Significa, però, che la violenza divina è decidibilità, è azione, è manifestazione e che la violenza mitologica è indecidibilità²⁹. Ma un diritto che ha spezzato il proprio nesso con la violenza, con la *prassi*, è un diritto che non ha forza e applicazione. Per questo nello stato di eccezione non si ha neppure la vigenza di una legge che non si applica, ma la cessazione della legge, che nel suo compimento messianico si indetermina in ogni punto con la vita: se si sospende il diritto resta la vita.

Ciò alla fin fine è «la disattivazione e l'inoperosità del diritto», del dispositivo che lega il diritto alla vita, vale a dire proprio ciò che la forza-di-legge «–

²⁴ W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, in ID., *Angelus Novus*, cit., 15.

²⁵ *Ivi*, 22 ss. e spec. 26.

²⁶ *Ivi*, 26 ss. e 29, cui si riferisce il virgolettato.

²⁷ *Ivi*, 29. La ripetizione *Gewalt* che *waltet* è tradotta da J. DERRIDA, *Nome di Benjamin*, in ID., *Forza di legge*, cit., 135, come violenza «sovrana».

²⁸ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 79 ss. Agamben torna sulla natura condizionata della purezza di cui parla Benjamin in quanto purezza relativamente al diritto, in 'rapporto' al diritto, in ID., *Karman. Breve trattato sull'azione, la colpa e il gesto*, Bollati Boringhieri, Torino, 2017, 134.

²⁹ Questo almeno secondo la lettura del testo *Per la critica della violenza* di J. DERRIDA, *op. ult. cit.*, 130-2, che, distinguendo tra conoscenza e azione, schematizza, da un lato, «la decisione senza certezza decidibile» propria della violenza divina, dall'altro, «la certezza dell'indecidibile ma senza decisione» della violenza mitico-giuridica. Assai diversamente, invece, G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 70-1, pare sovrapporre indecidibilità dell'azione e della conoscenza, ove scrive che «è in risposta all'idea benjaminiana di una indecidibilità ultima di tutti i problemi giuridici che Schmitt afferma la sovranità come luogo della decisione estrema». Ma l'idea benjaminiana dell'indecidibilità nell'ambito della violenza divina si riferisce alla conoscenza (e non all'azione), l'idea schmittiana della decisione/violenza sovrana si riferisce all'azione.

che mantiene in opera il diritto al di là della sua sospensione *formale* – intende impedire»³⁰.

Il dubbio è che, se così si intende la forza di legge e lo stato di eccezione, il giurista abbia davvero qualcosa da dire che, nella condizione attuale, non ha detto e che gli debba (o possa) essere rimproverato.

Così Jacob Taubes descriveva l'essere giurista di Schmitt: «Una cosa è essere teologo, un'altra filosofo, un'altra ancora essere giurista. Questa [...] è una maniera completamente diversa di comprendere il mondo. Il giurista deve legittimare il mondo così com'è: questo principio è alla base dell'intera formazione e concezione dell'ufficio di giurista. È un *clerc*, e non vede il suo compito nel porre il diritto, ma nell'interpretarlo [...]. È un ragionamento difficile da seguire per i teologi e i filosofi; per i giuristi vale sempre il fatto, che finché si possa trovare anche solo una forma giuridica, sia pure con un cavillo, è necessario farlo, altrimenti governa il caos»³¹.

Il che non significa necessariamente che l'uno sia rivoluzionario, l'altro conservatore. Significa, però, che il punto di vista dell'uno è interno all'ordine giuridico, per riprendere l'opposizione topologica dentro/fuori.

3. La Costituzione e la forza di legge

Il punto è se, teoricamente e dogmaticamente, il testo costituzionale vigente consenta di guardare al decreto del Governo con forza di legge e a quel tanto di stato di eccezione che rappresenta come a pura applicazione, a un 'fatto', quindi a violenza governamentale. A dire quasi che gli atti del Governo con forza di legge sono atti che hanno dalla loro solo la forza, l'efficacia: non sono semplicemente invalidi, non sono diritto. Quando cioè la legge non ha forma rappresentativa non è diritto.

In linea teorica, può rilevarsi che proprio la critica della violenza, del diritto come violenza e della violenza come diritto, rischia, dal suo interno, di confondere, di rendere inutile, non misurabile, la distinzione tra legge e decreto del Governo che ha forza di legge, tra 'forma' e 'forza' di legge, perché non vi è opposizione rigorosa tra la violenza che pone e quella che, quale pura applicabilità, conserva il diritto³². In fondo, l'origine e la fondazione dell'autorità, la posizione della legge, sono sempre basate su sé stesse, sono «una violenza senza

³⁰ *Ivi*, 83. Agamben completerà nell'opera *L'uso dei corpi*, Neri Pozza, Vicenza, 2014, il progetto 'politico' di una forma-di-vita, l'inoperosità, che non significa inerzia, ma un'attività che disattiva e apre a un nuovo uso il diritto. Parallelamente sostituisce al potere costituente quello di una potenza destituente, che non si lascia mai riassorbire in un potere costituito. Ma questo è tutto un altro discorso.

³¹ J. TAUBES, *In divergente accordo. Scritti su Carl Schmitt*, Quodlibet, Macerata, 1996, 79.

³² Seguiamo la decostruzione della dicotomia, dell'opposizione, che struttura la critica della violenza di Benjamin, ad opera di J. DERRIDA, *Dal diritto alla giustizia*, in ID., *Forza di legge*, cit., 63 ss. e ID., *Nome di Benjamin*, cit., 95 ss. e spec. 106 ss.

fondamento»³³. La violenza fondatrice è a sua volta *rappresentata*, nel senso che è ripetuta, iterata, dalla violenza conservatrice: «l'iterabilità iscrive la promessa di conservazione nell'istante più dirompente della fondazione», così «la posizione è già iterabilità, appello alla ripetizione auto-conservatrice» e «la conservazione è a sua volta ancora ri-fondatrice per poter conservare ciò che pretende di fondare»³⁴. Non si ha, dunque, né fondazione pura né conservazione pura. E la confusione tra l'una e l'altra è proprio ciò che viene in gioco nei due casi estremi, quello della decisione del caso eccezionale e quello della polizia. Nel primo, nell'istante rivoluzionario, «la fondazione di un nuovo diritto *gioca*, per così dire, su qualcosa di un diritto precedente, che essa estende, radicalizza»³⁵. La polizia dello Stato moderno mescola le due violenze, perché non solo applica «la legge con la forza», quindi la conserva, ma inventa la legge, «è la forza di legge, ha forza di legge». Il che significa che non possono darsi dei «puri e grandi fondatori, iniziatori legislatori», perché la conservazione è da sempre, dall'origine, inscritta nella struttura della fondazione³⁶. In ogni caso, entrambe sono *Gewalt*, entrambe sono «la forza di legge»³⁷ e al contempo violenza. Così riguardati, tra legge e decreti esecutivi che ne contendono la forza non vi è differenza qualitativa. Al più si tratta di graduare, di misurare, quantitativamente, quanta forza, quanta violenza, stia al fondo dell'una e degli altri.

Ma soprattutto nel diritto costituzionale la «forza di legge» non può essere riscritta elidendo il genitivo.

Il sintagma «forza di legge» è diritto costituzionale positivo. La forza di legge attiene alla dogmatica e non alla teoria generale. Compare in tre disposizioni. L'art. 77, comma 2, attribuisce «forza di legge» a «decreti», più precisamente «provvedimenti provvisori» del Governo. Gli artt. 134, comma 1, e 136, comma 1, equi-parano leggi e «atti aventi forza di legge» ai fini dell'oggetto del giudizio di costituzionalità e degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità.

La prima operazione è conferire senso alla proposizione «di» del sintagma «forza *di* legge»: l'operazione conduce a dire che la legge è (la) forza³⁸. Quindi, l'una non può essere negazione dell'altra. Sintatticamente, «forza di legge» è un ossimoro, perché mette assieme essere e dover essere, fatto e norma, applicazione e imperativo. È arbitrario sciogliere, de-cidere, l'ossimoro a favore del

³³ J. DERRIDA, *Dal diritto alla giustizia*, cit., 63.

³⁴ J. DERRIDA, *Nome di Benjamin*, cit., 106-9.

³⁵ *Ivi*, 109.

³⁶ *Ivi*, 112 e 114.

³⁷ Come J. DERRIDA, *ivi*, 95, traduce *Gewalt*.

³⁸ Seppure non con riguardo al diritto positivo, legge la proposizione 'di' nel senso che «la legge dispone di una forza» F. GARRITANO, *Introduzione*. «In nome della legge», in J. DERRIDA, *Forza di legge*, cit., 9, che però ri-scrive il sintagma come «forza *della* legge» (il corsivo è nostro: *ivi*, 26 e 31) o la forza «come legge» (*ivi*, 42).

primo termine e riscriverlo nella legge della forza, ove la forza è (la) legge e non già la legge è (la) forza. Nella sua lettera, il sintagma si oppone alla separazione tra la forza e la legge, tra il potere teologico-politico e l'ordinamento giuridico: la forza *di* legge non è altro dalla legge, non può essere altro perché è predicata della legge, quindi deve appartenere all'ordine del diritto.

La seconda è constatare che il testo costituzionale enuncia, all'art. 77, comma 2, la «forza di legge» per riferirla ad atti che non ne hanno la forma. La forza di legge è pre-supposta dal testo e come tale attribuita ad atti diversi dalla legge, ad atti che non *sono* – come la legge – la forza, ma che *hanno* la forza di legge. È, quindi, qualcosa di diverso dalla (o, comunque, di non sovrapponibile e riducibile alla) forma legislativa: è specificatamente qualcosa che possono avere (di cui possono godere, un 'trattamento', insomma) anche atti privi della forma di legge. Vuol dire che la forma legislativa non ha una forza diversa da quella degli atti, diversi dalla legge, di cui viene predicata la stessa forza (di legge). Può essere che sia qualcosa di paradossale o, più correttamente, di aporetico: la forza di legge nel testo è «forza differenziale»³⁹, nel senso che si attesta l'esistenza della forza di legge mediante atti che non hanno forma di legge, che non sono leggi. Sono i decreti del Governo che 'convocano' la legge, la rendono presente, la affermano, negandola. È un po' come se già nel suo statuto, nella sua definizione, la legge non fosse se non in virtù della sua trasgressione, della sua negazione *formale*, della sua 'forzatura'. Ma è il diritto posto.

La terza operazione è rilevare che il testo, agli artt. 134 e 136, fa esplicitamente seguire alla qualità di legge o di atto «avente forza di legge» il sindacato di 'validità' costituzionale.

Tutto questo ci dice, almeno, che cosa non è la forza di legge nel testo costituzionale vigente.

La Costituzione-legge dispone della forza di legge in molti modi: pluralizza la legge, istituisce fonti equi-valenti in deroga all'art. 70, dispone riserve di (o rinvii alla) legge e, coerentemente, sottrae ambiti materiali alla legge. La legge non è fonte suprema, né strutturalmente, perché è costituita dalla Costituzione, per ciò stesso logicamente sovra-ordinata, né materialmente, perché è condizionata dalla Costituzione, che non può contraddire a pena di invalidità: insomma, non è suprema perché può essere invalida. Ha forza perché gliela attribuisce la Costituzione, quindi la sua forza non è sovrana, in-dipendente.

Non è predicato, qualità, «virtù sovrana» del potere legislativo, ma di atti adottati dal potere esecutivo. Non ha a che vedere con la forma rappresentativa della legge e con la sua primarietà, intesa come distanza minima o prossimità massima al popolo rappresentato. Non è illimitatezza, ma all'opposto sindacabilità. Così ri-fondata, la 'forza di legge' si slega dalla dottrina rivoluzionaria

³⁹ Ri-convertendo J. DERRIDA, *Dal diritto alla giustizia*, cit., 54.

francese della legge come deliberazione del 'Corpo' legislativo, dell'Assemblea rappresentativa del popolo e, quindi, del popolo. Non è più potere «iniziale», «sovrano» e «rappresentativo» proprio perché è trasmessa e conferita anche ad atti del potere esecutivo, che è tale proprio perché non rappresentativo⁴⁰. Non è «valore senza pari»⁴¹. In una, non è *force de loi*, non è l'auto-vincolo del popolo⁴².

Non è, però, neppure forza, fattualità, 'violenza di governo' che si impone e non si giustifica.

Nel diritto vigente la forza di legge è disgiunta, ma non in-dipendente dalla validità della legge, dalla sua normatività, dal dover essere.

È vero che la forza di legge si dissocia dalla sua validità, almeno dalla sua validità costituzionale: così che la legge è efficace (che non significa obbligatoria) seppure incostituzionale. Nella Costituzione vigente la forza di legge incostituzionale deriva dall'art. 134, da cui si ricava la riserva del controllo di costituzionalità degli atti che sono legge o che hanno «forza di legge» alla Corte costituzionale e dall'art. 136, comma 1, da cui si trae il divieto per il giudice comune di disapplicare, prima del giorno successivo della pubblicazione della sentenza di accoglimento, la legge o l'atto che ne condivide la forza, per ciò stesso 'efficaci'⁴³. Ma si tratta di un'efficacia provvisoria, condizionata dal giudizio di validità, da cui deriva la cessazione di efficacia – l'abrogazione – per il futuro della disposizione incostituzionale e la disapplicazione della norma incostituzionale nei giudizi pendenti. Potrebbe dirsi che la forza di legge, dinanzi alla Costituzione, è una efficacia in-decisa, che non gli consente di produrre effetti permanenti nell'ordine legislativo.

La forza di legge, così intesa, trova conferma nella lettera dell'art. 77, comma 2. L'efficacia del decreto del Governo è presupposta, perché la disposizione ne disciplina la perdita e perché è la competenza a provvedere per il caso straordinario di necessità ed urgenza, che sarebbe insensato pre-vedere

⁴⁰ Per tutti, sull'idea della (e al contempo sulla critica alla) legge come «*pouvoir initial*» R. CARRÈ DE MALBERG, *La legge espressione della volontà generale*, Giuffrè, Milano, 2008, *passim* e spec. 33 ss. e 200 ss.

⁴¹ R. CARRÈ DE MALBERG, *La teoria gradualistica del diritto. Confronto con le idee e le istituzioni del diritto positivo francese*, Giuffrè, Milano, 2003, 45.

⁴² Proprio da questa concezione della forza di legge, riscritta come «valore di legge», muove, invece, Agamben in ID., *Stato di eccezione*, cit., 50.

⁴³ L'art. 134 (e l'art. 101) non provano, invece, che la legge illegittima, e non incostituzionale, sia efficace benché invalida: al contrario, se si dimostra che la legge anteriore (anche non costituzionale) condiziona la vigenza e la validità della legge successiva, che l'art. 134 accentra solo il sindacato di costituzionalità e che, quindi, non esclude il controllo giurisdizionale comune di legittimità della legge, potrebbe tornare la conclusione di Esposito che la forza di legge è la sua validità, almeno ordinaria, argomentata in *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Giuffrè, Milano, 1964, 69 ss.

ove fosse inefficace. Ma anche questa è un'efficacia provvisoria, per due ragioni: è provvisorietà delle norme e dell'atto⁴⁴.

Le norme devono essere provvisorie perché il decreto d'urgenza del Governo è qualificato «provvedimento provvisorio» con «forza di legge». L'art. 77 distingue la «forza di legge», propria dei decreti del secondo comma, dal «valore di legge ordinaria» del decreto del primo comma. È l'unica disposizione costituzionale che nel proprio corpo usa differentemente valore e forza, distinguendo atti che in altri luoghi sono indistinti. Secondo il primo comma, a seguito della delegazione delle Camere, i decreti hanno «valore di legge ordinaria»: significa che il decreto legislativo, preceduto dalla legge parlamentare di delegazione, è esercizio di funzione legislativa, in una forma diversa dall'art. 70. Il secondo comma, invece, dispone che, quando il Governo provvede nei casi straordinari di necessità e di urgenza, sotto la sua responsabilità, senza delegazione parlamentare, adotta provvedimenti provvisori con «forza di legge». Escluso che il secondo comma dell'art. 77 sia un'eccezione al primo comma, che a sua volta è un'eccezione all'esercizio della funzione legislativa da parte delle Camere, è coerente ritenere che il decreto d'urgenza, che ha forza e non valore di legge, sia qualitativamente diverso dalla legge, più precisamente che non sia esercizio di funzione legislativa e, quindi, non sia un'eccezione all'art. 70. È provvedimento 'provvisorio' del Governo nel senso che – coerentemente alle 'misure' tipiche dello stato di eccezione – deroga temporaneamente il diritto vigente o, forse, presupponendone la vigenza, ne sospende l'efficacia ma non innova il diritto legislativo con effetti permanenti⁴⁵. I decreti legislativi, invece, poiché hanno valore e non solo forza di legge, abrogano la legge ordinaria, la modificano con definitività. Hanno la stessa capacità attiva e passiva

⁴⁴ Come noto, limita invece la provvisorietà all'atto C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, 1962, XI, Giuffrè, Milano, 1962, § 5, concludendo però che, visto che il decreto è destinato ad essere sostituito dall'origine dalla legge o a non essere mai sorto (almeno come decreto con forza di legge), «le disposizioni, gli imperativi cui l'atto dà nascita non sono provvisori, ma bensì sono disposizioni di incerta vigenza e validità fino a conversione». Se non sono addirittura vigenti, pare difficile ritenere che non siano provvisori. Ma così si lega destino dell'atto e della disposizione/norma.

⁴⁵ P. PINNA, *Lo stato d'eccezione e il decreto-legge*, in *Diritto@storia*, 2014, n. 12, 7. Pare giungere alla medesima conclusione, seppure discorre di abrogazione e reviviscenza delle disposizioni, appunto provvisoriamente, abrogate, anche L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, Il Mulino, 1986, 239: «i provvedimenti provvisori, prima della loro conversione in legge, non possono fondare situazioni giuridicamente consolidate. La stessa abrogazione di preesistenti discipline legislative statuita da decreto legge, cede il passo alla reviviscenza di quelle disposizioni non appena si accerti la mancata conversione». Ma, anche ad ammettere la reviviscenza delle disposizioni abrogate in caso di abrogazione – o perdita di efficacia – della disposizione abrogante, pare assai più semplice immaginare la reviviscenza di una disposizione nel caso della sua sospensione (V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II, I, L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative), Appendice di aggiornamento*, Cedam, Padova, 1993, 32).

della legge⁴⁶. In questo particolare significato, per il decreto d'urgenza può valere il paradigma di Agamben dell'eccezione come stato in cui la legge vige ma non ha efficacia, per lo meno provvisoriamente. Ma proprio per questo il testo costituzionale non sovrappone affatto decreto d'urgenza e legge, perché il primo non ha il valore – e la potenza – della seconda e, conseguentemente, «il potere esecutivo non si sostituisce a quello legislativo»⁴⁷. Se, poi, ciò avviene nella prassi, nell'«uso», «di fatto», per il giurista non si tratta della normalizzazione dell'eccezione ma di diritto costituzionalmente invalido.

L'atto è provvisorio perché l'efficacia del decreto-legge, ovvero la sua idoneità a derogare la legge, dipende dalla conversione in legge, da cui deriva o la perdita della forza di legge dall'origine o il consolidamento della sospensione della legge. La provvisorietà dell'atto implica quella della norma, perché se il decreto avesse la forza di abrogare la vigenza della legge si tratterebbe di una ben strana provvisorietà⁴⁸.

Ci si domanda, poi, se prima della conversione il decreto sia valido o invalido o se sia obbligatorio o solo esecutivo⁴⁹. Ai nostri fini cambia poco. Sep pure in misura diversa, il decreto è sempre condizionato dalla con-valida (o sanatoria se ritenuto invalido) con la conversione. Senza la conversione in legge, meglio senza la legge di conversione, il decreto non produce diritto legislativo, non produce validamente deroghe alla legge; produce gli effetti di un atto amministrativo, invalido se deroga, ovvero viola, la legge⁵⁰. Quindi, la forza di

⁴⁶ Contro la tradizione, potrebbe dunque essere più coerente con il testo costituzionale definire la 'potenza' della legge come valore e non come forza di legge...

⁴⁷ G. AGAMBEN, *Una domanda*, cit. La diversa conclusione cui giunge Agamben si spiega ove si consideri che non distingue tra 'forza' e valore' di legge e attribuisce alle parole del Führer, indifferentemente, forza o valore di legge...

⁴⁸ Gli effetti irreversibili dei decreti-legge sono, infatti, per il diritto costituzionale un problema....

⁴⁹ La «forza di legge» non implica, infatti, necessariamente l'obbligatorietà dell'applicazione del decreto da parte dei giudici allo stesso modo in cui non la implica la forza di legge degli artt. 134 e 136 della Costituzione, che è efficacia provvisoria perché separata dalla validità. Per cui valgono gli stessi argomenti articolati nella dottrina costituzionalistica a sostegno della mera esecutorietà o, comunque, della non obbligatorietà della legge invalida. Va, poi, da sé che, ove si ritenga il decreto-legge diritto di per sé invalido (secondo la nota conclusione cui giunge Esposito: ID., *Decreto-legge*, cit., §§ 8 e 9), non può che escludersi l'obbligatorietà della sua applicazione fino alla conversione, anzi si afferma più decisamente la sospensione dell'applicazione del decreto come delle disposizioni derogate e, quindi, la sospensione del giudizio. Qui l'invalidità radicale pare sopravanzare le ulteriori, specifiche, ragioni di invalidità costituzionale delle disposizioni recate dal decreto, che dovrebbero determinare, invece, la sospensione del giudizio con rimessione della questione al giudice costituzionale.

⁵⁰ E ciò sia nel caso in cui si consideri la legge di conversione novazione del decreto-legge originariamente valido sia che la si ritenga legge di sanatoria di un decreto originariamente invalido. Solo ove si ritenga decreto-legge e legge di conversione atti integrati, in una «interrelazione» reciproca (come ha ritenuto la Corte costituzionale nella nota decisione n. 22 del 2012), il primo non è solo condizionato, ma è condizionante la seconda. Così, però, si riferiscono al decreto-legge effetti che, invero, l'art. 77 attribuisce alla legge di conversione e a quest'ultima presupposti e requisiti di validità che l'art. 77 riferisce a quello, rafforzando il decreto del Governo e de-potenziando la legge parlamentare.

legge del decreto, prima della conversione, è efficacia o finanche validità provvisoria – sospensivamente o risolutivamente – condizionata dalla legge di conversione. In più, la regola che il Governo, quando provvede nella necessità ed urgenza, debba adottare provvedimenti che abbiano la «forza di legge» implica che l'atto tipico dell'emergenza sia sottoposto al regime, al 'trattamento, che è proprio dell'atto, al giudizio di validità costituzionale.

La conclusione raggiunta per la 'forza' del decreto-legge potrebbe essere revocata in dubbio per il decreto legislativo. Potrebbe obiettarsi che anche il decreto legislativo è atto con forza di legge, almeno secondo l'art. 134 della Costituzione, che usa l'espressione «atti aventi forza di legge», ma che non ha nulla della provvisorietà del decreto d'urgenza. È vero, ma il decreto legislativo non ha solo «forza» di legge: ha anche «valore di legge ordinaria», in quanto preceduto da previa legge di delegazione. È però sindacabile dal giudice costituzionale perché ha forza (e non valore) di legge secondo la lettera dell'art. 134. Quindi, non confuta l'identificazione della «forza di legge» con un'efficacia tutt'affatto particolare, provvisoria e separata, ma non irrelata rispetto alla validità.

Bisogna, a questo punto, capire cosa significhi che nel diritto vigente la forza di legge è disgiunzione, ma non è irrelazione, in-dipendenza, dalla validità della legge. In questa separazione che unisce o unione che separa si dà la sola possibilità di «forza di legge». Possono darsi tre diverse combinazioni della relazione tra forza di legge e validità.

Partiamo dalla identificazione tra esistenza e validità. Se la si intende nel senso che una legge è valida in quanto esistente, è la forza-di-legge senza legge. È la presunzione di validità della legge e quindi la riduzione della validità dell'atto alla sua esistenza. Le leggi esistenti sono valide e quelle invalide non esistono: si regge sull'equazione tra un essere, l'esistenza, e un dover essere, la validità. È appunto la forza-di-legge, ove il primo termine annulla il secondo.

Se la si intende nel senso opposto che una legge è esistente in quanto valida, quindi la legge invalida è nulla (/inesistente, ma l'inesistenza è un fatto, non un concetto giuridico), la forza di legge si identifica con la validità. È la dottrina espositiana: se la legge è valida produce effetti, se è invalida non li produce, almeno non ha la forza di quel tipo. Quindi solo la legge valida ha forza di legge. È la negazione della prima tesi, che al diritto, alla cieca legge in quanto tale, si deve obbedienza. È la ~~forza di legge~~. La legge annichilisce la sua forza.

Solo se si separa l'esistenza/efficacia dalla validità, come è separata nel testo costituzionale, si apre alla pensabilità della forza di legge in senso proprio: la legge o l'atto assimilato esiste, perché è riconoscibile secondo le norme sulla produzione; è efficace, perché è idoneo a produrre effetti tipici; ma è o può essere invalido. La forza è condizione dell'accertamento di validità ma è a sua volta condizionata dalla validità. Significa che una legge invalida esiste e

produce effetti, non è una non-legge, un nulla, ma significa anche escludere che di per sé una legge perché esistente, perché ha forza, sia valida: apre alla possibilità dell'invalidità nonostante l'esistenza. È esattamente la linea di mezzo che non annulla nessuno dei due termini del sintagma forza di legge.

Se così è, il primo paradigma, quello agambiano della forza-di-legge senza legge, come violenza occultata, razionalizzata e integrata dall'ordine normativo, significa poco per il giurista che si muove in un ordinamento che ha separato l'esistenza dalla validità.

Nello specifico, poi, i decreti del Governo con forza di legge non sono pura applicazione, 'violenza governamentale', per il solo fatto che sono dentro l'ordine giuridico costituito.

È vero che la «forza di legge» è separata – come rileva Agamben – dalla forma legislativa, ma non è uno stato *kenomatico*, l'indeterminazione tra fatto e diritto, il punto in cui il fatto è diritto e il diritto è fatto. Se il documento costituzionale include come diritto vigente e valido, quale legge costituzionale deliberata, i decreti con 'forza' di legge, non può dirsi che quei decreti siano forza-di-legge, almeno non nel senso di forza di legge senza legge, vita, mera efficacia/applicazione e, quindi, non diritto. L'art. 77, comma 2, come l'art. 70, è diritto esistente-vigente, efficace e valido, in quanto fondato o riconosciuto⁵¹. Il decreto d'urgenza del Governo non è un fatto, ma una competenza istituita dall'art. 77, comma 2⁵². Se poi si ritenesse il decreto-legge diritto, originariamente, invalido, resterebbe diritto, non diverrebbe un fatto: diversamente non se ne potrebbe predicare la validità o invalidità. Può anche dirsi che «la forma affascina quando non si ha più la forza di comprendere la forza nel suo interno»⁵³ e che, quando la forza si separa dalla forma, resta la forza che si auto-fonda. Ma nella forza di legge l'efficacia, la produzione di effetti, presuppone un atto giuridicamente esistente, in quanto conforme alla propria regola costitutiva e, benché disgiunta dalla validità, ne è variamente condizionata. La legge esiste, a prescindere dalla sua validità, ma non ne è affatto superiore. Solo se la legge o l'atto equiparato è inesistente, rileva come mero fatto, ma allora è privo di forza di legge.

4. La Costituzione e il potere d'eccezione

In ogni caso, il giurista, che deve dare forma al diritto vigente, non può guardare allo stato di eccezione come a uno stato anomico.

Qui non si vuole – né si saprebbe – discutere teoricamente se lo stato di eccezione sia l'arresto del diritto: non pare possibile discutere giuridicamente

⁵¹ Nei limiti e nei termini in cui si può parlare di validità delle Costituzioni, scritte, il che è tutt'uno con la questione teorica del 'fondamento' della loro validità...

⁵² P. PINNA, *Lo stato d'eccezione*, cit., 9.

⁵³ J. DERRIDA, *La scrittura e la differenza*, Einaudi, Torino, 2002, 2.

di ciò che non è giuridico o, in fondo è lo stesso, di ciò che non può essere distinto dal non giuridico.

Ove, però, si accogliesse l'idea dello stato di eccezione come vuoto di diritto e non solo, come in Schmitt, come vuoto di norme e si procedesse per linee interne a quella teoria, il dubbio è che non vi sia, nei giorni che corrono, alcuno stato di eccezione, dal punto di vista *esistenziale*, dell'accadimento, della situazione che si è creata.

Le catene di norme o, se si vuole, di decisioni che hanno regolato (o provveduto su) l'emergenza sanitaria paiono assai lontane da uno stato *kenomatico*: è un profluvio di norme, decisioni, istituzioni e organi. Uno stato pieno di diritto, valido o invalido che sia.

Potrebbe replicarsi che teoria e storia corrono su binari paralleli e che la seconda non verifica né tanto meno falsifica la prima. È vero. Ma se si costruisce la teoria dello stato di eccezione come vuoto di diritto proprio a partire dalla storia romana, dall'istituto del *iustitium*, che fu sospensione totale del diritto, l'obiezione è debole e non lascia via d'uscita: o è sbagliata la teoria oppure non c'è stato di eccezione, per lo meno così inteso.

Leggendo i decreti-legge, i dpcm e le ordinanze può forse notarsi che il diritto associa alla funzione repressiva quella promozionale: accanto alle proibizioni, ai divieti, vi sono le raccomandazioni, le precauzioni, gli inviti, etc... Ma non si è fuori dal diritto come forma del potere.

La sociologia del diritto potrebbe aggiungere che è una parola che, alle volte, non comanda né proibisce o che non vuole obbedienza, ma vuole, con sua-denza, che non ci sia bisogno di ubbidire. Anche da questo punto di vista, il giurista potrebbe dire poco.

Ciò non significa che le concezioni, le teorie dello stato di eccezione, come concetto-limite, come soglia, quale è quella di Agamben, non siano un proficuo concetto per elaborare dottrine interpretative del diritto positivo. Queste dottrine, però, devono avere conseguenze normative, perché ricavano norme da disposizioni vigenti. Il problema è appunto dogmatico.

Per Agamben l'anomia dello stato di eccezione è prodotta dalla forza di legge separata dalla forma, dall'applicazione scissa dalla vigenza, dalla forza-di-legge senza legge. Questa conclusione è inammissibile per il giurista non solo perché il diritto costituzionale vigente non consente – come abbiamo dimostrato – di elidere dal sintagma forza di legge il genitivo, ma perché ha 'giuridicizzato' l'eccezione.

La Costituzione vigente ha formalizzato, nell'art. 77, comma 2, la competenza straordinaria generale nella forma del potere del Governo di decidere la sussistenza del caso straordinario di necessità e di urgenza e di provvedere con decreto che ha forza di legge. È una tipica competenza di emergenza, è quel tanto di stato di eccezione che la Costituzione democratico-pluralistica ha

sopportato e ha incluso nel diritto. Forse, proprio per includere, escludendolo, lo stato di eccezione come stato estremo, anomia e quindi violenza pura, la Costituzione ha messo in forma il potere di eccezione come esercizio di una competenza delimitata dal diritto, un'eccezione per così dire relativa⁵⁴.

Potrebbe forse dirsi che la sospensione, la deroga temporanea, della legge con un atto che non ne ha la forma, consentita dall'art. 77, comma 2, è in un certo qual modo il legame, la relazione, che il diritto scritto tenta di assicurare tra quel tanto di *Gewalt* anomica che il diritto può concepire e il diritto stesso. Ma è diritto e non pura applicazione, fatto. In ogni caso, dal punto di vista interno al diritto posto, la limitazione del decreto con forza di legge ai «casi straordinari di necessità ed urgenza» è ciò che precisamente ne esclude la normalizzazione: l'eccezione non deve divenire la regola e, se i decreti rispettano le condizioni di validità, i suoi due elementi costitutivi, il fatto e il diritto, l'efficacia e la validità, separati ma correlati, non si indeterminano e non trasformano il dispositivo giuridico in una «macchina letale»⁵⁵. Per il diritto positivo, l'eccezione che diviene regola, la decretazione d'urgenza che diviene strumento ordinario di normazione primaria, è diritto invalido.

Né potrebbe considerarsi l'art. 77 o la separazione della forza dalla forma di legge come una sospensione o una rottura della Costituzione: è sempre Costituzione, per lo meno, legge costituzionale deliberata, che internamente al diritto vigente eccede la regola generale dell'art. 70. Il giurista deve trovare le norme di quella convivenza, della relazione regola-eccezione.

Non sembra evocabile la forza quale fondazione della legge esterna o irrilevante rispetto all'ordine giuridico neppure ove si sostenesse che la forza di legge dell'art. 77 consenta di sospendere le leggi costituzionali⁵⁶. A quella tesi, nel merito, è obiettabile che, sebbene negli artt. 134 e 136 la forza di legge pare includere anche la forza di legge costituzionale, sindacabile per vizi di forma (e di contenuto se si ammette l'esistenza di principi supremi), l'art. 77 è posto, topologicamente, in relazione all'art. 70 e non all'art. 138. In più, è vero che l'art. 77, comma 1, si riferisce al «valore di legge *ordinaria*» e il comma due alla forza di legge, senza specificare di quale tipo di legge si tratti. Ma è irragionevole sopravvalutare la 'forza' rispetto al 'valore' di legge nel testo costituzionale vigente, visto che il valore è espressamente predicato di un decreto del

⁵⁴ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 4, nota 26, ritiene «insufficiente» l'art. 77, che «non contempla la vera e propria emergenza».

⁵⁵ Deve, quindi, escludersi dall'orizzonte del diritto positivo la conclusione che G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 110, trae dalla trasformazione dello stato di eccezione, in cui vita e diritto si indeterminano, in regola.

⁵⁶ Valga ancora C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., § 5 e 6. Alla medesima conclusione perveniva L. ELIA, *Dal conflitto di attribuzione al conflitto di norme*, in *Giur. cost.*, 1965, p. 149, nota 8; più di recente ha argomentato la sospensione (provvisoria) con decreto dell'efficacia delle norme costituzionali A. PACE, *Divagazioni sui decreti-legge non convertiti*, in *Pol. dir.*, 1995, 402.

Governo preceduto dalla previa legge parlamentare⁵⁷. Comunque sia, se la vita del decreto-legge dipende dalla sua conversione, vale l'argomento della particolare collocazione dell'art. 77, che esclude la forma costituzionale della legge di conversione. Se, poi, il fondamento di quella sospensione della Costituzione fosse fuori della Legge, nell'effettività, nella forza normativa del fattuale, nella consuetudine di riconoscimento, non ci sarebbe bisogno dell'art. 77, perché vorrebbe dire che il decreto d'urgenza è un fatto⁵⁸. Ma, al contrario, il decreto è una competenza costituita dal testo costituzionale. Quindi, un decreto-legge che provveda in contrasto con una disposizione costituzionale è invalido. In ogni caso, si tratterebbe sempre di una forza di legge interna al diritto, perché sarebbe il diritto costituzionale posto che autorizza il dispositivo della propria sospensione mediante altro diritto: sarebbe una sospensione del diritto scritto mediante altro diritto scritto e quindi non sarebbe una sospensione del diritto (né della scrittura). Ma la legge che ha «il potere di negare sé stessa», di porre la propria disapplicazione, è onnipotente: la sospensione della legge ad opera della legge mostra la massima potenza della legge, è il segno che la legge è il potere, che «il potere della legge non è altro dalla legge»⁵⁹. Insomma, non si tratterebbe affatto del «fondamento mistico» della legge.

Il filosofo può dire che la legge che regola lo stato di eccezione è il punto di passaggio all'indeterminazione tra diritto e vita.

Il giurista, invece, deve elaborare una dottrina interpretativa della «forza di legge» che consenta una lettura coerente dell'eccezione formalizzata nell'art. 77, comma 2, con la 'forma' della legge secondo la regola costitutiva dell'art. 70⁶⁰.

⁵⁷ Per questo è sbagliato l'argomento (così A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Utet, Padova 2003, 340 ss.) secondo cui la sospensione dei diritti costituzionali con il decreto-legge troverebbe conferma nella circostanza che «anche a proposito delle misure ex art. 78 Cost. la eventuale sospensione delle garanzie costituzionali avviene in forza di un atto avente valore di legge ordinaria»: anche ad ammettere che l'art. 78 consenta quella sospensione, lì vi è una deliberazione delle Camere...

⁵⁸ C. ESPOSITO, *op. ult. cit.*, § 2, invero, con coerenza, sostiene proprio che i provvedimenti d'urgenza sono un «fatto» cui la Costituzione vuole dare disciplina, che sarebbero «sorti da attività di fatto del governo»: a dire che sono una mera eventualità che accade, che si dà e che la Costituzione si limita a regolare ove accadano. Definisce la lettura espositiva «svalutativa» del testo costituzionale N. LUPO, *I decreti-legge nel primo dopoguerra, nelle letture dei giudici e dei giuristi*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2014, n. 2, 4; su questo specifico punto della dottrina espositiva C. PINELLI, *Il decreto-legge e la teoria costituzionale: profili introduttivi*, in A. SIMONCINI (a cura di), *L'emergenza infinita*, EUM, Macerata, 2006, 57 ss. Qualifica il decreto-legge «fatto» con forza di legge, insindacabile dalla Corte perché fatto, di cui può predicarsi l'esistenza o l'inesistenza ma non la validità, F. SORRENTINO, *Spunti sul controllo della Corte costituzionale sui decreti-legge e sulle leggi di conversione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1978, 760.

⁵⁹ I virgolettati sono tratti dalla critica ai critici del formalismo giuridico di V. VITIELLO, *Il potere della legge*, in L. BASILE (a cura di), *Morte della sovranità*, Inschibboleth ed., Roma, 2016, 61.

⁶⁰ Potrebbe derivarne una assai più ampia dottrina interpretativa dell'art. 70 della Costituzione, che non si limiti a dire che cosa è legge, ma che ponga la questione, normativa, di cosa deve essere legge, di cosa debba essere necessariamente posto con legge parlamentare e non con decreti del

Da punto di vista interno al diritto, è allora coerente distinguere la «forza di legge», propria dei decreti d'eccezione dal «valore di legge ordinaria» del decreto legislativo. L'art. 77 consente, infatti, di fondare una distinzione tra l'una e l'altro e autorizza il giurista, senza abbandonare il proprio ufficio, alla ricerca di senso di quella differenza. Intuitivamente, il valore è qualcosa di più – meglio, di diverso – della forza. Quel 'più' è ravvisabile precisamente nell'autorizzazione con deliberazione legislativa del Parlamento, quindi nella 'forma' di legge. Il «valore di legge» – e non la forza di legge – è tutt'uno, nel diritto vigente, con la forma 'rappresentativa', con la regola costitutiva della legge dell'art. 70. È allora coerente che il decreto del Governo che ha valore, oltre che forza, di legge possa non solo sospendere il diritto vigente, ma innovarlo, abrogarlo con effetti permanenti e non provvisori. È una conclusione non contraddetta dall'art. 87, comma 5, che aggiunge ai «decreti aventi valore di legge» i regolamenti: i decreti con forza di legge sono per lo meno regolamenti. È confermata dall'art. 75: l'«abrogazione» si riferisce ad atti che hanno «valore di legge» perché, a rigore, si abroga solo ciò che non è provvisorio, che è permanente; ciò che è eccezionale, provvisorio, termina da sé.

Ancora, a catena, la fondazione nel testo costituzionale di una distinzione tra forza e valore di legge pone, da un nuovo punto di vista, il rapporto tra decreto d'urgenza e legge di conversione: porta a dire che nel più ci sta il meno e che, quindi, la legge di conversione, poiché ha valore e non forza, può avere qualche particolarità, ma può fare, disporre, più di quello che ha 'forza' di fare il decreto legge. Potrebbe rimettere in discussione la sindacabilità della legge parlamentare di conversione per i vizi derivati dai vizi del decreto d'eccezione o, comunque, sostenere l'idea che la legge di conversione sia una legge sostanziale e non già la mera forma di approvazione del decreto⁶¹. Si dirà, realisticamente, che questa dottrina non argina l'abuso della decretazione d'urgenza, non limita l'emarginazione progressiva della legge parlamentare e, quindi, 'normalizza' l'eccezione. Ma anche a voler includere in una dottrina del diritto positivo argomenti di politica del diritto, si osserva che quell'argomento è pericoloso, per il fine che persegue, per due ragioni. Primo, nella ricostruzione che qui si propone il decreto d'urgenza non è appunto una legge; non è una eccezione all'art. 70, ma è meno di una legge parlamentare. Quindi, con quel decreto il Governo non «sostituisce» affatto il potere legislativo⁶². Al contrario, se si ritiene che tra l'uno e l'altra vi sia «interrelazione», è difficile negare che

Governo. Potrebbe revocarsi in dubbio che la Costituzione prescriva la sola forma della legge, in quanto prescrivendo una determinata forma può darsi che implica anche una sostanza.

⁶¹ In una, implica le questioni della emendabilità del decreto con la legge di conversione, della possibile eterogeneità della legge di conversione rispetto al contenuto del decreto-legge, etc...

⁶² La sostituzione dell'uno all'altro è la condivisibile preoccupazione di Agamben, da *Stato di eccezione*, cit., 49 ss. agli interventi *Una domanda* e *Nuove riflessioni*, cit.

sono simili, così ‘valorizzando’ inintenzionalmente il decreto del Governo. Secondo, se si afferma che la legge parlamentare di conversione è sindacabile sulla base del medesimo parametro del decreto del Governo, vale a dire sulla base della sussistenza del caso straordinario di necessità e urgenza dell’art. 77, comma 2, parrebbe che la competenza sull’eccezione sia una competenza tipica, esclusiva, del Governo e che il Parlamento non abbia una competenza generale. Ma se, invece, coerentemente con la forma di governo parlamentare che si vuole conservare, si afferma che il Parlamento – e non solo il Governo - può provvedere sull’emergenza perché può fare leggi, quindi può pure sospenderle, può revocarsi in dubbio che si possa sindacare la legge parlamentare, anche se di conversione, in forza dei presupposti che l’art. 77, comma 2, impone al decreto del Governo. Se poi il Parlamento, in sede di conversione, ‘funziona’ male, se la deliberazione parlamentare ‘di fatto’ è una ratifica del decreto del Governo, che non si avvale delle virtù della dialettica parlamentare, questo non pare un argomento valido per interpretare il diritto positivo.

Per le stesse ragioni è coerente interpretare l’art. 77, comma 2, non già come la norma che esclude la competenza del Parlamento a provvedere sulla e nell’emergenza, considerato – se non altro – che è il Parlamento che converte il decreto-legge, ma come la norma che esclude che, «quando» il Governo decida che sussiste il caso straordinario e che è necessario derogare/sospendere la legge vigente, questi possa adottare provvedimenti che non abbiano la forza di legge, cioè, che non siano sottoposti al regime tipico proprio degli atti di quella specie, ovvero all’emanazione da parte del Presidente della Repubblica, al sindacato da parte della Corte costituzionale e alla conversione in legge⁶³. Si può al più ammettere che, in materie non riservate alla legge, il Governo disponga con atto avente forza di legge (o il Parlamento con legge) la sospensione della legge vigente e attribuisca al Governo l’atto amministrativo del caso concreto. Ma in tal caso il giurista deve verificare che l’atto amministrativo sia legittimo (ovvero conforme alla legge o al decreto-legge che ha disposto o autorizzato a provvedere in deroga), proporzionato, ragionevole, congruo, etc...

Certo il filosofo può dire – e ha detto – che il decreto-legge contraddice la gerarchia tra legge e regolamento, perché il potere legislativo deve essere di competenza esclusiva del Parlamento. «Di fatto» con gli atti con forza di legge

⁶³ Sul decreto-legge come forma costituzionalmente imposta per la normazione d’emergenza del Governo M. LUCIANI, *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale*, in AA. VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011, 1177. Al contrario, sull’ammissibilità di ordinanze d’urgenza derogatorie del diritto legislativo l’ampio studio di A. CARDONE, *La “normalizzazione” dell’emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011, 366 ss.

il potere esecutivo si sostituirebbe a quello legislativo, violando il «principio della separazione dei poteri che definisce la democrazia»⁶⁴.

Si conviene che anche nel nostro ordinamento la graduazione tra fonti corrisponde, in una qualche misura, alla graduazione tra organi, a sua volta derivante dalla minore o maggiore prossimità degli organi al popolo sovrano. È diritto costituzionale vigente la regola dell'attribuzione del potere di 'fare leggi' all'Assemblea rappresentativa.

Ma il decreto d'urgenza del Governo è una competenza e non un fatto. In più non ha valore di legge, quindi non sostituisce il potere legislativo.

Poi, anche ammesso che il principio della separazione dei poteri significhi separazione delle funzioni, non è così scontato – e forse neppure utile – legarlo alla democrazia. Dipende da cosa si intende per separazione dei poteri e per democrazia. In ogni caso, l'esclusività parlamentare della funzione legislativa è più propria della concezione monistica del giacobinismo rivoluzionario, nel quale – assolutizzando il gradualismo tra organi – vi è, però, un solo potere, quello rappresentativo-legislativo e gli altri sono «agenti», «semplici autorità», «funzioni», che eseguono/applicano⁶⁵. Ma è questa concezione, incentrata sulla sovranità del Parlamento rappresentativo e sull'assenza di uno scarto tra popolo e rappresentante, che è coerente con l'idea di Agamben che è contraddittorio imporre di rinunciare, paternalisticamente, alla libertà per proteggere la libertà e quindi che una democrazia protetta non è democrazia⁶⁶. Da un lato, però, il rapporto tra il giacobinismo e la democrazia è stato per lo meno tormentato, perché dipende, a sua volta, da cosa si intende per democrazia. Dall'altro, la contraddizione rilevata da Agamben – che evoca il paradosso della tolleranza e affini – nega alla radice il vincolo costituzionale, come vincolo democratico che impedisce di essere liberi di non essere liberi, limitando la volontà per preservare la possibilità di continuare a volere liberamente, il cui paradigma è assai vicino al divieto di schiavitù volontaria di Mill⁶⁷. Ma la separazione dei poteri è tipica della democrazia costituzionale più che del monismo parlamentare.

⁶⁴ G. AGAMBEN, *Una domanda*, cit.

⁶⁵ Quella dottrina, le sue connessioni, vive con una sistematicità senza pari nelle pagine di R. CARRÈ DE MALBERG, *La teoria gradualistica del diritto. Confronto con le idee e le istituzioni del diritto positivo francese*, Giuffrè, Milano, 2003, *passim* e spec. 35 ss., 44, 45 e 47; ID., *La legge espressione della volontà generale*, Giuffrè, Milano, 2008, 31 ss. e 64 ss.

⁶⁶ *Una domanda*, cit.

⁶⁷ S. HOLMES, *Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia*, in G. ZAGREBELSKY, P. P. PORTINARO e J. LUTHER, *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino, 1996, 206.

5. *Hors de la Constitution?*

Escluso che la forza di legge dei decreti del Governo sia anomia, indeterminazione tra vita e diritto, resta da indagare se le norme o i provvedimenti adottati abbiano sospeso la Costituzione e, più precisamente, le disposizioni costituzionali che regolano i poteri di eccezione e le libertà. Insomma se siano *hors de la Constitution* e se sia corretto evocare lo stato di eccezione, cui si sono riferiti in questi mesi anche i giuristi.

Non pare essersi posta alcuna rimozione della forza normativa delle disposizioni costituzionali né alcuna ‘trasformazione’ costituzionale. Al contrario la Costituzione è vigente, efficace e oppone resistenza: la prova ne è che mai come nella condizione attuale si è fatta ‘sentire’, è stata chiamata di continuo alla presenza. Non vi è stata alcuna rivendicazione di validità (né tanto meno di forza/obbligazione separata dalla validità) del diritto straordinario in quanto tale. Non si sono esercitati poteri di eccezione intenzionalmente diversi da quelli previsti dal diritto costituzionale vigente. Non si sono sospese le disposizioni costituzionali sulle libertà costituzionali, ma si sono limitate quelle libertà: le disposizioni costituzionali, però, prescrivono non solo la libertà, ma anche il modo di apposizione di limiti. Non vi è vigenza della Costituzione senza applicazione, né pura applicazione senza vigenza della Legge.

Il punto è verificare se la concatenazione normativa abbia rispettato o meno le condizioni di validità di forma (e quindi di materia) cui la Costituzione subordina i poteri di eccezione che derogano la legge vigente e la limitazione dei diritti di libertà⁶⁸.

Se tali condizioni non sono state rispettate, si tratta di violazione della Costituzione, di invalidità costituzionale del diritto straordinario adottato, con o senza forza di legge, come tale giustiziabile, e non di sospensione della Costituzione. Salvo voler impropriamente ritenere che ogni violazione è non applicazione (o dis-applicazione) di una disposizione.

⁶⁸ Revoca in dubbio che abbia senso interrogarsi sulla ‘validità’ del diritto dell’emergenza quando viene meno la «funzionalità dei meccanismi istituzionali», A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette e dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, n. 1 del 2020, 369; esclude che possa discorrersi di atti illegittimi in quanto è «l’autoassunzione di un potere extraordinem che si legittima per via di necessità» G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d’eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, n. 1, III. Si muovono, invece, nella prospettiva del giudizio di validità e non di effettività A. MORELLI, *Il Re del piccolo principe ai tempi del coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, ivi, 523 e M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., 4 che indica sì quale fondamento costituzionale delle norme sub-primarie derogatorie di norme primarie i «tradizionali principi del *primum vivere* e della *salus rei publicae*», ma poi aggiunge che «quel che conta è che essi sono stati sicuramente e chiaramente positivizzati, con la conseguenza che il loro trattamento deve essere quello dei veri e propri principi costituzionali». Quel che conta non è, quindi, la *salus rei publicae*, ma la Costituzione formale dell’emergenza, il diritto costituzionale, su cui parametrare il diritto posto.

6. Il diritto invalido

La validità costituzionale della lunga catena di norme che ha avuto l'effetto di derogare le fonti primarie vigenti è dubbia. Tutto ruota attorno all'art. 77, comma 2, della Costituzione.

Il diritto dell'emergenza sanitaria ha avuto un doppio fondamento: la preliminare dichiarazione dello «stato di emergenza» con deliberazione del Consiglio dei ministri, ai sensi degli artt. 7 e 24 del Codice della protezione civile e i decreti-legge che sono seguiti⁶⁹.

Per quanto riguarda la dichiarazione dello stato di emergenza, il dubbio radicale è che la deliberazione – costitutiva⁷⁰ – dello stato di emergenza da parte del Governo possa avvenire in forme diverse da quello dell'art. 77, comma 2, che disciplina la forma del decreto con forza di legge per l'accertamento della sussistenza della condizione straordinaria di necessità ed urgenza, almeno quando a deciderlo è il Governo: e lo stato di emergenza di rilievo nazionale dell'art. 7, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 1 del 2018, per quanto concetto impreciso e generico, è riconducibile alla straordinarietà dell'art. 77. Ciò implicherebbe l'illegittimità costituzionale dell'art. 24, d.lgs. n. 1 del 2018. In contrario non vale che la deliberazione dello stato di emergenza con un decreto del Consiglio dei ministri privo di forza di legge, ovvero non soggetto a conversione e al 'trattamento' che segue alla forza di legge, sia stata prevista con decreto legislativo, ovvero con atto del Governo che ha valore, oltre che forza, di legge⁷¹. Non si ritiene che il decreto-legge sia la fonte riservataria della proclamazione dell'emergenza, che escluderebbe la generale competenza legislativa parlamentare: quello che può fare un atto con forza di legge a maggior ragione può farlo un atto con valore di legge. Ma, nel caso del decreto legislativo, il valore di legge risiede nella legge parlamentare di delegazione. Questa non può, però, logicamente, pre-vedere se e quando si verificherà lo stato di emergenza e quale deroga della legge vigente si renderà necessaria. Né può dirsi che allora è ragionevole disporre che lo stato di emergenza venga dichiarato con semplice

⁶⁹ Evidenzia l'anfibologia del governo dell'emergenza che, dopo l'iniziale ricorso alle fonti proprie del sistema di protezione civile, non ha proceduto con le ordinanze del Capo del Dipartimento della protezione civile dell'art. 25, d.lgs. n. 1/2018, ma ha adoperato poteri di ordinanza diversi da quelli di protezione civile (quali ordinanze ex art 32 l. 833 del 1978 e del Ministero dell'istruzione) e decreti-legge istitutivi di un potere di decretazione del Presidente del Consiglio dei ministri, distinto dal potere di ordinanza della protezione civile, A. CARDONE, *La "gestione alternativa" dell'emergenza nella recente prassi normativa del Governo: le fonti del diritto alla prova del Covid-19*, in *La legislazione penale*, 2020, 9.

⁷⁰ *Ivi*, 2.

⁷¹ Diversamente M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., 6, ritiene i decreti-legge la fonte riservataria della identificazione e proclamazione del caso straordinario a condizione che difetti «una previsione legislativa che contempra un diverso procedimento generale idoneo alla bisogna», quale è il d.lgs. n. 1 del 2018. Ma se il decreto-legge è, ai sensi dell'art. 77 della Costituzione, fonte riservataria, come fa quella riserva a venire meno per effetto del diritto legislativo ordinario?

deliberazione del Consiglio dei ministri: l'art. 77, comma 2, sufficiente o insufficiente che sia, è il mezzo tipico di quanto non è regolabile in generale e in via preventiva. Il decreto legislativo, che prevede una forma diversa dal decreto legge o dalla legge parlamentare, viola le norme costituzionali attributive delle competenze.

Potrebbe replicarsi che, a tutto voler concedere, i decreti-legge che sono seguiti hanno risolto, sanato, il difetto d'origine: l'adozione dei provvedimenti provvisori con forza di legge presuppone, a quel momento, l'accertamento del caso straordinario di necessità e di urgenza.

Ciò non toglie, però, che la deliberazione del Consiglio dei ministri dell'art. 24, d.lgs. n. 1 del 2018 abbia 'deciso' l'inizio dell'emergenza e la sua fine. E il tempo è elemento decisivo, costitutivo, dell'eccezione, che ruota attorno ad una categoria tipicamente temporale, quale è l'urgenza.

In ogni caso, i decreti-legge non risolvono la questione della 'forma' dell'emergenza: il problema non è il limite ai diritti di libertà previsto con decreto-legge⁷², ma è lo scarto tra il decreto-legge e i Dpcm, seguiti al primo⁷³.

Il d.l. n. 6 del 23.2.2020 all'art. 1, comma 1, disponeva che «le autorità competenti, con le modalità previste dall'articolo 3, commi 1 e 2, sono tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica» e all'art. 2, assai indeterminatamente, che «Le autorità competenti, con le modalità previste dall'articolo 3, commi 1 e 2, possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dei casi di cui all'articolo 1, comma 1». All'art. 3 disciplinava il procedimento di formazione del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri. Con i Dpcm che seguivano sono state aggiunte, seppure per un periodo di tempo limitato e predeterminato, limitazioni eccedenti le previsioni del decreto-legge. Ne sono seguiti limiti alla libertà personale, alla libertà di domicilio, alla libertà di circolazione, a quella di riunione, alla libertà di culto, al diritto/dovere al lavoro e allo studio, alla libertà di iniziativa economica privata, etc...

⁷² Il decreto-legge potrebbe, di per sé, essere costituzionalmente invalido ove si sostenesse che non limita ma annulla le libertà. Ma, innanzitutto, è difficile segnare il punto in cui il limite, quantitativamente, si converte in negazione della libertà e, comunque, anche la negazione è un limite, più o meno 'grosso'. In ogni caso, il punto è che i decreti-legge non hanno specificato la quantità di libertà negata, limitata.

⁷³ Per la sistematica ricostruzione di tutte le fonti del diritto e atti amministrativi intervenuti sino ad oggi si rinvia, per tutti, a A. CARDONE *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, § 4, pubblicato in questo numero della *Rivista*.

Gli artt. 1 e 2, d.l. n. 6/2020 sono stati abrogati dall'art. 5, d.l. n. 19 del 25.3.2020⁷⁴, che ha incluso nel decreto-legge, elencandole nell'art. 1, i limiti alle libertà, che quindi risultano apposti con atto avente forza di legge. La questione non è, però, così definitivamente risolta per almeno due ragioni. L'art. 2, comma 1, rinvia sempre per l'«attuazione» delle misure dell'art. 1 ai Dpcm: il punto resta lo scarto tra il decreto-legge e l'«attuazione». L'art. 2, comma 3, poi, fa salvi gli effetti prodotti e gli atti adottati sulla base dei decreti e delle ordinanze emanati ai sensi del d.l. n. 6/2020, cosicché l'illegittimità costituzionale del d.l. n. 6/2020 – e degli atti derivati – determinerebbe l'illegittimità dell'art. 2, comma 3, d.l. n. 19 cit.

I Decreti del Presidente del Consiglio dei ministri sono atti amministrativi non regolamentari. Può anche ritenersi che la Costituzione, all'art. 87, comma 5, implichi una concezione materiale di regolamento, ovvero implichi che il regolamento abbia contenuto normativo e non provvedimento: se l'atto normativo modifica o deroga la legge occorre l'atto con valore o almeno forza di legge; se non innova il diritto legislativo l'atto normativo del Governo è un regolamento. Il regolamento deve, però, rispettare le condizioni minime di forma poste nella Costituzione e nella legge ordinaria. E i Dpcm sono atti che non sono stati emanati dal Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 87, comma 5, della Costituzione e non sono stati adottati nelle forme dell'art. 17, l. n. 400 del 1988, solo genericamente richiamata nell'*incipit* del preambolo: non recano la denominazione regolamento e non sono stati adottati previo parere del Consiglio di Stato⁷⁵. Dire che sono atti di natura regolamentare solo per il loro contenuto normativo significa cortocircuitare il discorso e impedirne la giustiziabilità. Al contrario, constatato che hanno carattere normativo e che, quindi, l'art. 87 impone la forma del regolamento, si deve verificare se l'atto abbia seguito le forme costituzionali e legali: diversamente ne deriva l'illegittimità per violazione dell'art. 87 e della l. n. 400. Se, poi, ci si limita ad una concezione formale del regolamento, a maggior ragione, i Dpcm non hanno la

⁷⁴ L'abrogazione ha prodotto effetto dall'entrata in vigore del d.l. abrogante, in quanto l'abrogazione è stata adottata dopo la legge di conversione. Diversamente, se l'abrogazione delle disposizioni del d.l. n. 6 con il d.l. successivo fosse avvenuta prima della conversione del primo decreto, a rigore la disposizione abrogata sarebbe stata al contempo una disposizione non convertita, con assorbimento dell'abrogazione nella non conversione e con perdita di efficacia delle disposizioni abrogate e non convertite fin dall'inizio. Sul punto specifico E. ROSSI, *Appunti sull'abrogazione di decreti-legge ad opera di successivi decreti-legge (nell'emergenza Coronavirus)*, in corso di pubblicazione nel presente numero della *Rivista*.

⁷⁵ L'art. 2, comma 4, del d.l. n. 19 del 2020 (come l'art. 3, del d.l. n. 6 del 2020) prevede il controllo preventivo della Corte dei conti, ma dispone che «i termini per il controllo preventivo della Corte dei conti, di cui all'articolo 27, comma 1, della legge 24 novembre 2000, n. 340, sono dimezzati. In ogni caso i provvedimenti adottati in attuazione del presente decreto, durante lo svolgimento della fase del controllo preventivo della Corte dei conti, sono provvisoriamente efficaci, esecutori ed esecutivi, a norma degli articoli 21-bis, 21-ter e 21-quater della legge 7 agosto 1990, n. 241».

forma tipica del regolamento. E il decreto-legge che ai medesimi rinvia non pare avere né il 'valore' né il contenuto di norma attributiva di competenza idonea a istituire un tipo di regolamento.

Né pare corretto qualificare i decreti monocratici ordinanze *extra-ordinem*, dotate di propria capacità derogatoria del diritto legislativo⁷⁶. In disparte la questione generale dell'ammissibilità di atti normativi sub-primari derogatori di norme primarie, è vero che il Presidente del Consiglio è autorità nazionale di protezione civile e che l'art. 1, comma 2, d.l. n. 6 del 2020 (come l'art. 1, comma 2, d.l. n. 19 del 2020) disponeva che la misura fosse «adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica». Sicché il decreto-legge potrebbe sembrare la fonte legittimante le ordinanze derogatorie del diritto legislativo. Può, però, replicarsi – seppure con un po' di approssimazione – che della forza di legge dispone la Costituzione e non la legge o gli atti che ne condividono la medesima forza. Più in superficie, poi, i Dpcm non portano il nome ordinanza, non sono adottati ai sensi dell'art. 25, d.lgs. n. 1 del 2018, non recano, tra i presupposti, il riferimento alla deliberazione dello stato di emergenza e non indicano quali disposizioni di legge intendono derogare. Inoltre, distingue lo strumento del Dpcm dalle ordinanze contingibili urgenti l'art. 3, commi 1 e 2, d.l. n. 6 cit., ove dispone che «nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 1, nei casi di estrema necessità ed urgenza le misure di cui agli articoli 1 e 2 possono essere adottate ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, dell'articolo 117 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, e dell'articolo 50 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267».

Ciò escluso, può anche ammettersi che l'atto che ha forza di legge, previa sospensione della legge vigente o autorizzazione alla sua deroga, possa consentire al Governo di provvedere temporaneamente nel caso straordinario con l'atto amministrativo legittimo, perché deve almeno rispettare il decreto-legge che lo autorizza, e più adeguato al caso concreto. È vero che l'art. 15, comma 3, della l. n. 400/1988 dispone che i «decreti devono contenere misure di immediata applicazione». Ma ciò non esclude che l'immediata applicazione possa implicare l'adozione di un atto amministrativo a valle. In ogni caso, la paramecricità dell'art. 15 rispetto ad un decreto-legge che la deroghi (o violi) è tutt'uno

⁷⁶ Così, invece, M. CAVINO, Covid-19. *Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it*, 2020, 5; parimenti, E. RAFFIOTTA, *La legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *Forum di BioLaw Journal*, 18 marzo 2020, 4, e M. LUCIANI, *il sistema delle fonti del diritto*, cit., 13, che qualifica i decreti emergenziali quali vere e proprie ordinanze derogatorie delle leggi vigenti, con la sola eccezione del decreto-legge che ne è la fonte legittimante. *Contra*, A. CARDONE, *La "gestione alternativa" dell'emergenza nella recente prassi normativa del Governo*, cit., 9, che esclude la riconducibilità dei Dpcm alle ordinanze *extra ordinem*.

con la questione, teorica e dogmatica, della giustiziabilità della superiorità – logico-strutturale – della norma che regola la produzione rispetto alla norma prodotta.

Il problema è, piuttosto, che qui la competenza del potere di eccezione incrocia le riserve di legge in materia di diritti di libertà⁷⁷. Ammesso che si tratti di riserve di legge materiale e non formale, alcune sono indubitabilmente riserve assolute, altre sono rinforzate e, con qualche incertezza, relative. Più precisamente, la libertà personale è, in un qualche modo, messa in gioco dalle previsioni della 'quarantena' o affini, che limitano la libertà fisica, il corpo, dell'individuo, fino a 'confinarlo' in un determinato luogo. Se così fosse, ne deriverebbe l'illegittimità costituzionale del dipolo decreto-legge/Dpcm, sia sotto il profilo della violazione riserva assoluta di legge che della riserva di giurisdizione. Potrebbe, però, obiettarsi che la libertà personale non c'entra, perché non si tratta, a rigore, di un atto coercitivo idoneo ad una degradazione giuridica dell'individuo, ma di un mero atto obbligatorio o, comunque, di misure che non riguardano la singola persona ma la «generalità dei cittadini», riconducibili quindi all'art. 16⁷⁸ o perché sono trattamenti sanitari ai sensi dell'art. 32, comma 1, nell'interesse della collettività. In quest'ipotesi, comunque, resterebbero i limiti alla libertà di circolazione «per motivi di sanità», se non anche di sicurezza, a quella di riunione e così via⁷⁹, apposti con un atto amministrativo che non ha neppure la forma regolamentare e che non è predeterminato nel contenuto dalla fonte primaria. Ma il principio di legalità sostanziale, inteso come determinatezza delle norme attributive del potere, che si può ricavare per lo meno dalle disposizioni costituzionali che contengono riserve di legge, impone che la misura sia sufficientemente definita, nella forma e nel contenuto,

⁷⁷ Per uno studio sistematico delle libertà fondamentali limitate R. CHERCHI, A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria Covid-19: prime riflessioni*, in *Diritti regionali. Rivista delle autonomie territoriali*, 2020, n. 1, 656 ss.

⁷⁸ Premonitrice la decisione della Corte costituzionale n. 2 del 1956, cui si riferisce il virgolettato, che ha escluso che la frase «limitazioni che la legge pone in via generale» dell'art. 16 si riferisca «a situazioni di carattere generale, quali epidemie, pubbliche calamità e simili. Tale interpretazione, che pure era affiorata durante i lavori dell'Assemblea costituente, è infondata e fu perciò respinta; la frase deve intendersi nel senso che la legge debba essere applicabile alla generalità dei cittadini, non a singole categorie».

⁷⁹ Potrebbe notarsi che, se si limita la libertà di circolazione, a rigore, non ha senso limitare quella di riunione, che non può darsi senza la possibilità di circolazione e che, dunque, se ci si riunisce si viola il preliminare divieto di circolazione. È vero che l'art. 17 dispone il limite dei comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica, ma solo per le riunioni in luogo pubblico e per le autorità di pubblica sicurezza. Quindi, per le riunioni in luogo privato o aperto al pubblico la limitazione è una conseguenza della limitazione della circolazione. Sul rapporto di presupposizione tra la libertà di circolazione e i diritti dell'art. 17 (e 19) F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, n. 1, 138.

nel decreto-legge⁸⁰. D'altronde, se il decreto-legge così avesse 'provveduto', non vi sarebbe stata l'utilità di allungare la catena normativa con il rinvio ai Dpcm.

Sotto questo profilo, la conclusione è l'invalidità costituzionale del decreto-legge n. 6/2020, della legge di conversione e del d.l. n. 19/2020 nella parte in cui ha fatto salvi gli effetti dei Dpcm sedicenti 'attuativi'. Si può obiettare che nell'emergenza non tutto è regolabile *a priori* con la fonte primaria. Ma, come già detto, quell'esigenza – il massimo del non regolabile che la Costituzione tollera – è specificamente soddisfatta nelle forme dell'art. 77. Quindi, nelle materie coperte da riserve di legge il decreto-legge non può limitarsi a sospendere la legge vigente e rimettere a un atto amministrativo, privo di forza di legge, la misura del caso concreto.

⁸⁰ *Ivi*, 136, ritiene invece che, per lo meno, le limitazioni alla libertà di circolazione discendono dalle fonti primarie, che stabiliscono regole sostanziali e in parte anche procedurali per la loro adozione, nel rispetto della riserva relativa di legge.