



Rivista N°: 2/2015
DATA PUBBLICAZIONE: 15/05/2015

AUTORE: Giancarlo Rolla*

PROFILI COSTITUZIONALI DELL'EMERGENZA

1. Considerazioni preliminari e delimitazione del tema. – 2. Il dibattito sul fondamento costituzionale dei poteri necessari. – 3. Il dibattito in Assemblea costituente sui poteri di emergenza. – 4. Gli effetti dell'emergenza sul sistema costituzionale: il delicato rapporto tra i poteri. – 5. Gli effetti dell'emergenza sul sistema costituzionale: la modificazione delle relazioni interistituzionali. – 6. Gli effetti dell'emergenza sul sistema costituzionale: l'incidenza sull'ordinario sistema delle fonti.

1. Considerazioni preliminari e delimitazione del tema

In termini essenziali si può ritenere che le situazioni di emergenza rappresentino dei fatti non rientranti in una fattispecie astratta, nei cui confronti si determina, comunque, una necessità giuridica a intervenire tempestivamente. Consistono in eventi parzialmente imprevedibili dall'ordine costituzionale e dal legislatore ordinario, che richiedono una deroga provvisoria all'ordinamento in vigore.¹ Il profilo qualificante di questa figura è, quindi, costituito dal carattere della temporaneità, nel senso che le deroghe introdotte all'ordinato fluire delle competenze e delle relazioni interistituzionali non abrogano il diritto vigente, ma vi derogano per un periodo limitato, strettamente necessario per fronteggiare la situazione di emergenza.

Se, invece, le deroghe introdotte nei rapporti tra i poteri costituzionali, nel sistema delle fonti o nella forma di Stato perdono la loro "naturale" transitorietà e tendono a stabilizzarsi lo scenario teorico cambia: occorre, in questo caso, richiamare la figura delle "modificazioni

* Ordinario di Diritto pubblico comparato nell'Università degli Studi di Genova. — rolla@unige.it

¹ Già, S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, 1969, 53 distingueva l'esercizio di poteri necessitati dal colpo di Stato sulla base del fatto che nel secondo caso l'alterazione dell'ordinamento costituzionale possedeva il requisito della stabilità, mentre nel primo si era in presenza di una deroga provvisoria all'ordinamento esistente.

Per ulteriori riferimenti si rinvia a G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, Milano, 2003; P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988, 106.

tacite della Costituzione”.² Essa consiste in alterazioni del disegno costituzionale che avvengono senza intaccare il testo delle disposizioni costituzionali, favorite da fonti fatto (come le convenzioni o le consuetudini), dalle fonti del diritto parlamentare o da interpretazioni innovative del dettato costituzionale. In questi casi, si determina una sorta di sviamento dalle intenzioni dei costituenti o di forzatura della “lettera” delle disposizioni, che si realizza gradualmente in sede di attuazione o di adattamento della Costituzione ai mutamenti storici o politici.

Nei regimi retti da Costituzioni flessibili la modificazione “tacita” della Costituzione rappresentava un elemento fisiologico del dinamismo dei sistemi costituzionali – si pensi, ad esempio, al passaggio dalla forma di governo costituzionale a quella parlamentare sotto la vigenza dello Statuto albertino - ; viceversa nel caso di Costituzioni rigide non tutte le modificazioni sono ammissibili ed occorre distinguere tra quelle che determinano un’integrazione delle disposizioni costituzionali e le altre che generano norme *contra constitutionem*. In quest’ultimo caso, la Costituzione formale rimane immutata, ma sono lese disposizioni o principi della Costituzione sostanziale.³

Siffatta distinzione è utile per interpretare alcune delle tendenze che stanno interessando il sistema costituzionale italiano come reazione alla crisi economica e finanziaria e ai vincoli posti dall’Unione europea: in relazione alle quale sarebbe, a nostro avviso, opportuno interrogarsi se si è in presenza di deroghe temporanee o di modificazioni tacite di alcune parti del nostro testo costituzionale.

In secondo luogo, occorre preliminarmente precisare che l’imprevedibilità che determina una condizione di emergenza rappresenta un elemento caratterizzante i fatti, le situazioni, le circostanze piuttosto che le misure necessarie per fronteggiarla prontamente e in modo efficace. Anzi, come meglio vedremo in seguito, una significativa tendenza del diritto costituzionale consiste nel ricondurre all’interno del principio di legalità i modi con i quali si possono instaurare deroghe all’ordinario assetto delle competenze e delle fonti. In questo modo, *extra ordinem* risultano le cause, piuttosto che i modi con cui fronteggiare l’emergenza.

Infine, l’esperienza registra un crescente ampliamento delle situazioni di emergenza prese in considerazione dall’ordinamento costituzionale. Storicamente esse erano identifica-

² Ha parlato di modifiche tacite della Costituzione, F. PIERANDREI, *La Corte costituzionale e le “modificazioni tacite” della costituzione*, in *Foro padano*, 1955, IV, col. 185 ss, all’interno di una riflessione circa il ruolo di garanzia che poteva essere assolto dalla neo istituita Corte costituzionale in presenza di atti o fatti normativi, di interpretazioni giurisprudenziali o di leggi costituzionali che risultassero non in armonia con lo “spirito” della Costituzione o meglio con i contenuti della costituzione sostanziale.

A sua volta, S. TOSI, *Modificazioni tacite della Costituzione attraverso il diritto parlamentare*, Milano, 1959,4 inizia il suo lavoro monografico definendo le modificazioni tacite come “il diverso atteggiarsi, nel corso del tempo, dell’ordine supremo dello Stato per atti o fatti che siano idonei a mutare variamente la funzione degli organi costituzionali, pur restando formalmente immutate le norme che li configurano”. Mentre S. PUGLIATTI, *Teoria generale e abrogazione degli atti normativi*, in *Scritti giuridici*, IV, Milano, 43 ss ha richiamato l’attenzione su quelle modificazioni che, pur non toccando il testo, influiscono sul suo contenuto normativo.

³ S. ROMANO, *L’instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, 1969, 53.

te essenzialmente nelle minacce all'integrità dello Stato (guerre, invasioni, secessioni) e all'ordine pubblico (disordini interni). Successivamente, l'esercizio di poteri "in deroga" è stato ritenuto legittimo con riferimento ad altri fenomeni come le calamità pubbliche, forme particolari di criminalità radicata in determinati territori,⁴ ovvero l'esigenza di "ristabilire la sicurezza della vita economica della nazione".⁵ Così come non vanno trascurati alcuni pregevoli tentativi classificatori, in base ai quali, ad esempio, si è distinto tra emergenze incidenti sull'ordine pubblico (guerra civile, sommosse, terrorismo), catastrofi naturali (terremoti, epidemie, disastri ecologici), emergenze economiche (crisi finanziarie e monetarie, industriali, occupazionali, acutizzarsi degli scioperi) o prodotte dalla criminalità organizzata.⁶

Mentre, in tempi più recenti la catalogazione delle possibili situazioni di emergenza si è arricchita di fenomeni determinati o acuiti dai processi di globalizzazione. Si è in presenza di fenomeni le cui cause e soluzioni trascendono l'ambito statale (come nel caso – ad esempio - delle emergenze ambientali, terroristiche o economiche). La loro origine di natura planetaria o sovranazionale impone misure suscettibili di incrinare non solo l'ordine costituzionale, ma lo stesso principio di sovranità dello Stato: infatti, i poteri necessari esercitati dai singoli ordinamenti sono "necessitati" da comportamenti e decisioni sovranazionali. In tal modo, s'incrina l'unitarietà dell'ordinamento giuridico generale e si sottopongono a rivisitazione le impostazioni dottrinali che presumono la completezza dell'ordinamento giuridico, la sua capacità di regolare ogni aspetto dell'attività pubblica e di essere l'unico regolatore della produzione giuridica.⁷

Certamente non è realistica una specificazione esauriente delle emergenze "ammisibili" nei diversi ordinamenti: il fenomeno, per quanto astrattamente prevedibile, non può essere "imbrigliato" entro criteri assoluti e nessuna classificazione - per quanto dettagliata - possiede un'effettiva capacità di previsione delle eventuali, future emergenze e delle misure necessarie per fronteggiarle adeguatamente. D'altra parte, la difficoltà di inquadrare il rapporto tra necessità e Stato di diritto, d'altra parte, è ben presente in dottrina: basti, in proposito, ricordare che lo stesso Mortati riteneva che il diritto, al determinarsi di situazioni di emergenza, non è in grado di imbrigliare i fatti, che non si può eliminare l'esigenza di invocare la necessità come fonte autonoma e legittimante l'esercizio di determinati poteri.⁸ Così come può essere richiamata l'osservazione di Enrico Guicciardi secondo cui "in ogni ramo della scienza del diritto esiste un certo numero di questioni che, nonostante ogni sforzo di penetrazione e di chiarimento, sembrano particolarmente restie a essere avviate verso una soluzione che possa, senza soverchio semplicismo o superficialità, ritenersi accettabile".⁹

⁴ F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell'ordinamento italiano*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, II, 515 ss.

⁵ Si veda, con riferimento al Regno unito G. MOTZO, *Assedio (stato di)*, in *Enciclopedia diritto*, vol. III, 252.

⁶ A. PIZZORUSSO, *Emergenza, stato di*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, 1993, 551 ss.

⁷ V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Torino, 1986.

⁸ L. CARLASSARE, *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, 1990, 481 ss.

⁹ E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1937, 265.

Inoltre, la possibilità di impostare una teoria sulla compatibilità tra l'esercizio dei poteri di emergenza e legalità costituzionale è complicata dai differenti atteggiamenti assunti dai sistemi costituzionali sulla base delle loro diverse tradizioni giuridiche. Basti evidenziare, ad esempio, che alcuni hanno scelto di specificare in Costituzione i differenti tipi di emergenza differenziando, di conseguenza, i poteri derogatori che possono essere esercitati;¹⁰ altri hanno preferito individuare le garanzie che debbono, in ogni caso, essere assicurate sia per quanto riguarda l'effettività dei diritti fondamentali, che con riferimento all'equilibrio tra i poteri.¹¹

Mentre non mancano ordinamenti che hanno intrapreso la via della "decostituzionalizzazione", demandando al legislatore ordinario o alla prassi la disciplina delle singole situazioni di emergenza.¹² Sembra appartenere a quest'ultimo tipo la soluzione prevalsa in Italia, dal momento che dal dibattito sviluppatosi in Assemblea costituente – condizionato dall'esperienza della Costituzione di *Weimar* -¹³ non emerse una chiara opzione tra le due "anime" presenti all'interno della seconda Sottocommissione, sintetizzabili nelle argomentazioni sviluppate rispettivamente dai costituenti La Rocca e Tosato. Il primo, favorevole a una regolazione costituzionale degli istituti utilizzabili nelle situazioni di emergenza (nello specifico si dibatteva attorno allo stato di assedio), riteneva che fosse opportuno prevedere e disciplinare l'istituto dello stato di assedio in funzione garantistica, "poiché il silenzio non distrugge la pratica". Il secondo, a sua volta, osservava che "la necessità non dà nessuna garanzia" per cui l'unico rimedio dovrebbe risiedere in "uomini politici responsabili".¹⁴

Sarà, quindi, il legislatore ordinario a prevedere con apposite disposizioni di legge ordinaria la disciplina derogatoria utilizzabile, ad esempio, in casi di calamità pubblica, di terrorismo o lotta alla mafia.

Pur scontando le problematiche sopra evidenziate, appaiono sommarie le posizioni di chi ritiene che "i libri di diritto costituzionale hanno poco da dire sui poteri d'emergenza",¹⁵ ovvero lamenta la scarsa attenzione dei costituzionalisti circa le "condizioni di ospitalità di uno spazio di emergenza nella Costituzione".¹⁶

¹⁰ È il caso, ad esempio dell'*Emergencies Act* canadese, della Legge fondamentale della Repubblica federale di Germania, della Costituzione del Portogallo

¹¹ Questa tecnica è particolarmente presente nelle Costituzioni dell'America Latina. Per alcuni esempi, si rinvia alla nota n.43.

¹² Si veda, *infra*, al paragrafo 3.

¹³ Secondo l'art.48 della Costituzione di *Weimar* "il presidente può prendere le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, quando essi siano turbati o minacciati in modo rilevante, e, se necessario, intervenire con la forza armata. A tale scopo può sospendere in tutto o in parte la efficacia dei diritti fondamentali stabiliti dagli articoli 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153. Di tutte le misure prese ai sensi dei precedenti commi il presidente deve senza indugio dare notizia al *Reichstag*. Le misure stesse devono essere revocate se il *Reichstag* lo richieda".

¹⁴ Un'attenta ricostruzione del dibattito costituente si deve a: B. CHERCHI, *Stato d'assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'Assemblea costituente*, in *Rivista trimestrale diritto pubblico*, 1981, 1121 ss.

¹⁵ I. BROMWILIE, *Interrogation in Dept: The Compton and Parker Report*, in *Modern Law Review*, 1972, 501.

¹⁶ M. GOLDONI, *La Repubblica delle emergenze. Il dibattito sui poteri eccezionali nel costituzionalismo*

Il contributo che si svilupperà nelle pagine successive si propone sia di ripercorrere i momenti più significativi del dibattito teorico sul rapporto tra necessità di fronteggiare situazioni di emergenza e salvaguardia della *rule of law*, sia di individuare all'interno del testo costituzionale – e dei stessi lavori costituenti – alcuni principi necessari a evitare che l'esercizio di poteri in deroga si insinuino nell'ordinario funzionamento del sistema costituzionale, intaccandolo nel suo complesso e incidendo in misura permanente sui meccanismi di tutela dei diritti fondamentali e sull'ordine costituzionale delle competenze normative. Conformemente all'idea, manifestata da un autorevole giurista, che dovrebbe essere la fonte costituzionale a conferire un fondamento legale ai casi di "rottura" della Costituzione.¹⁷

2. Il dibattito sul fondamento costituzionale dei poteri necessari

Compete alle Costituzioni sia procedere all'individuazione dei diritti fondamentali e alla determinazione dei loro meccanismi di tutela, sia definire i principi informatori l'ordinamento; tuttavia, non si può negare che l'ordinamento costituzionale possa contemplare, accanto alle regole anche la possibilità di deroghe alle stesse, qualora siano giustificate da esigenze superiori di interesse pubblico, ovvero dalla necessità di salvaguardare il carattere democratico e liberale di un assetto sociale,¹⁸ i fini fondamentali fissati dalla Costituzione.¹⁹

L'esercizio di poteri in deroga può costituire, in determinate circostanze, lo strumento necessario perché l'ordinamento possa realizzare le proprie finalità fondamentali. In questo caso, secondo il pensiero di un'autorevole dottrina, l'insorgere di situazioni di emergenza produce una "autorottura" o "sospensione" della Costituzione: nel primo caso si introduce una deroga alle disposizioni della Costituzione per singole fattispecie, apportata nelle forme e nei modi da essa prescritti; nel secondo si provvede attraverso atti eccezionali a fronteggiare situazioni transitorie di emergenza, senza incidere sulla vigenza delle norme generali che dispiegano i loro effetti una volta cessato il periodo della sospensione.²⁰

americano, cit., 425.

¹⁷ Vedi: C. ESPOSITO, *Costituzione, leggi di revisione della Costituzione e "altre" leggi costituzionali*, in *Raccolta di scritti in onore di C.A. Jemolo, III, Milano, 1963, 189 ss.*

¹⁸ In proposito sorge naturale un richiamo sia all'art.11 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (...l'esercizio di questi diritti non può costituire oggetto di altre restrizioni oltre quelle che, stabilite per legge, costituiscono misure necessarie in una società libera e democratica,...) ,sia all'art.1 della Carta canadese dei diritti e delle libertà (La Carta garantisce i diritti e le libertà che in essa sono enunciati. Non possono essere imposte restrizioni se non quelle imposte dalla legge, nei limiti della ragionevolezza e di cui si possa dimostrare la giustificazione nel quadro di una società libera e democratica)

¹⁹ Così, C. MORTATI, *Costituzione" (dottrina generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, 1961, 196.

²⁰ C. MORTATI, *Note sul rapporto tra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, in *Quaderni fiorentini*, 1973,516.

In ogni caso, tali deroghe devono trovare una fonte di legittimazione,²¹ la quale, secondo un diffuso orientamento dottrinale – in polemica con il pensiero di K.Schmitt che individuava un connotato essenziale della sovranità nella “capacità di decidere sullo stato di eccezione”-²² dovrebbe essere rinvenuta nell’ordinamento costituzionale e, in mancanza di una esplicita disciplina formale, in regole consuetudinarie ovvero nei principi generali della Costituzione. Ciò al fine di coniugare l’emergenza con il principio di legalità e di non confondere un diritto *extra ordinem* con l’assenza di ogni diritto.²³

Conseguentemente, hanno progressivamente perso consenso le posizioni, risalenti soprattutto alla fase liberale dello Stato, che si fondavano su di una giustificazione extra giuridica, ritenendo che i provvedimenti eccezionali scaturissero dalla “natura delle cose” e che la violazione dell’ordine legale fosse un “male necessario”, dal momento che i fini fondamentali dello Stato non potevano essere conseguiti nelle forme ordinarie.

In base a siffatta impostazione l’esercizio di poteri derogatori traeva legittimazione dall’esistenza di una condizione di “necessità politica”:²⁴ non a caso, alcuni dei più autorevoli studiosi della nozione di atto politico facevano rientrare tra questi ultimi quelli concernenti la sicurezza interna dello Stato, sia sotto il profilo dell’ordine pubblico, che con riferimento alla prevenzione delle epidemie e alle conseguenze sociali delle crisi economiche.²⁵ L’emergenza determinerebbe una situazione di illegalità “necessaria”, la quale – tuttavia - sarebbe giustificabile soltanto nel rispetto di determinate condizioni: come la temporaneità della deroga e la necessità di una sua sanatoria da parte del Parlamento, cioè dall’organo rappresentativo della sovranità popolare o nazionale.

Si può, in altre parole, sostenere che l’emergenza produce una situazione di fatto che si legittima *ex post*. E non è, forse, forzato trovare un’eco di questa impostazione nella stessa formulazione dell’art. 77 della Costituzione italiana, che qualifica il decreto legge come un “provvedimento provvisorio con forza di legge” che il Governo adotta sotto la propria responsabilità.²⁶

²¹ L’esigenza di un fondamento costituzionale era alla base anche della dottrina del periodo liberale, che aveva rinvenuto un fondamento statutario per le ordinanze di urgenza nell’art. 6 dello Statuto albertino, secondo cui il Re poteva sospendere e dispensare dall’osservanza delle legge, Si veda in proposito: A. CODACCI PISANELLI, *Sulle ordinanze di necessità*, in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, 98.

²² Tale posizione aveva indotto a supportare molti provvedimenti autoritari, come il decreto di emergenza per la difesa del popolo e dello Stato del 28 febbraio 1933 in Germania. Sul pensiero di Schmitt in merito si veda: L. ALBANESE, *Schmitt*, Bari, 1996.

²³ In tal senso, V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, 1917, 231.

²⁴ Si veda, ad esempio, G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Archivio diritto pubblico*, 1936, 377.

²⁵ Così, E.GUICCIARDI, *L’atto politico*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1937, 265 ss. Si veda anche: S.ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*, Milano, 1932, 231; O.RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934, 61; G. SIOTTO PINTOR, *Intorno al concetto di “potere politico”*, in *Foro Italiano*, 1927, 1077 ss.

²⁶ Non sono mancati autorevoli commenti della disposizione costituzionale che hanno considerato la decretazione di urgenza una “usurpazione” del monopolio legislativo delle assemblee parlamentari, sanabile solo attraverso una conversione in legge. Si vedano le puntuali osservazioni di: F. SORRENTINO, *La Corte costituziona-*

Di conseguenza, la dottrina meno risalente nel tempo ha fondato la legittimazione dei poteri necessari per fronteggiare situazioni di emergenza su presupposti differenti.

Si è fatto riferimento, ad esempio, ai principi generali dell'ordinamento, individuati, in genere, in un principio di "legittima difesa" - nella formula *salus reipublicae suprema lex* - o in una norma non scritta, indispensabile all'esistenza dello Stato, che ammette il ricorso temporaneo a misure atipiche per fronteggiare situazioni di necessità.²⁷ In particolare, anche negli ordinamenti a Costituzione rigida, si ritengono non solo ammissibili, ma anche opportuni interventi straordinari che siano finalizzati a proteggere l'ordine costituzionale da un pericolo grave e imminente: lo stesso Mortati riteneva che fossero "ammissibili tutte quelle deroghe le quali non contrastano con i fini della Costituzione, ma anzi tendano a salvaguardarli di fronte a eventi sopravvenuti, che senza una disciplina in deroga ne comprometterebbero la soddisfazione".²⁸

Altri autori si sono richiamati a regole ricavabili dal costume, dalla coscienza collettiva, dalla consuetudine: regole, cioè, che si legittimano attraverso il progressivo diffondersi nel tempo della convinzione collettiva della loro inderogabilità, fatti costitutivi di norme generali secondo il pensiero di Norberto Bobbio.²⁹

D'altra parte, lo stesso Santi Romano di un "diritto che scaturisce immediatamente e direttamente dalle forze sociali - ha considerato la consuetudine un "diritto che scaturisce immediatamente e direttamente dalle forze sociali,³⁰ una fonte che ha al pregio di razionalizzare le relazioni tra diritto e politica, tra diritto scritto e necessità politica, tra norme e fatti normativi.

Infine, ha avuto ampio seguito la posizione - sviluppata da autorevoli settori della dottrina pubblicista del primo novecento - che, nel tentativo di salvare il principio generale per cui ogni norma deve essere il prodotto di una fonte del diritto, si è richiamata alla teoria delle fonti. Di conseguenza, la necessità diviene una fonte autonoma di normazione, sia pure *extra ordinem*,³¹ o meglio una fonte sulla produzione delle norme.³²

Il richiamo a fatti che agiscono nell'ordinamento come fonti sulla (o di) produzione appare, tuttavia, eccessivamente indeterminato, sì da costituire una clausola generica: infatti, come è stato acutamente osservato, gli atti d'imperio ricevono un titolo di legittimazione, ma

le tra decreto legge e legge di conversione: spunti ricostruttivi, in *Diritto e società*, 1974, 506 ss.

²⁷ Così: G. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto costituzionale*, Torino, 1913, 579 ss.

²⁸ Così, C. MORTATI, *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, 1962, 188.

²⁹ Vedi: N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Torino, 2010.

³⁰ S. ROMANO, *Le prime carte costituzionali*, in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, 1969, 151 ss.

³¹ Si veda, per tutti: S. ROMANO, *Sui decreti legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Scritti minori*, I, Milano, 1951, 287 ss. Per più ampie considerazioni si rinvia a: A. CARDONE, *La "normalizzazione" dell'emergenza*, Torino, 2011.

³² Nel senso della necessità come fonte sulla produzione si veda: T. PERASSI, *Necessità e stato di necessità nella teoria dogmatica della produzione giuridica*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1917, 277 ss. Più recentemente, anche: G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza*, in *Nuovissimo dig. italiano*, XII, Torino, 1965, 90 ss.

non vengono definiti o delimitati.³³ Di conseguenza, nel tentativo di ricondurre (per quanto possibile) anche questa fonte nell'alveo generale del principio di legalità, si è spostata l'attenzione dalla fonte legittimante all'atto da essa prodotto: la prima sarebbe *extra ordinem*, mentre il secondo deve essere tipizzato.

Di conseguenza, la nozione di pieni poteri deve considerarsi estranea al vigente assetto costituzionale, dal momento che consente di conferire all'esecutivo una sorta di delega in bianco, che lo autorizza a esercitare in modo innominato "tutti i poteri" ad eccezione di quelli formalmente esclusi dall'atto di conferimento.³⁴ Lo stesso vale anche per la controversa nozione di poteri straordinari, che si riferisce ai casi in cui il Parlamento consente di adottare misure anche oltre i limiti della legge,³⁵ oppure il Governo, prescindendo da un'apposita delegazione parlamentare, si auto attribuisce determinate competenze.³⁶ Possiede, invece – come vedremo nel paragrafo seguente, una base costituzionale la possibilità di conferire con atto discrezionale del Parlamento i poteri di volta in volta necessari.

A conferma di questa linea di tendenza si può richiamare l'evoluzione costituzionale che interessato due fonti tradizionalmente accostate alle situazioni di necessità: le ordinanze e i decreti legge.

Il potere di ordinanza, esercitabile per tutelare alcuni beni primari della collettività minacciati da situazioni impreviste e bisognose di rimedi urgenti, è stato progressivamente circoscritto dal legislatore, sia in ordine ai presupposti, che in relazione ai settori materiali in cui si può manifestare. In particolare, le ordinanze del Sindaco possono essere adottate all'interno di un novero circoscritto di materie (sanità, igiene, edilizia, polizia locale); inoltre, devono essere adeguatamente motivate e la loro efficacia è limitata nel tempo, nel senso che non può protrarsi oltre il perdurare della situazione di necessità e di urgenza.³⁷

A sua volta, l'istituto del decreto legge – prescindendo al momento dalla profonda trasformazione funzionale che ha subito, deviando sia dall'esperienza prerepubblicana, che dalle stesse intenzioni dei costituenti - è stato oggetto di attenta disciplina costituzionale che, al fine di circoscrivere la discrezionalità del Governo, disponeva il suo carattere di eccezionalità, la provvisorietà dell'atto, l'assunzione di una responsabilità politica da parte del Governo, la necessità di una tempestiva convalida da parte del Parlamento. Siffatte premure erano motivate dalla consapevolezza che il ricorso alla decretazione di urgenza rappresenta una deroga al principio generale costituito dalla riserva al Parlamento dell'esercizio della funzione legislativa.

³³ Così: M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl.cass.civ.*, 1948, I, 389 ss.

³⁴ L. ROSSI, *I "pieni poteri"*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione*, 1937, 348.

³⁵ F. RACIOPPI, I. BRUNELLI, *Commento dello Statuto del Regno*, Torino, 1909, 177.

³⁶ C. LATINI, *Governare l'emergenza*, Milano, 2005, 112 ss. rinvia la sua origine normativa nella legge 21 marzo 1915, n. 273 (provvedimenti per la difesa economica e militare dello Stato) e nella legge 22 maggio 1915, n.671 che conferiva al governo del Re poteri straordinari in caso di guerra.

³⁷ Sui profili generali del potere di ordinanza: G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, op. et loc.cit. Per ulteriori riferimenti bibliografici si rinvia a: G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari, 2010.

In questi ultimi decenni si assiste a un atteggiamento nuovo da parte delle più recenti carte costituzionali che si propongono di ricondurre l'esercizio dei poteri connessi alle situazioni di emergenza all'interno di limiti e procedure regolate – più o meno dettagliatamente - dalle Costituzioni. Ne consegue che l'emergenza si “costituzionalizza”, modifica il proprio principio legittimante e si trasforma da potere *extra ordinem* a potere costituito, vincolato – quindi – al rispetto di alcuni principi costituzionali: come, ad esempio, quelli di legalità (le norme che li regolano ed i corrispondenti meccanismi di controllo debbono essere predeterminati), di temporaneità (la deroga deve durare per il tempo strettamente limitato alle esigenze della situazione e, comunque, non essere superiore ad un periodo massimo), di giustificazione (la deroga alle regole costituzionali deve essere motivata da situazioni di pericolo eccezionali, attuali o imminenti), di proporzionalità (deve sussistere un rapporto di coerenza tra la natura del pericolo e le misure adottate). Inoltre, devono essere, comunque, conservati alcuni diritti previsti dalla Costituzione o dai documenti internazionali ratificati dallo Stato.³⁸

In secondo luogo, è diffusa la tendenza a disciplinare con apposite norme le relazioni che nel corso degli stati di necessità (variamente denominati) debbono intercorrere tra gli organi costituzionali titolari dell'indirizzo politico – Parlamento, Capo dello Stato, potere esecutivo (e forze armate) - . L'esperienza comparata presenta, in genere, disposizioni che limitano temporalmente la vigenza dello stato di necessità, potenziano i compiti di controllo del Parlamento nei confronti dell'esecutivo e delle forze armate, riservano all'assemblea legislativa la competenza a reiterare lo stato di emergenza. In alcuni ordinamenti, inoltre, si prevede in senso garantistico che le determinazioni delle assemblee legislative siano assunte con maggioranze parlamentari qualificate.³⁹

In terzo luogo, i documenti costituzionali sottopongono l'esercizio dei poteri di emergenza o di necessità a limiti sostanziali: tra questi, merita una sottolineatura l'individuazione dei diritti fondamentali e delle garanzie che debbono, comunque, essere assicurati: ad esempio, nella Repubblica federale di Germania, la Legge fondamentale del 1949 dispone che non è possibile sospendere il diritto di associazione e di sciopero, né violare il principio di dignità o ledere il contenuto essenziale di un diritto fondamentale (fatta eccezione per le intercettazioni disposte per motivi di sicurezza o di difesa dell'ordinamento;⁴⁰ mentre la Costituzione spagnola prevede che rimangano comunque vigenti tutti gli ordinari ricorsi processuali e che non si debba alterare il normale funzionamento dei poteri costituzionali.⁴¹

³⁸ Si veda, per una ricostruzione del fenomeno: L. DESPOUY, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, México, 1999, 25 ss; G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, Bologna, 2004, 199 ss.

³⁹ Si veda, per tutte, la *section 37* della Costituzione del Sud Africa

⁴⁰ L'ordinamento costituzionale tedesco ha una disciplina organica della materia prevedendo sia gli stati di emergenza per la salvaguardia della sicurezza e dell'ordine pubblico – attraverso lo stato di difesa (art.115 L.F.) e lo stato di tensione (art.80 L.F.)- , sia il contrasto dei pericoli suscettibili di intaccare i caratteri liberali e democratici dell'ordinamento (art.91 L.F.): in questo ultimo caso, tra l'altro, consente di sciogliere le associazioni antidemocratiche, di chiedere al Tribunale costituzionale federale la dichiarazione di illegittimità dei partiti antisistema, di stabilire la perdita dei diritti fondamentali per coloro che li utilizzino allo scopo di combattere l'ordinamento democratico.

⁴¹ Si tratta, nello specifico, della legge organica 4/1981. In dottrina, si rinvia a:F. FERNANDEZ SEGADO, *El*

Così come va evidenziata l'importanza dell'art. 27 della Convenzione americana dei diritti dell'uomo, il quale vieta la sospensione di alcuni diritti inderogabili come la personalità giuridica, il diritto alla vita, all'integrità fisica, la proibizione della schiavitù, la libertà di coscienza e religiosa, i diritti politici, alla nazionalità e le garanzie giurisdizionali indispensabili per la loro protezione.⁴²

3. Il dibattito in Assemblea costituente sui poteri di emergenza

Una lettura superficiale dei lavori dell'Assemblea costituente potrebbe indurre a considerare la posizione dei costituenti irrimediabilmente datata, specie se confrontata con le più recenti codificazioni costituzionali.⁴³ Tale impressione può essere alimentata anche dal condizionamento che gli eventi storici hanno esercitato sul dibattito: nella memoria dei costituenti erano ben presenti i tragici effetti provocati dall'utilizzazione dell'art.48 della Costituzione di *Weimar*, il quale autorizzava il Presidente del *Reich*, in caso di grave pericolo, ad adottare le misure necessarie per ristabilire la sicurezza e l'ordine pubblico, ivi compreso l'utilizzo della forza e la sospensione temporanea di diritti fondamentali.⁴⁴

Indubbiamente tale ricordo è stato determinante nel coagulare all'interno dell'Assemblea costituente una maggioranza contraria, ad esempio, a regolamentare lo stato di allarme. Basta ricordare come nel corso dei lavori della Prima Sottocommissione una proposta normativa che – ispirandosi all'art. 19 della coeva Costituzione francese – prevedeva che i diritti assicurati in Costituzione possano essere sospesi con i limiti e le garanzie offerte dalla legge per un periodo di tempo limitato “quando la Repubblica è proclamata in pericolo” fu decisamente contrastata, proprio evidenziandone la pericolosità alla luce dei precedenti storici.⁴⁵

estado de excepción en el derecho constitucional español, Madrid, 1978; IDEM, *La ley organica de los estados de alarma, excepción y sitio*, Madrid, 1981; P. CRUZ VILLALON, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, 1984.

In chiave storica si veda: E. PALMA GONZALEZ, *El derecho de excepción en el primero constitucionalismo español*, Valladolid, 2000.

⁴² Si veda: L. DESPOUY, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, cit., 51ss. Si può ricordare, a titolo di esempio, che la Costituzione della Colombia stabilisce che le libertà fondamentali riconosciute dai trattati internazionali non possono essere intaccate durante lo stato di insurrezione (art. 212); che la Costituzione del Nicaragua salvaguarda durante gli stati di emergenza il diritto alla vita e diversi diritti riconducibili alla dignità ed all'integrità della persona umana (art. 185); mentre la Costituzione del Venezuela tutela durante gli stati di emergenza il diritto alla vita, ad un processo equo e vieta la tortura e atti di discriminazione (art. 337).⁴²

⁴³ In cui sono presenti diverse disposizioni finalizzate a regolamentare i modi di esercizio dei poteri necessari a contrastare gli stati di emergenza e di necessità.

⁴⁴ M. CARDUCCI, *Una “danza sull'orlo del vulcano”*, in *Costituzione di Weimar*, Macerata, 2008, XI ss; G. BOGNETTI, *Europa in crisi: due studi su alcuni aspetti della fine della III Repubblica francese e della Repubblica di Weimar*, Milano, 1991.

⁴⁵ B. CHERCHI, *Stato d'assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'Assemblea costituente*, in *Rivista trimestrale diritto pubblico*, 1981, 1121 ss.

Inoltre, la memoria del recentissimo passato ha rafforzato le posizioni contrarie ad attribuire al Capo dello Stato o al Governo autonomi poteri in caso di guerra, a favore della scelta di riservare la competenza in materia all'assemblea rappresentativa del popolo: tale orientamento era motivato alla luce "del grave crimine commesso nel 1940, quando l'intero popolo italiano fu trascinato alla rovina per decisione di un solo uomo".⁴⁶

Mentre il rifiuto di introdurre in Costituzione altre disposizioni, oltre all'art.78 Cost., inerenti agli stati di eccezione traeva giustificazione dal timore che il regolare tali fenomeni potesse legittimare comportamenti arbitrari da parte dell'esecutivo: emblematiche appaiono, in proposito, le parole del costituente La Rocca, il quale rammentò come l'unica Costituzione che parla dello stato d'assedio fu quella di Weimar e come l'applicazione di questo articolo "abbia spianato la via alla dittatura".⁴⁷

In definitiva, il "peso della storia" sembrò orientare i costituenti a non positivizzare le situazioni di emergenza: si tratta non di un silenzio critico teso a evitare la riproposizione dei modi in cui nel passato il potere esecutivo aveva esercitato i pieni poteri.

L'assenza di disposizioni esplicitamente dedicate alla disciplina degli stati di necessità non deve, tuttavia, indurre a negare che esistano in Costituzione alcuni criteri orientatori.

Innanzitutto, non può sfuggire il ruolo particolare che è stata attribuito al Parlamento: la sua qualità di organo direttamente rappresentativo della sovranità popolare viene valorizzata non solo nei momenti di ordinario funzionamento delle istituzioni, ma anche (e a maggior ragione) negli stati di eccezione. Rompendo con la tradizione monarchica che riservava al Capo dello Stato la competenza a dichiarare e a deliberare la guerra, il testo della Costituzione distingue il momento della formazione della volontà (la deliberazione) dalla fase della sua estrinsecazione (la dichiarazione): quest'ultimo potere è conservato in capo al Presidente della Repubblica, mentre il primo rientra tra le prerogative delle Camere. Si noti la non casuale ripetitività con la quale, dopo aver affermato all'art.78 Cost. che le Camere deliberano lo stato di guerra, si precisa al successivo art.87 Cost. che il Presidente della Repubblica "dichiara lo stato di guerra deliberato dalle Camere".

In secondo luogo, i costituenti si sono proposti di circoscrivere l'autonomia normativa dell'esecutivo. Nel corso del dibattito costituente si è precisato che il Parlamento dovrà accordare al Governo non pieni poteri, ma solo quelli ritenuti "necessari" per fronteggiare la situazione; si passa dall'esercizio di facoltà *extra ordinem* individuate liberamente dall'esecutivo alla necessità per quest'ultimo di svolgere attività individuate e autorizzate formalmente dalle Camere.

Si tratta di una formulazione di portata garantistica, dal momento che sottrae all'esecutivo la possibilità di auto assumere i poteri con cui fronteggiare una situazione eccezionale come la guerra e attribuisce al Parlamento il compito di delimitare le facoltà del Governo. Come è stato autorevolmente precisato in sede di commento all'art.78 Cost., la formula costituzionale (poteri necessari), essendo meno chiaramente definita di quella tradizionale

⁴⁶ Così Damiani nella seduta dell'8 marzo 1947.

⁴⁷ B. CHERCHI, *op.cit.*, 1131.

di “pieni poteri” (secondo cui possono essere esercitati tutti i poteri eccetto quelli formalmente esclusi), riconosce un’ampia valutazione discrezionale del Parlamento “cui spetta individuare le fonti normative e i tipi di misure che il governo può legittimamente esercitare”.⁴⁸

In dottrina si è anche dibattuto sull’ammissibilità di un’interpretazione estensiva dell’art.78 Cost. in grado di applicare le regole procedurali previste per la guerra anche alle varie situazioni di emergenza. In proposito, le posizioni appaiono divaricate, distinguendo tra chi propende per un’interpretazione restrittiva,⁴⁹ e chi appare favorevole a comprendere nella previsione costituzionale non solo la “guerra” in senso stretto, ma anche sommovimenti interni come la guerra civile e lo stato d’assedio.⁵⁰

In ogni caso, si deve – a nostro avviso – attribuire una portata di criterio generale al principio garantistico emergente dall’art.78 Cost. , inteso nel duplice senso per cui, da un lato, compete al Parlamento regolare le modalità di intervento dell’esecutivo e autorizzare i poteri necessari e, dall’altro lato, deve considerarsi esclusa ha escluso la competenza del Governo di esercitare pieni poteri.

4. Gli effetti dell'emergenza sul sistema costituzionale: il delicato rapporto tra i poteri

L’esperienza storica, l’esempio offerto dal diritto comparato e l’elaborazione dottrinale convergono nell’evidenziare come le situazioni di necessità producono non solo una compressione – più o meno incisiva - dei livelli di protezione dei diritti costituzionali, ma anche un’alterazione della forma di governo (per quanto concerne i rapporti tra Parlamento ed esecutivo), di Stato (con specifico riferimento alle relazioni interistituzionali all’interno degli ordinamenti federali e regionali) e del sistema delle fonti (a proposito dell’attribuzione della potestà normativa). Ciò in quanto si determina una concentrazione dei poteri decisionali che pone in crisi il principio della separazione dei poteri.

Per tale ragione, la gestione delle situazioni di emergenza può essere “tollerata” dagli ordinamenti democratici solo al realizzarsi di due essenziali condizioni. In primo luogo, la deroga alle regole costituzionali “ordinarie” deve essere provvisoria, limitata a un arco temporale circoscritto: d’altra parte, già Montesquieu affermava che ci sono situazioni in cui conviene “mettere, *per un attimo*, un velo sulla libertà, come si nascondevano le statue degli

⁴⁸ Così A. GIARDINA, *Art.78*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione*, Bologna,1979, 94 ss.

⁴⁹ P. GRASSO, *I problemi giuridici dello “stato di assedio” nell’ordinamento italiano*, Pavia, 1959,130 ss. Vedi del medesimo autore anche: *Necessità (diritto pubblico)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVII, 866 ss.

⁵⁰ F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell’ordinamento italiano*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano 1988, 513 ss; G. MOTZO, *Assedio (stato di)*, in *Encl.diritto*, III, Milano, 1958, 259.C. FRESA, *Provvisorietà con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, Padova, 1981,118.

Tale ipotesi è, invece, esclusa da B. Cherchi, il quale, sulla base di un’attento esame dei lavori costituenti, in particolare di quelli della prima sottocommissione, ipotizza la non possibilità di estendere la previsione costituzionale relativa allo stato di guerra a altre fattispecie. Vedi: B. CHERCHI, *Stato d’assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell’Assemblea costituente, op. et loc. cit.*

dei”.⁵¹ In secondo luogo, coerentemente con il principio di legalità, deve manifestarsi entro i vincoli posti in chiave garantistica dall’ordinamento: se la necessità e l’emergenza sono imprevedibili, non per questo i modi e gli istituti con cui intervenire debbono ritenersi assolutamente discrezionali.

Per quanto concerne l’alterazione che le situazioni di necessità producono nelle relazioni tra i poteri che concorrono a determinare la forma di governo, è sicuramente utile riflettere sul dibattito che sul punto aveva contrapposto Hamilton a Jefferson.

Il primo - considerando l’esecutivo un potere unitario, politicamente responsabile, in grado di agire energicamente e con rapidità- era favorevole ad attribuire a tale organo un complesso non determinato di “poteri impliciti” in grado di manifestarsi con particolare evidenza nelle situazioni di crisi; il secondo – pur riconoscendo l’ammissibilità di un’azione *extra legem* dell’esecutivo, se necessaria per l’autoconservazione e la salvezza del paese in pericolo – riteneva che tale azione dovesse essere comunque approvata *ex post* da parte del popolo (o meglio dei suoi rappresentanti).⁵²

I due autorevoli giuristi, pur nella diversità delle conclusioni, coglievano la centralità del problema, rappresentato dalla delicatezza del rapporto che nelle situazioni di emergenza contrappone l’esecutivo al Parlamento.

Indubbiamente, la necessità giuridica di intervenire sollecita l’adozione di misure e di procedure straordinarie: in questi casi, appare ragionevole attenersi alla regola generale per cui la decisione dovrebbe essere assunta dall’organo più idoneo ad intervenire con rapidità ed efficienza. Come è stato sostenuto, nell’equilibrio tra efficacia e rappresentatività è il primo obiettivo che deve essere valorizzato, con il conseguente rafforzamento dei poteri dell’esecutivo⁵³.

Tuttavia, l’esigenza di assumere decisioni rapide non può essere considerata un obiettivo assoluto, deve trovare un temperamento nei principi di ragionevolezza e di proporzionalità: nello specifico, si tratta di evitare che l’ampiezza delle deroghe all’ordinamento costituzionale ordinario superi il limite che il sistema considera tollerabile. Al fine di scongiurare questa evenienza, l’esercizio dei poteri necessari da parte dell’esecutivo dovrebbe essere bilanciato dalle prerogative che le Costituzioni assegnano alle assemblee rappresentative .

A questo proposito – con riferimento all’ordinamento italiano – il dibattito svoltosi attorno ai poteri necessari in stato di guerra e la stessa formulazione dell’art.78 Cost. offrono delle indicazioni di portata generale, valide per tutte le situazioni di emergenza. Qualora si intenda sottrarre i “poteri necessari” all’unilateralismo dell’esecutivo per armonizzarli con il

⁵¹ C.MONTESQUEU, *Lo spirito delle leggi*, Milano,1996,358. Per ulteriori considerazioni sulla naturale temporaneità delle situazioni di emergenza: G.MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., 158 ss.

⁵² Per maggiori riferimenti al dibattito si rinvia a: M.GOLDONI, *La Repubblica delle emergenze. Il dibattito sui poteri eccezionali nel costituzionalismo americano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2005,431 ss.

⁵³ G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., 336.

principio dei *checks and balances*, non si può escludere che anche in questi frangenti debba essere riservata al Parlamento una posizione di centralità.⁵⁴

Nella fattispecie, il ruolo dell'assemblea elettiva si dovrebbe manifestare muovendo dall'accettazione che il potere che gestisce la situazione di emergenza non sia lo stesso che la accerta o la dichiara. In altri termini, l'esecutivo non dovrebbe auto assumere poteri straordinari, i quali – come già riteneva una dottrina risalente nel tempo -⁵⁵ possono essere conferiti (o delegati) solo dal Parlamento. Inoltre, nelle forme di governo parlamentari, non sembra superabile il limite rappresentato dal principio generale per cui il Governo continua a essere responsabile dinanzi alle Camere.⁵⁶

Di conseguenza, dovrebbe sempre spettare alle assemblee elettive la competenza di accertare la situazione di emergenza, di precisare e circoscrivere i poteri “necessari” che il Governo può esercitare, di controllarne l'uso, di dichiarare la fine dello stato di necessità. La possibile reazione dell'ordinamento a una situazione di emergenza non può essere giustificata da uno stato di fatto, ma deve trovare, a nostro avviso, la sua legittimazione in un atto che non può non essere imputato all'organo che, all'interno del sistema costituzionale, è una diretta espressione della sovranità popolare.⁵⁷

Per quanto concerne il Capo dello Stato, la ricostruzione del suo ruolo all'interno di una forma di governo parlamentare non può trovare le stesse “certezze” degli studi sulla figura del Presidente nelle forme presidenziali o semipresidenziali, oppure del Capo dello Stato nelle monarchie parlamentari.

Nel sistema costituzionale italiano, la figura del Presidente della Repubblica non partecipa attivamente alla funzione di governo, né le sue competenze possono rientrare tra le garanzie costituzionali di cui al titolo VI della seconda parte della Costituzione.⁵⁸

Inoltre, la funzione di rappresentanza dell'unità nazionale che l'art. 87 Cost. riconosce non può sovrapporsi o contrapporsi con la rappresentanza popolare degli organi elettivi di cui all' art.1 Cost.: non può ipotizzarsi, in altri termini, un dualismo tra Capo dello Stato e assemblee rappresentative, in quanto – come è stato autorevolmente precisato – il Presidente della Repubblica non è un centro di decisione attivo, parallelo al Parlamento, mancando di una diretta investitura popolare.⁵⁹

D'altra parte, rispetto agli altri organi disciplinati nella seconda parte della Costituzione, il titolo II della Costituzione è sicuramente quello che registra la più ampia condizione di “elasticità” della Costituzione, dal momento che le limitate disposizioni formali debbono esse-

⁵⁴ Con riferimento all'emergenza del terrorismo: B. AKERMAN, *The Emergency Constitution*, in *Yale Law Journal*, 2004, 1029 ss.

⁵⁵ Ad esempio, F. CAMMEO, *Della manifestazione di volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in V.E. ORLANDO (cur.) *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, 1901, 199.

⁵⁶ Come opportunamente ricorda A. GIARDINA, *Art.78*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 110.

⁵⁷ C. FRESA, *Provvisorietà con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, Padova,1981, 120.

⁵⁸ Sulla funzione di garanzia del Presidente della Repubblica si veda: A. BALDASSARRE, *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo*, in *Rivista AIC*,1, 2011.

⁵⁹ V. CRISAFULLI, *Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia*, in *Stato, popolo, governo*, Milano, 1985, 172.

re costantemente integrate da convenzioni, consuetudini e prassi costituzionali. Infine, non si può sottovalutare che si è in presenza di un organo monocratico che risente più di altri del fenomeno della “personalizzazione del potere”: in altri termini, il profilo costituzionale dell’organo è definito non solo dalle attribuzioni formali contenute in Costituzione e dalle relative regole convenzionali, ma anche dalla personalità, dallo stile che contraddistingue l’attività delle persone elette a tale carica. Di conseguenza, di volta in volta, possono essere potenziate alcune attribuzioni, mentre altre risultano più defilate.⁶⁰

Tuttavia, pur con le difficoltà di inquadramento sinteticamente richiamate, non si può escludere che anche nelle forme di governo parlamentare il Capo dello Stato possa esercitare nelle situazioni di emergenza un ruolo attivo. Anzi, in occasione della recente crisi economica globale, aggravata dalle caratteristiche del nostro sistema politico, sembra trovare una qualche conferma l’orientamento - autorevole, ma in passato minoritario — secondo cui il Presidente della Repubblica si distinguerebbe dagli altri organi costituzionali per la capacità di assumere nei periodi di crisi costituzionale ampi poteri, sì da divenire l’effettivo potere governante.⁶¹

Quando insorgono situazioni potenzialmente in grado di mettere in pericolo la regolarità e la continuità dell’ordinamento costituzionale, spetta al Presidente della Repubblica intervenire nella sua qualità di rappresentante dell’unità nazionale e dell’unitarietà dello Stato sia per evitare che il sistema entri in crisi, sia per recuperare la regolarità del suo corso. A maggior ragione, in presenza di crisi patologiche non espressamente prese in considerazione dall’ordinamento – e, pertanto, prive di espliciti meccanismi istituzionali di soluzione – si dovrebbe attribuire all’organo monocratico “tutto lo spazio politico e costituzionale” necessario per evitare che una situazione di difficoltà istituzionale degeneri in una crisi di sistema.⁶²

Come è stato efficacemente precisato, in una “situazione complessa sul piano politico, economico, sociale, costituzionale, che fa temere un collasso dell’intero sistema politico-costituzionale” si determinerebbe la paralisi del sistema se non vi fosse un “punto fermo e sicuro” che possa agire ed intervenire: e questi dovrebbe essere individuato nella figura del Presidente della Repubblica.⁶³

⁶⁰ In generale: S. GALEOTTI, *Il Presidente della Repubblica: struttura garantistica o struttura governante?*, in *Scritti sulle fonti normative e altri temi di diritto pubblico. In onore di V. Crisafulli*, II, Padova, 1985, 277 ss.; S. LABRIOLA, *Il Presidente della Repubblica*, Padova, 1986; M. LUCIANI, *Il Presidente della Repubblica*, Bologna, 1997; M. FIORILLO, *Il Capo dello Stato*, Bari, 2002; M. SICLARI, *Il Presidente della Repubblica italiana nelle recenti esperienze costituzionali: aspetti problematici*, Napoli, 2013; G. SCIACCA, A. BALDASSARRE, *Il Presidente della Repubblica nell’evoluzione della forma di governo*, Roma, 2011; V. LIPPOLIS, G. SALERNO, *La Repubblica del Presidente: il settennato di Giorgio Napolitano*, Bologna, 2013.

⁶¹ Vedi, per tutti: C. ESPOSITO, *Capo dello Stato*, in *Encl. diritto*, VI, Milano, 1960, 237.

⁶² G.U. RESCIGNO, *Il Presidente della Repubblica e le crisi del sistema*, in A. BALDASSARRE, G. SCACCIA (cur.), *Il Presidente della Repubblica nell’evoluzione della forma di governo*, Roma, 2011, 89 ss.

⁶³ G.U. RESCIGNO, *Il Presidente della Repubblica e le crisi del sistema*, op. et loc. cit. D’altra parte lo stesso autore ha più volte manifestato l’avviso che il Capo dello Stato goda non solo dei poteri espressamente attribuiti, ma anche di poteri di fatto che “riesce a conquistarsi senza violare le leggi e la Costituzione, ... e cioè usando della sfera di libertà che ogni soggetto politico possiede in misura più o meno larga”. Si veda anche, G.U. RESCIGNO, *Il Presidente della Repubblica*, in *Commentario alla Costituzione a cura di G. Branca*, Bologna, 1978, 145.

D'altra parte, l'ipotesi – considerata meramente teorica al momento in cui l'autore scriveva – secondo la quale nei casi in cui i rimedi contro le crisi canonizzati in testi costituzionali non possono trovare attuazione, dovrebbe spettare al Capo dello Stato di “sostituirsi al Parlamento e provvedere con ministri da lui nominati e godenti della sua fiducia”⁶⁴, non appare oggi del tutto fantasiosa. Tuttavia, la radicalità di siffatta impostazione, deve essere temperata dalla considerazione che il Presidente della Repubblica “sopravanza le altre istituzioni costituzionali per posizione, ma non per le funzioni”, nel senso che non può operare al di fuori del contesto parlamentare delineato dalla Costituzione,⁶⁵ e che la possibile trasformazione dei suoi poteri da formali a sostanziali deve risultare necessariamente transitoria.

Più sfuocata si presenta, infine, la riflessione circa il ruolo degli organi di giustizia costituzionale durante le situazioni di emergenza. A parziale giustificazione di siffatta difficoltà di inquadramento si potrebbe addurre che l'esercizio dei “poteri necessari” – al pari dei c.d. “atti politici” - sfugge alle ordinarie forme di scrutinio poste in essere dai giudici (comuni e costituzionali), rientra nell'ampia discrezionalità degli organi di indirizzo politico: per cui l'intervento della giurisdizione si può manifestare all'interno del rapporto tra discrezionalità politica e “imperio della Costituzione”, consistendo – secondo le parole della *Corte suprema de justicia de la Nación* dell'Argentina- nella verifica se i provvedimenti di emergenza siano conformi a criteri di razionalità e proporzionalità.⁶⁶

In proposito, è interessante notare come, con riferimento ai due fenomeni attualmente suscettibili di incidere in modo significativo sul c.d. “diritto di eccezione” (il terrorismo globale e l'internazionalizzazione delle crisi finanziarie), i Tribunali costituzionali hanno ricercato un accomodamento tra la discrezionalità del potere esecutivo e legislativo e la vincolatività dei principi costituzionali secondo modalità differenti.

Nel valutare la normativa derogatoria introdotta in numerosi paesi per contrastare i molteplici fenomeni di terrorismo,⁶⁷ il parametro costituzionale di riferimento è stato individua-

⁶⁴ C. ESPOSITO, *Capo dello Stato*, op. et loc. cit.

⁶⁵ G.U. RESCIGNO, *Capo dello Stato e forma di governo*, in *Il pensiero costituzionalistico di Carlo Esposito*, Milano, 1993, 110.

⁶⁶ Sentenza 29 dicembre 1990 e 5 marzo 2003, in *Corte suprema de justicia de la Nación*, *Emergencia economica*, II, Buenos Aires, 2009, 46 e 135 ss.

⁶⁷ In Francia, ad esempio, la normativa antiterrorismo ha consentito di ampliare la durata della detenzione preventiva, di procedere a controlli sistematici dell'identità delle persone, di ricevere informazioni tecniche relative alle utenze telefoniche o internet.

Nel Regno Unito, la prima legislazione antiterrorismo, rivolta essenzialmente contro le azioni terroristiche in Irlanda, consentiva al Ministro per l'Irlanda del Nord e alle forze di sicurezza di limitare la libertà di espressione e di circolazione, l'inviolabilità del domicilio e delle comunicazioni, i diritti di riunione e associazione; inoltre, sospendeva alcune garanzie giurisdizionali come l'*habeas corpus*. Successivamente, con l'approvazione del *Terrorism Act* del 2000 divennero permanenti alcune misure contro le organizzazioni terroristiche – come, ad esempio, lo scioglimento e la confisca dei beni o specifici poteri di limitazione della libertà personale da parte degli organi di polizia-, ma in compenso tutti questi provvedimenti dovevano essere sottoposti a controlli amministrativi (da parte di autorità indipendenti) e giurisdizionali. Ulteriori deroghe furono, poi, introdotte dall' *Anti-terrorism Crime and Security Act* del 2001, che consentiva alla polizia di sottoporre le persone che sono sospettate di tenere rapporti

to nella salvaguardia dei diritti fondamentali. Lo scrutinio dei giudici costituzionali si è appuntato, in particolare, nella valutazione della misura in cui un'indubitabile esigenza di sicurezza possa determinare una compressione di importanti garanzie sostanziali e processuali: in particolare, si è cercato di instaurare un equilibrio tra la necessità, da un lato, di facilitare l'attività di indagine e di prevenzione degli organi dello Stato e la salvaguardia, dall'altro lato, della libertà personale e di circolazione, della segretezza delle comunicazioni, della presunzione di innocenza, del diritto di difesa e della garanzie processuali.⁶⁸

È importante notare che gli orientamenti giurisprudenziali sono risultati sostanzialmente omogenei: se, per un verso, i giudici hanno giustificato le finalità perseguite con tali deroghe, individuandole nell'obiettivo di salvaguardare valori supremi dell'ordinamento; per un altro verso, sono apparsi concordi nel ritenere che l'applicazione di tali disposizioni dovesse avvenire nel rispetto dei criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, senza atteggiamenti discriminatori e salvaguardando – in ogni caso – la competenza dei giudici a controllare gli atti del potere esecutivo restrittivi dei diritti degli individui.

Di conseguenza, nel Regno Unito la Camera dei Lord ha precisato che i provvedimenti derogatori previsti dalla legislazione antiterrorismo, pur giustificati, dovevano comunque prevedere il controllo da parte dei giudici e il rispetto del principio di eguaglianza, evitando discriminazioni nel trattamento.⁶⁹ A sua volta la Corte suprema del Canada ha dichiarato l'incostituzionalità delle disposizioni che limitano l'utilizzazione delle regole processuali in

con le organizzazioni del terrorismo internazionale a detenzione per tempo indefinito e senza le ordinarie garanzie giurisdizionali (in deroga quindi, allo *Human Rights Act*). Anche negli Stati Uniti d'America, il *Patriot Act* del 2001 ha autorizzato il potere esecutivo ad attuare una penetrante limitazione delle libertà individuali (soprattutto, di comunicazione, personale, alla riservatezza) e delle garanzie processuali con finalità di prevenzione di attentati terroristici: in particolare, ha determinato una sostanziale riduzione delle condizioni di ammissibilità dei ricorsi di *habeas corpus*.

Infine, può essere interessante richiamare la strategia legislativa adottata dal Canada per contrastare il terrorismo. Da un lato, con lo *Anti-terrorism Act*, furono introdotte nuove fattispecie di reato connesse al terrorismo (finanziamento di attività terroristica, delitto di partecipazione alle attività di gruppo terrorista), fu ammesso l'arresto preventivo da parte della polizia e delle forze di intelligence per prevenire azioni terroristiche, si è introdotto per ogni persona in grado di fornire informazioni utili per le indagini l'obbligo di comparire innanzi ad un giudice, si è consentito di intercettare senza motivazione le comunicazioni (tra privati e di stranieri verso l'estero).

Si tratta, come emerge dalla mera enunciazione delle deroghe previste, di limitazioni significative dei diritti costituzionali – spesso anche più incisive di quelle previste dalla normativa sugli stati di emergenza o di eccezione – che ampi settori della dottrina hanno valutato criticamente sia per la loro pervasività, sia in quanto, non essendo necessariamente soggette a limiti temporali, finiscono per perdere il carattere della straordinarietà e temporaneità

⁶⁸ Si veda, per una ricostruzione generale delle differenti realtà: J. PEREZ ROYO, M. CARRASCO DURAN, *Terrorismo, democrazia y seguridad en perspectiva constitucional*, Madrid, 2010; A. BENAZZO, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Torino, 2004; T. GROPPI (cur.), *Democrazia e terrorismo*, Napoli, 2006; P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e Costituzioni democratiche*, Bologna, 2006; B. ACKERMAN, *Prima del prossimo attacco*, Milano, 2008.

⁶⁹ Vedi: B. RODRIGUEZ RUIZ, *Entre la soberanía parlamentaria y los derechos humanos: seguridad y política antiterrorística en el Reino Unido*, in J. PEREZ ROYO, M. CARRASCO DURAN (coord.), *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, cit., 113 ss.

materia di “giusto processo”,⁷⁰ mentre la Corte suprema degli Stati Uniti, ha affermato che deve essere assicurato a tutti i detenuti lo stesso livello di tutela senza discriminare sulla base dello *status civitatis*.⁷¹

Viceversa, nel contesto europeo, la salvaguardia del principio di legalità nei casi di emergenza economica e finanziaria impone ai giudici costituzionali di valutare non solo se la spesa pubblica finalizzata a rendere effettivi i diritti “che costano” (quelli sociali in particolare) sia compatibile con i vincoli posti dall’Unione europea e dalla costituzionalizzazione dell’equilibrio di bilancio, con conseguenti limiti per il ricorso all’indebitamento,⁷² ma anche in che misura l’inevitabile esigenza di rafforzare i poteri centrali sia compatibile con il generale principio di autonomia delle comunità territoriali che caratterizza gli ordinamenti federali e regionali.

Si considerino, ad esempio, le significative modificazioni nella distribuzione delle competenze tra i livelli istituzionali che la crisi della finanza pubblica ha prodotto in Italia. La crescente necessità di controllare la spesa pubblica ha ampliato le competenze statali e incrementato la capacità di coordinamento e di direzione; sono state numerose le opportunità che il Governo e il Parlamento hanno avuto di comprimere la discrezionalità decisionale delle Regioni in settori importanti di rilievo sociale ed economico. Tuttavia, la Corte costituzionale, intervenendo in qualità di “arbitro” del corretto riparto delle competenze tra i livelli istituzionali, ha sostanzialmente giustificato siffatte prassi, favorendo il suo trasformarsi in tendenza.⁷³

Il giudice costituzionale italiano, preoccupato di evitare che la capacità autonoma di spesa delle Regioni e degli enti locali possa allontanare gli obiettivi di finanza pubblica, ha riconosciuto con una giurisprudenza costante la competenza del legislatore statale a imporre vincoli alle politiche di bilancio delle Regioni e degli enti locali, a limitare l’autonomia di spesa degli enti decentrati, a porre limiti complessivi alla crescita della spesa corrente anche in settori materiali rientranti nella competenza concorrente o residuale delle Regioni. Una giurisprudenza che potrebbe divenire assai più incisiva e sistematica con l’introduzione come parametro di costituzionalità della nuova formulazione dell’art.81 Cost. e con la riserva allo Sta-

⁷⁰ T. GROPPI, *Dopo l’11 settembre la via canadese per conciliare sicurezza e diritti*, in *Quaderni costituzionali*, 2005, 572 ss.

⁷¹ C. BASSU, *La legislazione antiterrorismo e la limitazione della libertà personale in Canada e negli Stati Uniti*, in, *AIC, Anticipazioni*.

⁷² Una riflessione sulla portata della revisione costituzionale dell’art.81 Cost. si trova in: AA.VV., *Il principio dell’equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012*, Milano, 2014. Vedi anche: V. LIPPOLIS-N. LUPO-G.M. SALERNO-G. SCACCIA (a cura di), *Costituzione e pareggio di bilancio*, Napoli, 2012; T.F. GIUPPONI *Il principio costituzionale dell’equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, in *Quaderni cost.*, 2014, 51 ss; R. DICKMANN, *Governance economica europea e misure nazionali per l’equilibrio dei bilanci pubblici*, Napoli, 2013.

⁷³ Sul possibile ruolo della Corte costituzionale come “guardiano” del bilancio: G. SALVEMINI (a cura di), *I guardiani del bilancio. Una norma importante ma di difficile applicazione: l’art. 81 della Costituzione*, Venezia, 2003; S. MANGIAMELI, *Crisi economica e distribuzione territoriale del potere politico*, in *Rivista AIC*, 2013, n. 4; P.F. LOTITO, *La manovra di bilancio: atti di finanza pubblica, rapporti tra organi e ruolo della Corte costituzionale*, in *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto. Le prospettive della giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2001; M. BENVENUTI, *Brevi considerazioni intorno al ricorso all’argomento della crisi economica nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, 969 ss.

to della competenza esclusiva in tema di coordinamento della finanza pubblica: tali revisioni costituzionali potrebbero consentire al giudice costituzionale di far prevalere in sede di ponderazione la normativa di bilancio su quella attributiva di competenze.

Tuttavia, va riconosciuto che il giudice costituzionale ha cercato di equilibrare l'assolutezza di tale affermazione⁷⁴, temperandola con il richiamo al criterio della "leale collaborazione": a tal fine, ha sollecitato il legislatore ad adottare alcuni accorgimenti, come la ricerca di preventive intese con le Regioni, l'utilizzazione della fonte legislativa piuttosto che di quella amministrativa, la produzione di una normativa di principio piuttosto che di dettaglio.

5. Gli effetti dell'emergenza sul sistema costituzionale: la modificazione delle relazioni interistituzionali

Nei sistemi economici e sociali conformati dalla globalizzazione e dalla istituzionalizzazione di ordinamenti sovranazionali geograficamente circoscritti gli stati di emergenza economica determinano una significativa accentuazione dei limiti alla sovranità statale. Il fenomeno che si produce nelle crisi economiche globali favorisce un accentramento delle sedi decisionali con un correlato indebolimento dei livelli intermedi: dello Stato nei confronti degli organismi sovranazionali, dei livelli territoriali decentrati rispetto allo Stato.

Con riferimento al testo della Costituzione italiana può essere interessante notare che la formulazione dell'art.11 Cost. – "l'Italia..consente ..alle limitazioni di sovranità necessarie" – riprende un'espressione presente anche nell'art. 78 Cost. – "le Camere...conferiscono al Governo i poteri necessari -: in entrambe le ipotesi si utilizza l'espressione "necessario", si fa riferimento a una clausola dal contenuto giuridico mutevole, la quale autorizza a seconda delle concrete situazioni una riduzione o accentuazione dei limiti alla sovranità. Se tale confronto non sembra arbitrario si può ritenere che come nelle situazioni di emergenza interna è possibile accentuare i poteri dell'esecutivo, così nelle emergenze di natura sovranazionale o globale trovano un fondamento costituzionale i "vincoli" posti dalle istituzioni sovranazionali e comunitarie.

Concentrandosi – coerentemente con le intenzioni limitate del presente lavoro – sugli istituti che l'ordinamento mette a disposizione dello Stato, va considerato che gli interventi anticrisi, per essere efficaci, devono ispirarsi a criteri unitari e riguardare tutto il territorio in modo che il sistema possa funzionare come un tutt'uno e possa essere riconosciuto– secondo le parole del giudice costituzionale spagnolo - come "*la totalidad de la organización jurídico-política de la Nación*".⁷⁵

⁷⁴ Per una ricognizione in ambito europeo si veda: P. VIPIANA (cur.), *Tendenze centripete e centrifughe negli ordinamenti statali dell'Europa in crisi*, Torino, 2014. Si veda anche, con riferimento al regionalismo italiano: W. NOCITO, *Dinamiche del regionalismo italiano ed esigenze unitarie*, Milano, 2011; C. DI MARCO, L. SCIANNELLA, *Dalla Repubblica delle autonomie ad un nuovo (e indefinito) accentramento dei poteri nello Stato*, Napoli, 2014.

⁷⁵ Si veda: STC 28 luglio 1981,n.32. In dottrina, per tutti: FOSSAS, *Il principio unitario come riserva di competenza allo Stato centrale secondo la giurisprudenza costituzionale*, in (G. ROLLA cur.) *La definizione del principio unitario negli ordinamenti decentrati*, Torino, 2003, 133 ss.

Essi, di norma, non sono ricercati “al di fuori della Costituzione”, ricorrendo a fonti *extra ordinem*, ma vengono individuati tra gli istituti previsti per affermare la natura unitaria degli ordinamenti federali e regionali. Si assiste, quindi, all'utilizzazione intensiva dei diversi tipi di clausole a salvaguardia del principio unitario, a un'utilizzazione incisa del potere sostitutivo, a un'interpretazione estensiva delle materie riservate allo Stato.

È il caso, ad esempio, della possibilità di ricorrere nelle materie non riservate esclusivamente alla competenza delle comunità territoriali alla clausola della “prevalenza del diritto federale” (o statale) su quello decentrato;⁷⁶ così come sono numerose le disposizioni che riservano allo Stato l'esercizio di poteri impliciti finalizzati a salvaguardare l'unità politica, economica e giuridica del sistema costituzionale.⁷⁷ Si possono richiamare anche le numerose clausole riconducibili al dovere di solidarietà tra i territori e all'eguaglianza nel godimento dei diritti fondamentali, che autorizzano i Parlamenti e i governi nazionali a intervenire per redistribuire le risorse.⁷⁸

⁷⁶ Presente, ad esempio, nell'art.VI della Costituzione degli Stati Uniti d'America che qualifica le leggi degli Stati Uniti come leggi supreme del paese, nell'art. 109 della Costituzione australiana che considera invalide le disposizioni statali contrarie ad una legge del *Commonwealth*, nell'art.31 della Costituzione della Repubblica federale di Germania secondo il quale il diritto federale prevale sul diritto del *Land*, negli artt. 5 e 31 della Costituzione argentina i quali statuiscano la supremazia dell'ordinamento federale rispetto a quello provinciale. Mentre, a sua volta, l'art. 149 della Costituzione spagnola dispone che, nelle materie non rientranti nella competenza esclusiva delle Comunità autonome, le norme dello Stato prevarranno, in caso di conflitto, su quelle regionali

⁷⁷ Oltre che negli Stati Uniti d'America – ove spicca sia l' *interstate commerce clause*, sia la previsione dell'art. I, *section 8* che riconosce al Congresso il potere di approvare tutte le leggi che ritenga “*necessary and proper*” per dare attuazione alle proprie competenze - poteri impliciti riconducibili all'esigenza di unitarietà del sistema si rivengono, ad esempio, nella competenza statale di intervenire per garantire l'unità economica e monetaria (Belgio), per “*cubrir el presupuesto*” (Messico), per promuovere un equilibrio socio-economico tra gli Stati (Brasile), per finanziare attività o intervenire in funzione di riequilibrio in materie rientranti nella competenza esclusiva delle Province (Canada), per assicurare lo sviluppo armonico all'interno delle diverse Province (Argentina).

⁷⁸ Si pensi, ad esempio, all'art.72 della Costituzione tedesca che autorizza lo Stato federale a legiferare (in materie ordinariamente di competenza dei *Länder*) allorchè una disciplina legislativa federale sia necessaria per creare su tutto il territorio federale condizioni di vita analoghe ovvero per preservare l'unità giuridica ed economica nell'interesse generale dello Stato; all'art.138 della Costituzione spagnola, il quale attribuisce allo Stato il compito di assicurare la realizzazione effettiva del principio di solidarietà e di garantire un equilibrio economico “*adecuado y justo*” tra le diverse parti del territorio . Mentre in Canada il *British North America Act, 1867* riconosce alla Federazione la competenza di intervenire anche nelle materie riservate alle Province, allorchè ciò sia necessario per assicurare *peace, order and good government in Canada*.

Per quanto concerne, infine, il sistema costituzionale italiano possiamo ricordare gli inderogabili doveri di solidarietà politica, economica e sociali richiamati dall'art.2 Cost. ovvero il principio di solidarietà che ispira l'art.119 Cost., specie per quanto concerne la ripartizione delle risorse tra i diversi livelli istituzionali e tra le diverse comunità politiche. Per ampi riferimenti alla dottrina italiana si rinvia a: P. MASALA, *La tutela dei diritti sociali negli ordinamenti di tipo composto tra uniformità e differenziazione*, Pisa, 2014. In merito all'ampio dibattito che si è sviluppato nel tempo in Spagna, si veda: E. ALVAREZ CONDE, *Solidariedad*, in *Diccionario del sistema político español*, Madrid, 1984, 854 ss; J.M. BANO LEON, *Las autonomías territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*, Madrid, 1988; J. PEMAN GAVIN, *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Zaragoza, 1992; J. GARCIA ROCA, *Asimetrías autonómicas y principio constitucional de solidaridad*, in *Revista vasca de administración pública*, 1997, 45 ss; E. AJA, *L'eguaglianza dei diritti in Spagna. Con particolare riferimento alla competenza dello Stato di regolare le condizioni fondamentali che garantiscono l'eguaglianza dei*

Così rientra tra i poteri statali esercitabili con finalità unitarie l'istituto del potere sostitutivo. Inizialmente previsto con espressione dell'attività di controllo, è divenuto progressivamente uno strumento al quale lo Stato può ricorrere per assicurare il perseguimento di un interesse generale, per sopperire all'eventuale inerzia degli altri livelli istituzionali nell'attuazione degli obblighi comunitari e internazionali, ovvero per salvaguardare interessi unitari, come l'unità giuridica e economica dello Stato.⁷⁹

Infine – come testimonia ampiamente l'esperienza dell'Italia, - lo spostamento dei poteri decisionali a favore dell'autorità centrale risulta agevolata dalla struttura linguistica delle materie attribuite alla potestà normativa (legislativa e regolamentare) dello Stato e delle Regioni: ad esempio, la riserva alla potestà esclusiva dello Stato di importanti materie c.d. "trasversali" – cioè suscettibili di limitare il complesso delle competenze regionale - consente allo Stato di "espropriare" nelle situazioni di emergenza economica e finanziaria molti profili dell'iniziativa regionale.⁸⁰

È indubbio (e forse "naturale") che le situazioni di necessità enfatizzino i poteri dello Stato a scapito della ripartizione verticale delle competenze; d'altra parte, l'autonomia delle comunità territoriali rappresenta una figura poliedrica il cui contenuto varia in ragione di diversi elementi: tra cui la posizione istituzionale del soggetto, l'attività giuridica attraverso la quale si manifesta, i rapporti che regolano la sua attività nei confronti degli altri soggetti dell'ordinamento. Si è in presenza, in altri termini, di una nozione di relazione (definibile soltanto sulla base della concreta determinazione delle funzioni e del riparto delle competenze) e dai contenuti non assoluti (variabili alla luce delle limitazioni poste dalle diverse fonti).⁸¹

Tale fenomeno, tuttavia, deve incontrare dei limiti sostanziali e di natura procedurale, pena determinare un'alterazione dei principi su cui si reggono gli ordinamenti costituzionali propri del costituzionalismo. Un limite sostanziale consiste nel fatto che gli interventi per fronteggiare situazioni di necessità non possono produrre un'alterazione dell'organizzazione costituzionale sotto il profilo della forma di governo o di Stato. Nel primo caso, ad esempio, va evitato che nei sistemi parlamentari si incrina il principio della responsabilità politica del Governo dinanzi alle Camere; mentre per quanto concerne la forma di Stato, gli elementi qualificanti la nozione costituzionale di autonomia non possono essere compromessi nella loro sostanza,⁸² né si possono genericamente sospendere le disposizioni costituzionali inerenti alla ripartizione delle competenze tra i livelli istituzionali.⁸³ Inoltre, tutte le alterazioni del si-

cittadini, in (G. ROLLA cur.) *La definizione del principio unitario negli ordinamenti decentrati*, cit., 163 ss;

⁷⁹ V. TAMBURRINI, *I poteri sostitutivi statali: tra rispetto dell'autonomia regionale e tutela del principio unitario*, Milano, 2012.

⁸⁰ Per considerazioni generali circa l'incidenza dell'emergenza economica sull'autonomia costituzionale delle Regioni si rinvia a: S. MANGIAMELI, *Le Regioni italiane tra crisi globale neocentralismo*, Milano, 2013.

⁸¹ Vedi: G. ROLLA, *L'autonomia delle comunità territoriali*, Milano, 1978, 35 ss.

⁸² Tali elementi sono riconducibili, a nostro avviso, nel principio dispositivo, partecipativo, di garanzia, di sufficienza delle risorse. Per maggiori specificazioni si rinvia a: G. ROLLA, *L'autonomia delle comunità territoriali*, op. et loc. cit.

⁸³ Una posizione simile è stata autorevolmente sostenuta, sia pure in sede di commento dell'art. 78 Cost., da: A. GIARDINA, *Art. 78*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 110.

stema costituzionale non devono essere permanenti, ma temporanee: non debbono, cioè, tradursi in leggi di revisione costituzionale.

L'autonomia delle comunità territoriali rappresenta un principio qualificante la forma di Stato composto: basti considerare – con riferimento agli ordinamenti federali- che l'art.79 della Legge fondamentale tedesca vieta le revisioni costituzionali che intacchino l'articolazione dello Stato federale in *Länder* – ; mentre sul versante regionale, la Costituzione spagnola riconosce e garantisce il diritto all'autonomia delle nazionalità e delle regioni che compongono la Nazione spagnola e l'art.5 della Costituzione italiana eleva l'autonomia delle comunità territoriali a principio ordinamentale che completa la configurazione della nostra forma di Stato repubblicana.⁸⁴

Tra i limiti di natura procedurale va annoverata, invece, la regola secondo cui l'esercizio di poteri in deroga deve comunque esercitarsi con modi ispirati al principio partecipativo. Il principio partecipativo costituisce un requisito specifico dei sistemi costituzionali a più livelli, dal momento che essi risultano composti da una pluralità di ordinamenti giuridici integrati, che interagiscono reciprocamente, al fine di assumere decisioni vincolanti per l'intero sistema. Tanto la nascita di Stati federali – avvenuta attraverso l'aggregazione di ordinamenti originariamente sovrani - quanto i più recenti processi di regionalizzazione dello Stato unitario segnano il passaggio da un sistema gerarchico a uno relazionale, che necessita di istituti e di procedure di collegamento tra i livelli istituzionali.

In via ordinaria, la partecipazione dovrebbe ispirare non solo l'esercizio dell'attività amministrativa, ma anche i modi di produzione delle norme legislative suscettibili di concorrere alla conformazione del principio di autonomia: in particolare, delle fonti utilizzabili per formare il c.d. "blocco di costituzionalità" ovvero suscettibili di fungere da "norme interposte".⁸⁵ Ma la stessa regola relazionale dovrebbe essere enfatizzata in occasione delle situazioni di emergenza e di esercizio di poteri di necessità: ciò in quanto la collaborazione diviene condizione necessaria per affermare un "patriottismo istituzionale" tra le diverse componenti dello Stato composto.

6. Gli effetti dell'emergenza sul sistema costituzionale: l'incidenza sull'ordinario sistema delle fonti

Ai tentativi di molte Costituzioni di codificare le possibili situazioni di emergenza o di necessità deve essere attribuito un valore indicativo, in considerazione del carattere imprevedibile del fenomeno: se l'emergenza fosse predeterminabile non sarebbe più tale. Indicare

⁸⁴ I caratteri innovativi di tale scelta furono colti, ad esempio, da: M. MIELE, *La Regione*, in *Commentario sistematico della Costituzione italiana*, II, Firenze, 1950, 233; C. ESPOSITO, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art.5 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, 66 ss.

⁸⁵ Si pensi, ad esempio, ai decreti di attuazione degli Statuti delle Regioni speciali e ai decreti di trasferimento delle funzioni dallo Stato alle Regioni (in virtù del rilievo privilegiato che le norme in essi contenute hanno nel fissare i confini tra legislazione statale e regionale), alla legislazione dello Stato cui compete determinare, nelle materie rientranti nella competenza concorrente delle Regioni, i principi della materia.

tassativamente le fattispecie che giustificano, anzi rendono necessari, interventi *extra ordinem* costituisce una fatica inutile, dal momento che la realtà è sempre in grado di porre l'ordinamento davanti a situazioni nuove, non previste.

Diversamente è possibile – e, forse, opportuno – individuare le fonti che legittimamente possono essere utilizzate in caso di necessità.

A tal fine, si deve preliminarmente dare risposta ad alcune domande: se le fonti devono essere necessariamente individuate tra quelle astrattamente regolate dall'ordinamento costituzionale (in ossequio alla regola per la quale compete alla fonte costituzionale individuare i tipi di atti aventi la forza di legge), ovvero se se ne possono indicare delle nuove in via legislativa, al momento del conferimento dei poteri “necessari”; se la situazione di necessità consente l'utilizzo di “nuove” fonti oppure è possibile anche introdurre deroghe alle procedure ordinarie previste dall'ordinamento.

Simili interrogativi erano emersi già nel corso del dibattito in Assemblea costituente e avevano diviso la dottrina, ove si era contrapposto chi riteneva che i “poteri necessari” non possano limitarsi alle previsioni degli artt.76 e 77 della Costituzione, in quanto “ si tratta di conferire al Governo una facoltà diversa”, un potere straordinario di legiferazione;⁸⁶ e chi , per contro, escludeva che le situazioni di eccezionalità possano travolgere l'assetto ordinario delle fonti.⁸⁷

Nell'affrontare questa delicata questione sembrano opportune alcune considerazioni di natura generale.

Appare innanzitutto evidente che, al determinarsi di condizioni di emergenza, così come il Parlamento “lascia il campo” all'esecutivo, altrettanto la legge” si ritira” e lascia spazio alla competenza di fonti (primarie o secondarie) rientranti nelle attribuzioni del Governo. Si introduce, in tal modo, una deroga al principio tipico del costituzionalismo secondo cui la legge parlamentare occupa una posizione di centralità nel sistema, subordinata e limitata soltanto dalla Costituzione.⁸⁸

Inoltre, va ricordato che i nostri costituenti, nel tentativo di ricondurre all'interno del principio di legalità l'esercizio di tutti i poteri normativi primari, hanno inserito tra le forme “ordinarie” di esercizio della funzione legislativa anche fonti che la tradizione pubblicistica libe-

⁸⁶ G. FERRARI, *Guerra (stato di)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, 1970, 843 ss.

⁸⁷ V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Torino, 1986.

⁸⁸ Dalla tradizione emerge l'idea che dal ruolo centrale della democrazia rappresentativa deriva sia la preminenza della legge sulle altre fonti del diritto, sia l'obbligo per i giudici di decidere sulla base della legge. E tuttora, pur avendo il Parlamento perso il monopolio della funzione legislativa, diversi testi Costituzionali riconoscono alla legge parlamentare una posizione di centralità.

Si consideri, ad esempio, che la Costituzione irlandese vieta l'attribuzione di poteri legislativi al Governo (Nessuna autorità può emanare leggi dello Stato, art. 15), che l'art. 70 della Costituzione italiana afferma che la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle Camere; mentre secondo l'art. 66.2 della Costituzione spagnola le *Cortes* esercitano la potestà legislativa dello Stato. Egualmente, l'art.95 della Costituzione della Polonia individua nella legislazione la principale funzione del Parlamento; al pari delle Costituzioni della Repubblica federale di Germania, del Portogallo, dei Paesi Bassi per le quali la legge parlamentare costituisce la forma tipica di legislazione.

rale considerava ammissibili soltanto per fronteggiare situazioni *extra ordinem*: è il caso dei decreti legislativi e dei decreti legge nei confronti dei quali, nel periodo statutario, vi erano forti resistenze ad ammettere la possibilità per il Parlamento di delegare o attribuire in via ordinaria all'esecutivo l'esercizio della funzione legislativa. In virtù del principio *delegatus delegari non potest* il Parlamento non avrebbe dovuto attribuire ad altri poteri una funzione che esso già esercita per delega da parte del corpo elettorale.⁸⁹

Da ultimo, va considerato che il sistema delle fonti si è evoluto seguendo percorsi non presi in considerazione dall'Assemblea costituente: *praeter*, se non in qualche caso contro la lettera della Costituzione. Come è noto, l'esperienza ha evidenziato la propensione del sistema ad accentuare il ruolo del Governo nella produzione di norme: non solo attraverso il ricorso crescente alla delegazione legislativa o all'istituto del decreto legge (anche al di fuori degli stretti presupposti di necessità e di urgenza indicati dall'art. 77 Cost.), ma anche in conseguenza di un ampliamento della potestà regolamentare, che si è manifestata sia individuando nuovi tipi di regolamenti, sia riservando alla competenza di tale fonte la disciplina di materie in precedenza regolate dalla legge.

Sotto questo profilo, la trasfigurazione del sistema delle fonti primarie avvenuta in Italia risulta più evidente che in altri ordinamenti ove vige una forma di governo parlamentare. Tra l'altro, l'esperienza comparata evidenzia come fonti avvicinati a quella regolata nell'art.77 Cost. possano essere utilizzate per fronteggiare sostanziali situazioni di necessità: nel Regno Unito, ad esempio, il Governo può intervenire autonomamente senza delega parlamentare in caso di esercizio dei poteri di prerogativa regia o per fronteggiare delle situazioni di emergenza; in Austria, l'emanazione di ordinanze di urgenza dotate di forza di legge è ammissibile solo "al fine di evitare un danno grave e irreparabile per la comunità".

Interessante è, a nostro avviso, la previsione dell'art. 81 della Legge fondamentale tedesca secondo la quale, se il Presidente della Repubblica proclama su richiesta del Governo "lo stato di emergenza legislativa" in situazioni di profonda crisi, è possibile un *iter legis* semplificato: il disegno di legge presentato dal Governo e dichiarato urgente è approvato con il voto favorevole del solo *Bundesrat*.

Tale istituto è significativo in quanto sposta l'attenzione dalla ricerca di nuovi fonti *extra ordinem* alla possibilità di ammettere deroghe procedurali all'ordinario procedimento legislativo. Qualora si intendesse approfondire siffatta prospettiva in Italia, si potrebbe concentrare l'attenzione sui modi in cui il Governo si sostituisce autonomamente, ma temporaneamente, al Parlamento nell'esercizio della funzione legislativa.

Infatti, nei casi di necessità l'istituto del decreto legge regolato dall'art.77 Cost. presenta degli inconvenienti non secondari sotto il profilo dell'efficacia: in particolare, per quanto concerne i tempi di conversione, gli effetti di una possibile mancata conversione e la possibilità per le Camere di introdurre emendamenti. Per rimediare a tali limiti strutturali dell'istituto si potrebbe approfondire un'ipotesi delineata da un'autorevole dottrina, ad avviso della quale

⁸⁹ E. TOSATO, *Le leggi di delegazione*, Padova, 1931. Per riferimenti sul dibattito storico: C. LATINI, *Governare l'emergenza*, Milano, 2005, 24 ss.

il conferimento dei “poteri necessari” presuppone una certa alterazione dell’ordine normale delle competenze, la cui determinazione è lasciata alla valutazione discrezionale del Parlamento:⁹⁰ In altri termini, si può consentire che il Parlamento, alla presa d’atto dell’insorgere di uno stato di emergenza, possa autorizzare una deroga alla disciplina di cui all’art.77 Cost., purché funzionale allo scopo perseguito: si potrebbe parlare, in proposito, di forme atipiche di decretazione di urgenza.

D’altra parte, un’alterazione procedurale del decreto legge non è estranea alla nostra esperienza costituzionale, come testimonia l’esempio dell’attività normativa primaria del Governo durante il c.d. “periodo transitorio”. Nell’arco di tempo che va dal 25 luglio 1943 al decreto n. 151 del 1944, i decreti legge costituiscono la sola fonte normativa primaria utilizzabile dal Governo italiano, dal momento che non funzionava alcuna assemblea rappresentativa. Essi, però, non potevano essere emanati nel rigoroso rispetto delle procedure previste dalla legge n. 100 del 1926: per un verso, non era possibile né acquisire il parere del Consiglio di Stato, né ottenere la registrazione da parte della Corte dei conti; per un altro verso, era impossibile presentarli, nel termine sessanta giorni dalla loro pubblicazione, a una delle due assemblee legislative per la conversione. Di conseguenza, il legislatore dovette sanare tale irregolarità prevedendo nel decreto legislativo n. 185 del 1944 che i decreti legge emanati in precedenza dovevano essere presentati per la loro conversione dinanzi alle nuove Camere “entro sei mesi dalla pace”.

A sua volta, l’art. 4 del decreto legge n. 151 del 1944 dispose che “finché non sarà entrato in funzione il nuovo Parlamento i provvedimenti aventi forza di legge sono deliberati dal Consiglio dei ministri “. Si tratta – come noto - dei decreti legislativi luogotenenziali, che caratterizzarono il sistema delle fonti nel periodo che separa il decreto n. 151 del 1944 dall’entrata in funzione delle nuove Camere: la loro *ratio* è facilmente intuibile, dal momento che risultava pressante l’esigenza di individuare una nuova fonte che fosse espressione di un potere autonomo (non delegato) del Governo, essendo questi l’unico organo in grado di operare con continuità.⁹¹

Altre fonti del diritto che potrebbero rientrare nella nozione di “poteri necessari” sono individuabili, a nostro avviso, nei decreti delegati e negli atti con cui il Governo esercita il potere sostitutivo. Con i primi il Parlamento può autorizzare il Governo a esercitare la potestà regolamentare, innovando alla legislazione vigente con effetto dalla loro entrata in vigore: in tal modo, il legislatore amplia la sfera di intervento dei regolamenti, autorizzandoli a superare i limiti che normalmente incontrano le fonti secondarie.

A loro volta, le fattispecie che autorizzano il Governo a esercitare il potere sostitutivo (individuate dall’art.120.2 c. Cost.) sono eterogenee e dal contenuto giuridico prevalentemente indeterminato: tuttavia, mentre alcune di esse sono riconducibili all’esigenza di assicurare il rispetto di principi unitari (come l’eguaglianza nella fruizione dei diritti civili e sociali) o

⁹⁰ A. GIARDINA, *op.cit.*, 114 ss.

⁹¹ Sulle fonti operanti nel “periodo transitorio”: V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, 1970, 119 ss; G. AMATO, *Decreto legislativo luogotenenziale*, in *Enc. Diritto*, XI, Milano, 1962, 875 ss. Anche: G. ROLLA, *L’organizzazione costituzionale dello Stato*, Milano, 2014, 80 ss.

di evitare la responsabilità internazionale dello Stato (come in caso di mancato rispetto dei vincoli comunitarie e della normativa internazionale), altre fanno riferimento alla capacità dello Stato di intervenire al di là delle ordinarie competenze nei confronti dei diversi livelli istituzionali in caso di grave pericolo per l'incolumità e la sicurezza pubblica o quando lo richiede la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica.

Nelle situazioni di emergenza, quindi, il Parlamento potrebbe autorizzare il Governo a sostituirsi agli organi delle Regioni e degli enti locali per disciplinare materie rientranti nella loro competenza limitatamente al tempo in cui dura lo stato di necessità.

In definitiva, a nostro avviso, non si deve disconoscere l'esigenza di individuare forme di intervento efficaci a salvaguardia di esigenze fondamentali della Repubblica, ma queste devono fondarsi su di un'autorizzazione da parte del Parlamento e possono essere esercitate per un periodo di tempo limitato individuato dallo stesso.