

## Introduzione

# L'EMERGENZA SANITARIA COVID-19 E IL SUO IMPATTO ORDINAMENTALE

di *Francesco Saverio Marini-Gino Scaccia*

Lo stato di eccezione occupa un posto privilegiato nella riflessione giuridica e politologica quale supremo momento rivelatore dei rapporti di potere reale. In questi frangenti, ove più sentito è il bisogno di difesa rispetto a pericoli o rischi non fronteggiabili con gli strumenti ordinari, la sovranità si manifesta nella sua forma pura, senza filtri o velature simboliche, e si realizza in modo tangibile e quasi fisicamente afferrabile lo scambio caratteristico del Contratto sociale: protezione in cambio di obbedienza. L'istanza protettiva (da forze armate ostili, da minacce alla stabilità economica e sociale, da rischi per la sopravvivenza) si eleva al di sopra di ogni altro confliggente interesse, soggioga ogni altro fine e giustifica l'imposizione di condotte sociali rigide e fortemente limitative di diritti fondamentali. L'eccezione diventa regola, i fragili equilibri istituzionali su cui si reggono le liberal-democrazie registrano temporanei contraccolpi, le procedure e i principi dello Stato di diritto sono sottoposti ad interna tensione.

L'emergenza sanitaria, e poi economica, conseguente alla pandemia si colloca in questa cornice teorica. La necessità di abbattere il rischio insito nel contatto fisico tra le persone ha assunto, anzi, tratti pervasivi e "totalizzanti", potenziando la tendenza – comune alle fasi emergenziali – alla centralizzazione dei poteri di Governo in danno delle opposizioni parlamentari e delle autonomie territoriali e suscitando diffusi interrogativi circa l'aderenza dei regimi regolatori imposti alla popolazione al *Rule of law* e ai principi di base del costituzionalismo liberale. Per convincersene è sufficiente rivolgere uno sguardo, pur necessariamente fugace, su quanto accaduto nei principali Stati d'Europa in seguito al diffondersi del Covid-19.

In **Francia**, nonostante la presenza di una specifica disciplina costituzionale e legislativa di emergenza e di una dottrina di elaborazione giurisprudenziale<sup>1</sup> che autorizza il governo a derogare alla legge in presenza di "circostanze eccezionali", è stato introdotto un regime emergenziale specificamente nuovo, denominato "stato di emergenza sanitaria"<sup>2</sup>, che, una volta deliberato dal Consiglio dei Ministri, non ha termine e può

---

<sup>1</sup> Cfr. Conseil d'Etat, 28 giugno 1918, *Heyriès* e 28 febbraio 1919, *Dol et Laurent*.

<sup>2</sup> SÉBASTIEN PLATON, *From One State of Emergency to Another – Emergency Powers in France*, in *Verfassungsblog*, 9 aprile 2020.

essere, perciò, caducato solo espressamente, da un *contrarius actus* del Governo o del Parlamento e che è soggetto pur sempre a controllo parlamentare, ma decisamente attenuato rispetto a quello previsto per gli atti conseguenti allo stato di emergenza ordinario.

In **Germania**, una delle Nazioni più ‘minimaliste’ nell’attività di contrasto alla pandemia, spetta ai *Länder* la competenza ad adottare misure a difesa della sicurezza pubblica e a dichiarare lo stato di calamità (*Katastrophenfall*), peraltro oggi in essere nella sola Baviera. Nella logica del federalismo di esecuzione, il *Bund* ha inserito nella legge sulla protezione dalle infezioni una clausola generale (§ 28 I) che legittima i *Länder* a prendere tutte le misure necessarie a combattere le malattie infettive. Su questa base le autorità locali hanno vietato gli assembramenti in spazi pubblici e lo svolgimento di servizi religiosi, suscitando aspre polemiche e un cospicuo contenzioso costituzionale, per la denunciata assenza di una base legislativa sufficiente e adeguata. Nonostante si sia pacificamente ritenuto di non poter applicare i diversi articoli della “Costituzione dell’emergenza” (12a III-VI, 53a, 57a, 87a, 91, 115a) e in particolare si sia escluso che ricorressero le condizioni per la dichiarazione dello stato di emergenza interna, l’esercito tedesco è stato dispiegato in 14 dei 16 *Länder*, ciò che taluno ha criticato, non rinvenendo un saldo fondamento costituzionale per un impiego così massiccio della *Bundeswehr*<sup>3</sup>.

In **Austria** lo stato di emergenza, che legittimerebbe il Presidente federale ad adottare misure urgenti con forza di legge (art. 18, parr. 3-5 Cost.) non è stato dichiarato. Si è infatti ritenuto che non ricorresse la condizione alla quale la Costituzione lo subordina: l’impossibilità di riunirsi delle Camere. Interventi restrittivi di diritti di inedita pervasività, compreso il coprifuoco – esteso ben oltre le due settimane di dichiarata vigenza – sono stati così adottati dal Ministro della salute, sulla base della specifica *Epidemiegesetz* del 1950, appositamente modificata per l’occasione. Nonostante la predisposizione di una base legislativa *ad hoc*, si sono diffusamente lamentati il mancato rispetto del *Rule of law* e la debolezza di forme di coordinamento e controllo delle misure rilasciate, in un sistema di tipo federale, alle autorità locali<sup>4</sup>. La Corte costituzionale (*Verfassungsgerichtshof*) con due sentenze del 14 luglio 2020 (V 411/2020 e V 363/2020), ha dichiarato l’incostituzionalità di talune misure emergenziali predisposte dal Governo, ed in particolare del divieto di frequentare luoghi pubblici se non da soli o con membri della propria famiglia, e della possibilità di riaprire al pubblico, a partire dal 14 aprile 2020, esclusivamente gli esercizi commerciali aventi superficie inferiore ai 400 m<sup>2</sup>.

In **Spagna** è stata applicata, per la seconda volta nella storia recente del Paese iberico, la legge organica sullo stato di eccezione e di assedio (n. 4/1981), attuativa della disciplina costituzionale (art. 116). In seguito alla dichiarazione di stato d’allarme, il Governo ha imposto misure tanto incidenti sulla libertà di movimento da risolversi in una vera e propria ‘sospensione’ di quella libertà e a far dubitare che questa ricada nel perimetro applicativo dello stato di allarme<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> SVEN JÜRGENSEN-FREDERIK ORLOWSKI, *Critique and Crisis: The German Struggle with Pandemic Control Measures and the State of Emergency*, in *Verfassungsblog*, 19 Apr 2020.

<sup>4</sup> KONRAD LACHMAYER, *Austria: Rule of Law Lacking in Times of Crisis*, in *Verfassungsblog*, 28 aprile 2020.

<sup>5</sup> MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA, *Beyond the State of Alarm: COVID-19 in Spain*, in *Verfassungsblog*, 13 maggio 2020.

Sul punto, oltre che sul fondamento e il merito delle misure urgenti per affrontare l'impatto economico e sociale del Covid, il *Tribunal Constitucional* è stato investito di due ricorsi promossi da deputati del partito Vox (cfr. asunto n. 1813/2020 2054/2020) che, all'atto in cui questo volume viene dato alle stampe, non sono stati decisi. Al centro della polemica politico-costituzionale è stata anche l'avocazione allo Stato centrale, e per esso al Ministro della salute, dei poteri di intervento in materia sanitaria e l'assenza di ogni preventiva condivisione con le *Comunidades Autonomas*, alle quali pure è attribuita la competenza in base ai rispettivi statuti di autonomia. Ulteriore elemento di polemica è stato l'impiego massiccio delle forze armate, che – come da taluno si è lamentato – ha assunto un'inedita e preoccupante centralità nella comunicazione mediatica<sup>6</sup>.

In **Portogallo**, per la prima volta dalla fine della seconda guerra mondiale, il Presidente della Repubblica ha dichiarato lo stato di emergenza nazionale, che autorizza la sospensione per 15 giorni rinnovabili di tutti i diritti fondamentali ad eccezione del diritto alla vita, all'integrità personale, all'identità, alla capacità giuridica e alla cittadinanza, alla irretroattività della legge penale, alla professione del proprio credo religioso. Ha acceso per questo non infondate polemiche il Decreto 14A/2020 del 19 marzo che ha vietato le celebrazioni religiose e sospeso il diritto di resistenza, tradizionalmente considerato non conculcabile se non perdendo la propria ragion d'essere. Prima della dichiarazione dello stato di emergenza, le restrizioni più penetranti delle libertà sono state disposte dal Governo con il d.l. 10-A/2020, ratificato dal Parlamento con una sorta di *Bill of indemnity*. Ciò è apparso contrastare sia con la riserva costituzionale alla legislazione parlamentare o delegata delle misure incidenti sui diritti, sia, puntualmente, con l'art. 18, par. 3, Cost., che vieta limitazioni retroattive di libertà costituzionalmente protette<sup>7</sup>.

In **Ungheria** è stata approvata il 30 marzo 2020 una legge di autorizzazione che intesta poteri eccezionali al Premier, consentendogli fra l'altro di derogare a qualunque legge vigente con proprio decreto, senza alcun limite temporale. Un provvedimento pericoloso che il Segretario generale del Consiglio d'Europa, la Commissione libertà civili del Parlamento europeo e l'Alto commissario delle Nazioni unite per i diritti umani hanno prontamente stigmatizzato, chiedendone la rimozione. Per tutta risposta, il governo di Viktor Orbàn ha presentato in Parlamento due disegni di legge che introducono un inedito "stato di emergenza medica" del tutto svincolato dai già deboli vincoli costituzionali dello "stato di emergenza" che, secondo autorevole opinione, potrebbero condurre alla definitiva distruzione del *Rule of Law*<sup>8</sup>.

In **Polonia** la Costituzione disciplina tre diverse tipologie di stati di emergenza: legge marziale, stato di eccezione e stato di calamità naturale. Governo e Parlamento polacco non hanno applicato alcuno di questi stati di emergenza, ma ne hanno creato

---

<sup>6</sup> Cfr. su [https://drive.google.com/drive/folders/IVEhgZ7O\\_ohzPvOIGJNjBzXoDLEgAOEdt?usp=sharing](https://drive.google.com/drive/folders/IVEhgZ7O_ohzPvOIGJNjBzXoDLEgAOEdt?usp=sharing) la videopostcard di Antoni Abat.

<sup>7</sup> Lo denunciano TERESA VIOLANTE-RUI T. LANCEIRO, *Coping with Covid-19 in Portugal: From Constitutional Normality to the State of Emergency*, in *Verfassungsblog*, 12 Apr 2020.

<sup>8</sup> GÁBOR HALMAI-GÁBOR MÉSZÁROS-KIM LANE SCHEPPELE, *From Emergency to Disaster. How Hungary's Second Pandemic Emergency will Further Destroy the Rule of Law*, in *Verfassungsblog*, 30 maggio 2020.

uno *ad hoc*, modificando la legge del 2008 sulle malattie infettive. Sono stati in tal modo conferiti al Governo interventi limitativi di diritti fondamentali con atti secondari sulla base di una delega formulata in termini assai vaghi, che si è dubitato sia conforme alle condizioni poste nell'art. 31 Cost. Si pensi ad esempio all'emendato art. 46b della legge sopra citata, che autorizza il Governo a imporre esami medici a persone "sospettate di essere malate" e ad usare "altre", non meglio precisate "misure e trattamenti preventivi". E in modo ancor più chiaro si ponga mente all'art. 46, par. 4, che permette di comprimere la libertà di movimento ma solo limitatamente ad alcune modalità di esercizio di questa libertà, mentre il Governo, con la deliberazione del 31 marzo 2020, ha disposto una limitazione generalizzata di ogni movimento interno alla Polonia<sup>9</sup>.

Il caso **italiano** si è caratterizzato non solo e non tanto per la pervasività delle misure e delle corrispondenti limitazioni o sospensioni dei diritti costituzionali di libertà, che trova riscontro anche in altri Stati dell'Unione, ma per le forme e per le dimensioni quantitative della regolazione, che è stata convulsa e alluvionale. Vi è stata, da un lato, la pretesa illuministica quasi di riscrivere un ordinamento giuridico in poche ore; dall'altro, l'uso della fonte emergenziale prevista dalla Costituzione, cioè il decreto-legge, è andato in concorrenza con una massa del tutto eterogenea e di difficile classificazione di fonti normative, anche *extra ordinem*, che hanno prodotto conflitti di competenze e difficoltà applicative diffusamente illustrate nel prosieguo. Si riscontrano, quanto all'ambito territoriale, atti statali, regionali e comunali; quanto al grado gerarchico, fonti derogatorie della Costituzione, fonti primarie, fonti secondarie, ordinanze, decreti commissariali, atti amministrativi generali, note esplicative, risposte alle *faq*, e via discorrendo; quanto al contenuto, si trovano norme organizzative, processuali, sanzionatorie, sostanziali. Infine, quanto all'ambito materiale, l'elenco sarebbe pressoché infinito: vi sono norme in materia di salute, di lavoro, di imprese, di livelli essenziali delle prestazioni, di ordinamento processuale, di diritto civile, di concorrenza, di sport.

L'obiettivo del volume è appunto quello di fornire un quadro di insieme di questo "nuovo" ordinamento e, a questo fine, accanto ad una pluralità di contributi che approfondiscono gli aspetti, tipicamente pubblicistici, della disciplina costituzionale dell'emergenza, del sistema delle fonti, del rapporto tra autorità e libertà, del diritto alla salute e dei bilanciamenti con le diverse libertà costituzionali, delle relazioni tra apparati centrali ed enti territoriali, sono approfonditi una serie di aspetti settoriali. In questo ambito, sono stati oggetto di analisi gli effetti dell'emergenza sull'iniziativa economica e sulle crisi di impresa, sul diritto alla rete e alla riservatezza, sulla disciplina del lavoro e le procedure amministrative, sui molteplici profili processuali e sanzionatori, fino a problemi più specifici, sebbene di grande rilevanza (anche mediatica), come le competizioni sportive, i rapporti tra lo Stato e la Chiesa cattolica o i canoni di locazione degli immobili.

Insomma, l'opera ha l'ambizione di analizzare, attraverso una serie di contributi di agevole lettura, questo "ordinamento dell'emergenza", esaminandone non solo le caratteristiche strutturali e di base, ma anche le pratiche conseguenze nei singoli ambiti materiali.

---

<sup>9</sup> Lo rileva criticamente JAKUB JARACZEWSKI, *An Emergency By Any Other Name? Measures Against the COVID-19 Pandemic in Poland*.

Si tratta di una normativa spesso poco perspicua, anche perché sorta in tempi ristrettissimi e in una situazione del tutto inedita a livello giuridico, che produrrà verosimilmente un significativo contenzioso e che comunque rappresenta una preziosa esperienza per eventuali, future situazioni di emergenza. In questa prospettiva essa merita la dovuta attenzione da parte della dottrina e, più in generale, dei giuristi.



*Andrea Buratti*

## **TRA REGOLA ED ECCEZIONE. LE RAGIONI DEL COSTITUZIONALISMO DI FRONTE ALL'EMERGENZA**

SOMMARIO: 1. L'emergenza sanitaria e gli equilibri costituzionali. – 2. Il dilemma del costituzionalismo di fronte all'emergenza. – 3. Le clausole emergenziali nel diritto internazionale e comparato. – 4. Il caso ungherese, tra “costituzioni della crisi” e “crisi del costituzionalismo”. – 5. Il “posto” dell'emergenza nella Costituzione italiana. – 6. Ulisse incatenato.

La Peste si erge a sommo dello sfondo e fa un segno.  
Tutto si ferma: movimento e rumore. La Peste parla.  
LA PESTE: «Io regno: è un fatto, quindi è un diritto.  
Ma un diritto che non si discute: dovrete adattarvi.  
Non fatevi illusioni, del resto: io regno a modo mio,  
e sarebbe più esatto dire che io “funziono”».

A. CAMUS, *Lo stato d'assedio* (1948).

### **1. L'emergenza sanitaria e gli equilibri costituzionali**

L'Italia è stato il primo paese europeo a doversi confrontare con l'epidemia da Covid-19. Conseguentemente, il Governo italiano è stato chiamato ad assumere per primo le rigide misure restrittive successivamente adottate, con diverse modulazioni, dalla gran parte degli stati coinvolti<sup>1</sup>. Le forme e i contenuti di queste misure di contenimento hanno implicato numerose alterazioni degli equilibri costituzionali e vere e proprie rotture di regole e prassi, sia con riferimento al rapporto tra diritti individuali e interessi pubblici sia rispetto agli assetti istituzionali e al sistema delle fonti.

Quanto al primo profilo, le misure di contenimento adottate dal Governo e dal Parlamento per proteggere il diritto alla salute pubblica ci hanno proiettati nella più vasta e massiccia esperienza di limitazione delle libertà e dei diritti che sia mai avvenuta nella

---

<sup>1</sup> Per una prima analisi di diritto comparato, v. N. GONZÁLEZ MARTÍN-D. VALADÉS (coord.), *Emergenza sanitaria por Covid-19. Derecho constitucional comparado*, 2020.

storia repubblicana<sup>2</sup>: sono state sottoposte a severe restrizioni la libertà personale e di circolazione, la *privacy*, le libertà associative e la libertà economica; e sono stati sospesi la libertà di culto, il diritto di voto, e i diritti all'istruzione e al lavoro. Queste restrizioni sono state originariamente motivate dalla propagazione del virus, ma si sono protratte anche in momenti e aree del Paese solo minimamente coinvolti dal contagio, ponendo il problema del loro fondamento su criteri meramente precauzionali.

Quanto al secondo profilo, la necessità di reagire all'emergenza in tempi rapidissimi ha imposto un protagonismo dell'esecutivo, e del Presidente del Consiglio dei Ministri in particolare, vividamente rappresentato anche dalla sua sovraesposizione mediatica. La "solitudine" del Presidente del Consiglio è stata ulteriormente aggravata dalla creazione di un vero e proprio gabinetto di crisi al cui interno hanno svolto ruoli determinanti diversi comitati di esperti, le cui valutazioni sono state assunte con scarsa trasparenza e in un preoccupante ribaltamento dei ruoli tra sapere scientifico e mediazione politica. Ne è derivata un'alterazione del sistema delle fonti, con l'assunzione di competenze relevantissime da parte di fonti secondarie<sup>3</sup>, e degli equilibri istituzionali, con la marginalizzazione del Parlamento, incapace di svolgere il ruolo di controllo del Governo che gli è istituzionalmente affidato.

## 2. Il dilemma del costituzionalismo di fronte all'emergenza

Le alterazioni qui sommariamente richiamate hanno riproposto un tema decisivo per gli studi costituzionali, riguardante il rapporto tra diritto costituzionale ed emergenza: un dilemma formidabile, che impone all'interprete di attraversare uno spazio concettuale nel quale si fronteggiano pretese inconciliabili.

Da un lato vi è l'aspirazione del costituzionalismo a vincolare i poteri e a garantire i diritti individuali contro i rischi rappresentati dagli abusi dell'autorità politica. Una pretesa che non cede di fronte a situazioni eccezionali, ma diviene semmai ancora più penetrante. È la visione madisoniana della costituzione come vincolo, che muove dal presupposto dell'insopprimibilità degli interessi e delle passioni umane e perviene alla proposta pragmatica della costituzione come sistema di *checks and balances*, in grado di limitare i governanti ed equilibrare gli opposti interessi dei gruppi umani, per la preservazione delle libertà di una società pluralista: «If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself»<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup>C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del coronavirus*, in *costituzionalismo.it*, 1/2020.

<sup>3</sup>V. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, in *giurcost.org* (aprile 2020), nonché M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, e M. TRESCA, *Le fonti dell'emergenza. L'immunità dell'ordinamento al Covid-19*, entrambi in *Osservatorio AIC*, 3/2020.

<sup>4</sup>J. MADISON, *The Federalist Papers*, n. 51.



Il polo opposto è rappresentato dalla concezione della necessità come suprema fonte della legittimità nell'ordinamento giuridico, che giustifica deroghe e sospensioni della legalità, anche costituzionale, in ragione della salvaguardia di interessi vitali della collettività<sup>5</sup>. Una posizione sovente associata al pensiero di Carl Schmitt<sup>6</sup>, ma che proprio nella riflessione schmittiana attinge anzitutto dall'esperienza storica della repubblica romana, dove, tra il III e il V secolo a.C. fu positivizzato l'istituto della dittatura, quale magistratura straordinaria dotata di pienezza di poteri civili e militari per una durata massima di sei mesi<sup>7</sup>. Schmitt ebbe il merito di identificare in questo istituto il paradigma di una funzione immanente ad ogni ordinamento giuridico, strumentale alla sua conservazione, di «dittatura commissaria» regolata dal diritto o comunque vincolata teleologicamente alla sua preservazione, e dunque legittima, ancorché derogatoria della legalità formale; così distinguendola dalla «dittatura sovrana», che esprime un potere di fatto, privo di forma e destinato a dare forma all'ordinamento, dunque in rottura della stessa legittimità sostanziale dell'ordinamento<sup>8</sup>. In Schmitt, «il dittatore non è un tiranno, né la dittatura è una forma di potere assoluto, bensì un mezzo proprio della costituzione repubblicana finalizzato alla salvaguardia delle libertà»<sup>9</sup>. «La dittatura commissaria sospende in concreto la costituzione per difenderne l'esistenza [...]. Quando è in pericolo l'esistere stesso della costituzione, questa deve essere messa in salvo con una sua temporanea sospensione [...]. E così la costituzione può essere sospesa senza cessare, con ciò, di rimanere in vigore, perché la sospensione significa unicamente una eccezione concreta»<sup>10</sup>.

La riflessione schmittiana va contestualizzata nell'ambiente dei primi anni di vita della Costituzione di Weimar, la cui fragilità era aggravata dalla minaccia rappresentata dai movimenti estremisti e dalle forze restauratrici, rispetto alla quale l'esigenza di protezione della Costituzione chiamava in causa strumenti eccezionali<sup>11</sup>. In seguito, la radicalità del suo pensiero e la sua adesione al nazismo determinarono l'isolamento di Schmitt e un generalizzato rifiuto delle sue tesi. E tuttavia, l'istanza che muove le sue riflessioni non è affatto esclusa dall'orizzonte del ragionamento giuridico

---

<sup>5</sup> Nel contesto della pandemia da Covid-19, la necessità come fonte di provvedimenti derogatori della Costituzione è stata sostenuta, tra i primi, da G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *costituzionalismo.it*, 1/2020: «Non si può negare che la necessità "di fatto" assurge a fonte autonoma qualora provvedimenti siano indispensabili per fronteggiare esigenze improvvise e imprevedibili che mettono in discussione l'esistenza stessa dello Stato e della comunità di riferimento».

<sup>6</sup> Ma posizioni affini erano presenti nella scienza giuridica assai prima della riflessione schmittiana. Si pensi a S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, (1901), ora in ID., *Scritti minori*, I, Milano, 1950, p. 134: «Nella vita dello Stato hanno talvolta luogo dei momenti di crisi in cui l'efficacia del suo diritto viene, se non distrutta, sospesa: in modo che non dal diritto, ma da energie al diritto estranee esso viene sorretto fino al momento in cui la crisi è risolta».

<sup>7</sup> G. SARTORI, *Dittatura*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 358.

<sup>8</sup> C. SCHMITT, *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, (1921), Roma-Bari, 1975; ID., *Dottrina della Costituzione*, (1928), Milano, 1984, p. 151.

<sup>9</sup> C. SCHMITT, *La dittatura*, cit., p. 18.

<sup>10</sup> C. SCHMITT, *La dittatura*, cit., pp. 141 e 149.

<sup>11</sup> Nella vastissima letteratura, si veda ora P. RIDOLA, *La Costituzione della Repubblica di Weimar come «esperienza» e come «paradigma»*, in ID., *Stato e Costituzione in Germania*, Torino, 2016, p. 27 ss.

contemporaneo: al contrario, l'idea che crisi ed emergenze giustificino deroghe alla disciplina costituzionale e ai canoni consolidati di interpretazione ha trovato accoglimento nel diritto internazionale e nelle previsioni di molte carte costituzionali, le quali, nella ricerca di un contemperamento tra le opposte prospettive del costituzionalismo delle garanzie e dello stato di necessità, hanno dato forma a clausole emergenziali.

### 3. Le clausole emergenziali nel diritto internazionale e comparato

Nel panorama del diritto comparato, sono molte le Costituzioni che hanno scelto di adottare clausole emergenziali. Esse rispondono all'esigenza di dotare le Costituzioni di strumenti in grado di proteggerne i contenuti di fronte a minacce, muovendo dal presupposto che le Costituzioni, con i loro limiti ai detentori del potere politico, potrebbero rendere i governi incapaci di reagire con efficacia alle emergenze<sup>12</sup>. La funzione di queste previsioni è in genere quella di limitare i presupposti e la durata degli stati di emergenza, prefigurare una "forma di governo" e un "sistema delle fonti" emergenziali, consentire deroghe puntuali anche alla tutela dei diritti costituzionali, allo scopo di contenere in limiti ragionevoli le alterazioni possibili all'ordine costituzionale. Esemplari, in questo senso, l'art. 48 della Costituzione di Weimar – da cui aveva preso le mosse la riflessione schmittiana e che avrebbe giocato un ruolo decisivo nella crisi di sistema del 1933, consentendo la sospensione della Costituzione e l'ingresso nella dittatura – e l'art. 16 della Costituzione della Quinta Repubblica francese. In talune Costituzioni, l'opzione razionalizzatrice si è manifestata nell'articolazione di una pluralità di regolazioni degli stati di emergenza, differenziati per fattispecie e per ampiezza delle deroghe ammissibili<sup>13</sup>. A prescindere dalla tipologia, la previsione di clausole costituzionali volte a regolare poteri e limiti delle istituzioni in casi eccezionali stabiliscono una validità parallela e derogatoria dell'ordinamento costituzionale, seppure a sua volta limitata, istituendo un vero e proprio «dualismo» tra costituzione ordinaria e costituzione di emergenza<sup>14</sup>.

Nel diritto internazionale dei diritti umani, l'ipotesi di una deroga alle tutele ordinarie dei diritti ha trovato riconoscimento nell'art. 4 del Patto sui diritti civili e politici adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1966<sup>15</sup>. Ratificato da 173 stati, il Patto – anche grazie al protocollo addizionale che ha previsto il ricorso indivi-

---

<sup>12</sup> B. ACKERMAN, *The Emergency Constitution*, in *Yale Law Journ.*, 2004, p. 1030; J. FERRELL-PASQUINO, *The law of the exception: A typology of emergency powers*, in *Intern. Journ. of Const. Law*, 2004, p. 210: «The rights and protections [constitutionalism] provides and preserves can prevent the government from responding efficiently and energetically to enemies that would destroy those rights and, perhaps, even the constitutional order itself».

<sup>13</sup> Nella Costituzione francese, all'art. 16 sui poteri eccezionali del Presidente si accompagna l'art. 36 sullo stato d'assedio. Nella Costituzione spagnola, l'art. 116 distingue tra stati di allarme, eccezione e assedio e l'art. 55 individua i diritti che possono essere sospesi in alcune di queste circostanze.

<sup>14</sup> G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003, p. 138 ss.

<sup>15</sup> A. SPADARO, *Do the containment measures taken by Italy in relation to Covid-19 comply with human rights law?*, in *Eur. Journ. of Int. Law Talk* ([www.ejiltalk.org](http://www.ejiltalk.org), 16 marzo 2020).

duale al Comitato per i diritti umani – rappresenta il principale strumento di diritto internazionale vincolante esteso a livello globale. L'art. 4 ammette che «in caso di pericolo pubblico eccezionale, che minacci l'esistenza della nazione e venga proclamato con atto ufficiale, gli Stati parti del presente Patto possono prendere misure le quali deroghino agli obblighi imposti dal presente Patto, nei limiti in cui la situazione strettamente lo esiga, e purché tali misure non siano incompatibili con gli altri obblighi imposti agli Stati medesimi dal diritto internazionale e non comportino una discriminazione fondata unicamente sulla razza, sul colore, sul sesso, sulla lingua, sulla religione o sull'origine sociale». Quindi, il medesimo articolo sottrae alle possibili deroghe in caso di emergenza il diritto alla vita, il divieto di trattamenti inumani e degradanti, il divieto di schiavitù, il divieto di imprigionamento per inadempimenti contrattuali, il principio di legalità penale, il diritto alla personalità giuridica e la libertà di coscienza e religione<sup>16</sup>. Pressoché equivalente la disposizione dell'art. 15 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo: «In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale»<sup>17</sup>.

Se è vero che le clausole emergenziali contenute nelle Costituzioni e nei trattati internazionali esprimono il tentativo di razionalizzare l'emergenza, esorcizzandone le potenzialità distruttive, è altresì vero che, aprendo la via a situazioni derogatorie dell'ordine costituzionale e degli *standard* internazionali, le clausole emergenziali indeboliscono la rigidità costituzionale, e sovente creano i presupposti per trasformazioni costituzionali – interpretative o perfino formali – in violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento e dei caratteri degli ordinamenti liberal-democratici.

Ne è dimostrazione la fragilità del controllo giudiziario degli stati di emergenza. Le corti internazionali e costituzionali hanno sindacato con estrema cautela le scelte compiute dai governi nazionali nell'adozione di misure eccezionali, derogatorie dell'ordine costituzionale e delle tutele dei diritti in presenza di circostanze eccezionali. Nella prospettiva della Corte di Strasburgo, gli stati possiedono ampi margini di discrezionalità nell'apprezzamento delle ragioni che giustificano l'adozione delle deroghe dell'art. 15 della Convenzione<sup>18</sup>, perché le condizioni eccezionali definite dalla norma convenzionale implicano una valutazione del contesto storico e politico che fa risaltare le peculiarità della storia nazionale<sup>19</sup>. A livello nazionale, possiamo richiamare la giurisprudenza del Consiglio Costituzionale francese, che è stato chiamato in diverse occasioni a giudicare della sussistenza di situazioni emergenziali che giustificassero il ricorso ai poteri eccezionali, senza mai svolgere un controllo davvero penetrante

<sup>16</sup> V. pure il *General Comment* n. 29 del Comitato per i diritti umani (2001), § 5.

<sup>17</sup> V. pure l'art. 27 della Convenzione interamericana sui diritti umani.

<sup>18</sup> F. DONATI, *Il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo alla definizione dei poteri di emergenza*, in *Riv. dir. Cost.*, 1/2005, spec. pp. 44-46.

<sup>19</sup> Sul rapporto tra contestualizzazione storica e dottrina del margine di apprezzamento sia consentito rinviare a A. BURATTI, *L'uso della storia nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Rivista AIC*, 2/2012, p. 13.

sulle valutazioni del Presidente o del Governo. Ed anzi, nella nota decisione del 1985 sullo stato di emergenza nella Nuova Caledonia<sup>20</sup>, il Consiglio ha ritenuto conforme alla Costituzione il ricorso allo stato di urgenza sebbene si versasse in un regime eccezionale ulteriore rispetto alle ipotesi codificate dalla Costituzione<sup>21</sup>.

Nonostante la pretesa di razionalizzazione che le clausole emergenziali esprimono, misure derogatorie del diritto costituzionale raramente si contengono all'interno di una funzione di conservazione dell'ordinamento e di rispetto della sua identità, e piuttosto tendono ad innescare stati di crisi che sfuggono al controllo parlamentare e giurisdizionale, e il cui esito è sovente trasformativo dell'ordine preesistente<sup>22</sup>.

#### 4. Il caso ungherese, tra “costituzioni della crisi” e “crisi del costituzionalismo”

Quest'ultima eventualità sembra essersi verificata in alcune democrazie occidentali con fragilissime strutture costituzionali e sociali di protezione dei diritti, delle libertà e del pluralismo<sup>23</sup>.

In Ungheria, lo scorso 30 marzo l'Assemblea Nazionale ha approvato a larga maggioranza la legge organica n. 12/2020, su iniziativa del Governo del Primo Ministro Viktor Orbán, che conferisce al Governo un potere normativo straordinario, anche in deroga alla legislazione ordinaria, destinato a protrarsi per tutta la durata della emergenza. La legge è stata adottata all'interno del quadro costituzionale di riferimento, giacché l'art. 53 della Legge Fondamentale afferma: «Il Governo, nel caso di calamità naturale oppure di disastro industriale che metta in pericolo la sicurezza della vita o dei beni, nonché per evitare le conseguenze degli stessi, dichiara lo stato di pericolo e introduce misure straordinarie secondo quanto previsto da una legge organica». Tuttavia, mentre l'art. 53 limita a quindici giorni la durata dei provvedimenti governativi e impone l'autorizzazione del Parlamento per il loro rinnovo, la legge organica ha affidato al Governo un potere discrezionale di proroga della normativa<sup>24</sup>. Inoltre, mentre la Costituzione limita i provvedimenti governativi al solo scopo di fronteggiare lo stato di pericolo, la legge organica autorizza anche misure volte a contrastare gli effet-

---

<sup>20</sup> *Conseil Constitutionnel, Décision n. 85-187 DC del 25 gennaio 1985 (état d'urgence en Nouvelle-Calédonie)*.

<sup>21</sup> R. CASELLA, *La Francia dopo gli attentati di Parigi: la dichiarazione dello stato di urgenza e la proposta di revisione costituzionale del Presidente Hollande*, in *Nomos*, 3/2015; J.F. DE MONTGOLFIER, *L'urgence et le Conseil constitutionnel*, in *Nouv. Cahiers du Cons. Const.*, 54, 2017.

<sup>22</sup> G. DELLEDONNE, *Crises, Emergencies and Constitutional Changes*, in X. CONTIADES-A. FOTIA-DOU (eds.), *Routledge Handbook of Comparative Constitutional Law*, London, 2020; F. DONATI, *Il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo alla definizione dei poteri di emergenza*, cit., p. 31.

<sup>23</sup> P. GASPARD, *Il Coronavirus va sconfitto senza sacrificare la democrazia* (il Sole24ore, 19 aprile 2020).

<sup>24</sup> J. SAWICKI, *L'Ungheria e i pieni poteri a Orbán. Aspetti problematici di una possibile “Koronadiktatúra”*, in *Osservatorio su Nuovi Autoritarismi e Democrazie* (www.nad.unimi.it, 4 aprile 2020).

ti economici della crisi<sup>25</sup>. Pertanto, in base alla legge organica, il Primo Ministro potrà ora adottare decreti senza controllo parlamentare, anche in considerazione del fatto che è espressamente contemplata la possibilità di sospensione dei lavori del Parlamento, se imposto dallo sviluppo dell'epidemia. La sola Corte costituzionale è chiamata a garantire in modo ininterrotto la propria attività. Inoltre, la legge introduce modifiche al codice penale, anche con la previsione di nuove fattispecie criminali, relative alla diffusione di «false rappresentazioni» di fatti connessi all'epidemia che causino turbamento pubblico e ostacolino l'efficacia delle misure adottate.

I primi commenti in dottrina hanno sottolineato i pericoli di involuzione autoritaria derivanti da questa legislazione, anche in ragione delle recenti degradazioni dello stato di diritto in Ungheria e della teorizzazione da parte di Orbán di un modello di «democrazia illiberale»<sup>26</sup>. L'aggiramento del principio del controllo parlamentare sui decreti governativi è in chiara violazione degli standard adottati dalla Commissione di Venezia nella sua *Checklist* sul rispetto del *rule of law*, dove si prevede che in situazioni emergenziali debbano comunque essere garantiti «parliamentary control and judicial review of the existence and duration of a declared emergency situation in order to avoid abuse»<sup>27</sup>. Particolare preoccupazione suscitano anche le citate norme che criminalizzano le *fake news* sull'epidemia, anche in questo caso in ragione delle recenti misure limitative del pluralismo dei media e del dissenso politico adottate in Ungheria<sup>28</sup>: sussiste infatti il pericolo che queste norme siano utilizzate per reprimere il dissenso nei confronti delle azioni del Governo.

In un contesto di debolezza dell'Unione europea e della comunità internazionale nella protezione dello stato di diritto pur a fronte di ripetute violazioni da parte di alcuni stati, l'emergenza diviene occasione propizia per ulteriori deroghe e smantellamenti delle garanzie costituzionali basilari della liberal-democrazia, mentre i presidi approntati dalle clausole emergenziali delle costituzioni si rivelano ostacoli facilmente aggirabili. Ma anche nelle democrazie mature – nelle quali gli istituti di garanzia, il pluralismo politico e un'opinione pubblica vivace e indipendente rappresentano solidi impedimenti a concentrazioni autoritarie del potere – l'evocazione di un diritto dell'emergenza può condurre a un'involuzione della qualità democratica: lo “stato di precauzione” può nascere da una degenerazione dei sistemi democratici.

---

<sup>25</sup> S. BENVENUTI, *Sulla legge organica ungherese n. 12 del 30 marzo 2020 «sulla protezione contro il Coronavirus»*, nel blog della Società italiana di diritto internazionale e di diritto dell'Unione europea ([www.sidiblog.org](http://www.sidiblog.org), 7 aprile 2020).

<sup>26</sup> Su cui v. A. D'ATENA, *Democrazia illiberale e democrazia diretta nell'era digitale*, in *Rivista AIC*, 2/2019.

<sup>27</sup> *Rule of Law Checklist*, adopted by the Venice Commission at its 106<sup>th</sup> Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016), § 50. V. anche la recentissima *Compilation of Venice Commission Opinions and Reports on States of Emergency*, del 16 aprile 2020.

<sup>28</sup> G. HALMAI, *A Coup Against Constitutional Democracy*, in M.A. GRABER-S. LEVINSON-M. TUSHNET, *Constitutional Democracy in Crisis?*, New York, 2018, p. 243.

## 5. Il “posto” dell’emergenza nella Costituzione italiana

La Costituzione italiana non contiene una disciplina specifica degli stati emergenziali. L’Assemblea costituente esaminò questa ipotesi ma ritenne preferibile escluderla, nel timore che le deroghe alla Costituzione potessero favorire abusi<sup>29</sup>.

Questo non significa che la Costituzione resti indifferente alla necessità di fronteggiare situazioni di particolare crisi attraverso misure straordinarie<sup>30</sup>.

In primo luogo, il potere del Governo di decretazione di urgenza è preordinato a questo scopo, così come la disciplina dello stato di guerra. Da entrambe le previsioni si ricavano le scelte fondamentali della Costituzione italiana, che non consente deroghe alla centralità del Parlamento nell’assunzione delle decisioni in tali frangenti<sup>31</sup>. L’art. 77 Cost. affida al Parlamento la conversione dei decreti-legge, con cui il Parlamento riconduce l’operare *extra-ordinem* del Governo alla fisiologia delle funzioni costituzionali<sup>32</sup>. E l’art. 78 Cost., laddove autorizza la legge a conferire al Governo i «poteri necessari» in caso di guerra, utilizza sì un concetto flessibile e plasmabile dalle forze politiche, ma implica altresì un vincolo di proporzionalità sindacabile nel giudizio di legittimità costituzionale, e volto a contenere l’indipendenza dell’esecutivo in limiti ragionevoli<sup>33</sup>. In dottrina, si dibatte circa la capacità del decreto-legge e dei decreti adottati in base all’art. 78 Cost. di introdurre deroghe limitate e temporanee della Costituzione<sup>34</sup>. La tesi affermativa, pur finemente argomentata, espone l’ordinamento italiano ad una peculiare carenza garantista rispetto alle altre Costituzioni liberal-democratiche che regolano i poteri emergenziali. Paradossalmente, proprio la Costituzione più attenta a limitare i poteri emergenziali del Governo avrebbe finito per ammettere uno spazio del tutto discrezionale di potere esecutivo, circoscritto soltanto dal procedimento della conversione in legge. Del resto, la tesi attinge all’antecedente del *bill of indemnity* della tradizione costituzionale inglese, che tuttavia matura in un ambiente di *parliamentary sovereignty*; mentre nel nostro ordinamento il potere del Parlamento è anch’esso vincolato dalla Costituzione.

In secondo luogo, la disciplina costituzionale dei diversi diritti di libertà è articolata includendo i fini e le ragioni di interesse pubblico che ne giustificano limitazioni e bilanciamenti, così come gli strumenti necessari per disporre tali restrizioni. I motivi

<sup>29</sup> G. DE MINICO, *La Costituzione, le clausole eccezionali e la libertà delle persone* (il Sole24ore, 7 aprile 2020).

<sup>30</sup> In questo senso anche la recente Relazione della Presidente della Corte Costituzionale Marta Cartabia sull’attività del 2019 (del 28 aprile 2020, reperibile sul sito della Corte costituzionale), spec. pp. 17-18.

<sup>31</sup> G. DE MINICO, *Costituzione ed emergenza*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2018.

<sup>32</sup> Per tutti, ora, F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in questo volume, cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche.

<sup>33</sup> G. FERRARI, *Guerra (stato di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 843: «Il Costituente, adoperando la locuzione in parola, ha ritenuto di rompere con il passato e con l’istituto che prese il nome di “pieni poteri”», ammettendone pertanto la naturale limitazione e l’assoggettamento al sindacato di legittimità (*ivi*, p. 845).

<sup>34</sup> C. ESPOSITO, *Decreto legge*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, pp.835 ss., nonché ora F. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, cit., cui si rimanda per ulteriori riferimenti bibliografici. *Contra*, tra gli altri, F. SORRENTINO, *Fonti del diritto*, Genova, 1997, p. 86.

di «sanità e sicurezza» dell'art. 16 Cost., i «comprovati motivi di sicurezza o incolumità pubblica» dell'art. 17, il «buon costume» dell'art. 21, «l'interesse della collettività» alla salute dell'art. 32, «l'utilità sociale» dell'art. 41, configurano per l'appunto interessi pubblici che si ergono come oggettivi limiti all'esercizio delle libertà, in base a valutazioni generali del legislatore e concrete dell'autorità amministrativa e della giurisdizione. Nelle parole della Presidente della Corte costituzionale, queste clausole rappresentano «finestre aperte sulla realtà»<sup>35</sup>, che articolano un catalogo dei diritti aperto e pluralista, la cui interpretazione è inevitabilmente chiamata a composizioni pragmatiche, orientate alla logica del bilanciamento. In questa cornice costituzionale, le emergenze non possono non rilevare quali elementi di particolare peso nelle operazioni di bilanciamento, ma non devono inibirlo, schiacciando sull'interesse securitario ogni composizione proporzionata tra diritti e interessi della collettività<sup>36</sup>. Al contrario, nel contesto italiano dell'emergenza sanitaria, il Presidente del Consiglio Giuseppe Conte ha ripetutamente affermato di ispirare la propria azione al principio di «massima precauzione» e di affidarsi, in proposito, alle valutazioni tecnico-scientifiche<sup>37</sup>. Nell'intervento alla Camera dei deputati del 30 aprile 2020 egli ha affermato: «Quando – come in questa stagione di emergenza – sono in gioco il diritto alla vita e il diritto alla salute, beni che oltre a vantare il carattere fondamentale costituiscono essi stessi il presupposto per il godimento di ogni altro diritto, le scelte per quanto “tragiche”, come direbbe Guido Calabresi, diventano addirittura obbligate». Il principio di precauzione – che all'interno di un catalogo dei diritti pluralista, basato sul pari rilievo delle istanze di protezione, può svolgere un importante funzione di guida nello scrutinio di proporzionalità in contesti di rischio – diviene qui, in una prospettiva gerarchizzata tra opzioni di valore, una pretesa unilaterale: questo approccio inibisce la logica del bilanciamento, abilita lo stato a misure difficilmente contenibili, ed espone il costituzionalismo alla deriva dello “stato di precauzione”: il *precautionary constitutionalism* ipotizzato nel dibattito statunitense è, in questo senso, un inquietante ossimoro<sup>38</sup>.

In conclusione, il diritto costituzionale incorpora una valutazione circa forme e li-

---

<sup>35</sup> Intervista a Marta Cartabia (Corriere della Sera, 29 aprile 2020, p. 9). V. pure G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, [www.unicost.eu](http://www.unicost.eu), 10 aprile 2020.

<sup>36</sup> Perfino la notissima sentenza n. 15/1982 Corte cost., pure così gravemente incisiva sul diritto di libertà personale, affermava che «pur in regime di emergenza, non si giustificerebbe un troppo rilevante prolungamento dei termini di scadenza della carcerazione preventiva, tale da condurre verso una sostanziale vanificazione della garanzia». V. R. NANIA, *La libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana*, Torino, 1989. Sul tema v. G. BASCHERINI, *L'emergenza e i diritti. Un'ipotesi di lettura*, in *Riv. dir. Cost.*, 1/2003, spec. pp. 45 ss.

<sup>37</sup> Benché la successiva diffusione dei verbali delle sedute del comitato tecnico-scientifico di supporto al Governo per l'emergenza abbia evidenziato notevoli divergenze tra le misure – territorialmente circoscritte – suggerite dai tecnici e quelle – estese su base nazionale – adottate dal Governo.

<sup>38</sup> Sull'equilibrio tra diritti fondamentali e principio di precauzione nella “società del rischio”, v. M. SIMONCINI, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard*, Napoli, 2010, e A. VERMUELE, *The Constitution of Risk*, Cambridge, 2014, spec. p. 27 ss. V. pure A. BURATTI *Quale bilanciamento tra i diritti nell'emergenza sanitaria? Due posizioni di Marta Cartabia e Giuseppe Conte*, in [diritticomparati.it](http://diritticomparati.it) (1 maggio 2020) e *contra* G. MARTINICO, *Due dottrine dei diritti?*, *ivi* (4 maggio 2020).

miti dei poteri eccezionali e circa il grado di comprimibilità dei diritti individuali. Può certamente ritenersi – in una prospettiva di politica costituzionale – che questa disciplina risulti inefficace rispetto alle minacce della quotidianità, e che pertanto debba essere riformata, in modo da tenere conto dei nuovi rischi in una società globalizzata; ma nella consapevolezza che il diritto costituzionale – sebbene aperto ad interpretazioni culturalmente contestualizzate e a ponderazioni orientate alla proporzionalità – non si espone a deroghe e sospensioni<sup>39</sup>. Qualora, in presenza di situazioni di necessità, dovessero essere adottati provvedimenti derogatori della legalità costituzionale, essi potranno certo imporsi in via di fatto; ma nella consapevolezza che la rottura delle «forme della Costituzione» implica la riespansione del potere di sorveglianza del popolo sovrano. Scriveva Crisafulli: «Qualora ... i poteri costituiti e destinati a rappresentare il popolo, ad agire e governare per esso, infrangano i limiti costituzionalmente stabiliti alle loro attività, sorge nel popolo l'interesse e la possibilità di riprendere nella sua pienezza l'esercizio della sovranità, di cui è il vero titolare, opponendosi e contrapponendosi ad un apparato statale divenuto privo di ogni legittimazione. Se l'art. 1, secondo comma, della nostra Costituzione dice che la sovranità popolare è anch'essa limitata dalla Costituzione, ciò vale, evidentemente, in quanto tutti i pubblici poteri si mantengono a loro volta entro i limiti della Costituzione stessa»<sup>40</sup>.

## 6. Ulisse incatenato

Nella prospettiva del costituzionalismo, gli stati eccezionali e la prevenzione dei rischi non giustificano l'accesso a un ordinamento giuridico parallelo e derogatorio delle Costituzioni; le regole per fronteggiare adeguatamente i pericoli e le emergenze sono poste dalle Costituzioni, e le opzioni disponibili alle istituzioni politiche devono essere selezionate nell'ambito della legalità costituzionale.

È certamente vero che le Costituzioni non sono codici la cui interpretazione possa svolgersi in modo rigido e formalistico, avendo riguardo alle sole regole ricavate dal testo; esse vanno piuttosto calate nel contesto storico, ed impongono uno sforzo ermeneutico aperto a una pluralità di apporti<sup>41</sup>. E tuttavia, gli uomini si danno delle Costituzioni per garantire principi, diritti ed equilibri istituzionali proprio nei momenti di crisi, quando le tutele dei diritti risultano più esposte ai rischi di arbitrio.

---

<sup>39</sup> Così M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 4: «Ammettendo la necessità come fonte, la si dovrebbe anteporre alla stessa Costituzione, il che non ha alcun riscontro positivo, e se mai la Costituzione venisse (pur provvisoriamente) travolta per ragioni emergenziali non potremmo desumere la legittimità dell'evento dalla necessità, ma dovremmo parlare di vera e propria rottura costituzionale». Nello stesso senso M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020.

<sup>40</sup> V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, I, Cedam, Padova, 1957, pp. 456-457. Per ulteriori svolgimenti sia consentito rinviare al mio *Dal diritto di resistenza al metodo democratico*, Milano, 2006.

<sup>41</sup> P. HÄBERLE, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, in *Jur. Zeit.*, 1975, p. 297 ss.; ID., *Per una dottrina della Costituzione come scienza della cultura*, (1982), Roma, 2001, pp. 32-3.