amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 2/2021

anticipazione del prossimo numero

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Giovanni Cocozza, Sergio Contessa, Mariaconcetta D'Arienzo, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Le prevedibili gravi conseguenze causate dalla pandemia virale sollecita di nuovo l'attenzione giuridica sulla origine "endogena" del cosiddetto "stato di necessità" anche nell'ambito del vigente ordinamento informato ai principi-valori della Costituzione "rigida".

di Giuseppe Palma*

(Università Telematica "Pegaso" - Professore Emerito di Diritto Amministrativo nella Facoltà di Giurisprudenza "Federico II")

Sommario

1.Esposizione dei motivi che consigliano di tornare ancora una volta sul tema dello "stato di necessità"; 2. Impostazione del tema nel regime giuridico pre-costituzionale; 3. Differenze della ricostruzione giuridica nell'attuale regime costituzionale; 4. Conclusione in termini di "adeguamento dinamico" scandito nel tempo delle libertà riconosciute ai singoli.

Abstract

The writer is well aware that the topic identified for this work is, and so is characterized, of extreme difficulty but the interest that aroused his attention consists in having deduced from the study of recent legal writings (better technical-juridical) how there is a direct "line of argument" in doctrine (and not only) between reconstructions (at times suffered in terms of general theory) elaborated in doctrine (although undoubtedly authoritative) in the pre-constitutional era, in a considerably different political regime, and the problematic perspectives of the post-constitutional doctrine, as if one were in the presence of a mere conceptual "traslatio" from the old historical (liberal monarchical) regime in what, reacting to the latter, rests on principles and values consecrated in the Constitution.

* *La decisione di pubblicazione del presente lavoro è stata assunta dalla Direzione scientifica della Rivista, considerata l'autorevolezza dell'autore, l'originalità e lo spessore del contributo, nonché la capacità dell'autore di entrare in un dialogo approfondito col dibattito internazionale"*

1. Esposizione dei motivi che consigliano di tornare ancora una volta sul tema dello "stato di necessità".

Chi scrive è ben consapevole che la tematica individuata per il presente lavoro è, e così si connota, di estrema difficoltà ma l'interesse che ha suscitato la sua attenzione consiste nell'aver dedotto dallo studio di recenti scritti giuridici (meglio tecnico-giuridici)[1] come vi sia una "linea argomentativa" diretta in dottrina (e non solo) tra ricostruzioni (a volte sofferte in termini di teoria generale) elaborate in dottrina (ancorché indubbiamente autorevoli) nell'epoca pre-costituzionale, in un regime politico notevolmente differente, e le prospettazioni problematiche della dottrina post-costituzionale, come se si fosse alla presenza di una mera "traslatio" concettuale dal vecchio storico regime (liberale monarchico) in quello che, reagendo a quest'ultimo, poggia su principi e valori consacrati nella "nuova" Costituzione.

E ciò soprattutto se si fa attenzione alla circostanza che anche nel vecchio regime politico i dubbi, i continui ripensamenti, nutriti in dottrina alimentata, va subito sottolineato, da autorevolissimi studiosi, fondatori della generale civiltà giuridica dell'odierno nostro ordinamento, finirono per lasciare aperta, nel presente tema, ad una sorta di generale adesione per così dire "convenzionale", suggerita soprattutto dal mettere in rilievo gli analoghi spunti desumibili dalle costituzioni di Weimar, francese e soprattutto dal regime democratico inglese (di secolare vigenza storica).[2]

In conseguenza la traslatio di cui è parola ha finito per lasciare inalterati i ben noti dubbi e difficoltà ricostruttive della sottostante situazione "imprevedibile" (e conseguentemente non ancora disciplinata legislativamente) che viene denominata con locuzione verbale convenzionale di "stato di necessità". In conseguenza (se non altro) sorge (ed è sorto in chi scrive) l'interesse (quantomeno) di verificare se i cennati dubbi e le perplessità sorte nella dottrina del tempo, politicamente (e per certi aspetti anche socialmente) differente, nel quale i soggetti componenti il popolo erano considerati "sudditi", siano ancora da giustificarsi anche attualmente dopo che i Costituenti nutrirono l'esigenza (valore in certi limiti rivoluzionario) di riconoscere al popolo la sovranità (al posto del monarca titolare della sovranità).

Ma l'interesse di chi scrive è alimentato anche dalla sua convinzione, radicatasi nel tempo, secondo cui è riscontrabile specie negli ultimi tempi un notevole progressivo "distanziamento" politico dalla cultura costituzionale, il che lascia perplessi e diviene fondato indagare se quei dubbi di cui è parola non trovino un innesto stabile nella cultura giuridica attuale che finisce ancora una volta per condividere quella menzionata adesione "convenzionale", prodotto della cultura politica del passato regime.

---

[1] Cfr. M. Calamo Specchia, Principio di legalità e stato di necessità al tempo del Covid 19, in AIC, 2020, 142 ss; F. De Vanna, Il diritto "imprevedibile": notazione sulla teoria della necessità a partire dall'emergenza Covid 19, in Nomas, 2020, n. 2; A. Travarsa, Lo "stato di necessità", Diritto pubblico interno, Napoli, 1916 passim

[2] Cfr. ad es., Traversa, Lo stato di necessità, cit., pag. 1 e ss.

ISSN 2036-7821

A questo punto è da precisare che la rilevata "convenzionalità", deriva, si può desumere, non certo da dichiarazioni esplicite rinvenibili nella produzione scientifica, ma piuttosto dalla circostanza (questa sì rinvenibile) che in materia ci si limita ad adottare le storiche soluzioni e si evita di riscontrare se esse sono "conciliabili" con la complessiva disciplina costituzionale. D'altro canto è elementare che si noti l'estrema esigenza di prevenire e di trovare misure idonee ad alleviare gli effetti più o meno gravi prodotti dalle calamità naturali, ciò è una esigenza "primordiale" di ogni regime politico, ma giustificare questa "necessità" innestandola quasi esclusivamente nel "brodo di cottura" della "politica", lascia interdetti (e si possono intuire agevolmente i connessi sospetti) a maggior ragione ove si solleciti l'attenzione critica che siffatta "necessità" finisce per porre limiti e condizioni all'esercizio (e quindi al godimento) di fondamentali diritti di libertà che risultano disciplinati dalla Costituzione (ma su questo si tornerà più avanti).
In conseguenza è innegabile (e lo si ripete per evitare ulteriori equivoci) che lo Stato abbia l'obbligo di tutelare e garantire il popolo da calamità gravi (e sempre più calamitose qualora si sposti l'attenzione sui danni che si abbatteranno sulla società per eventi causati dalle modifiche climatologiche) poiché lo Stato tutela così la stessa base naturale su cui si regge e sorge, ma è anche da riconoscere che ogni orientamento politico, per la sua stessa esistenza, è destinata a divenire ed a "infuturarsi" in disciplina giuridica, però va tenuto presente ed occorre porre in evidenza che ogni ordinamento prevede le necessarie misure e regole in forza delle quali la politica possa realizzarsi legittimamente in un "prodotto giuridico" e tale orientamento, epicentro dell'indagine intrapresa, vale maggiormente nei confronti di una Carta costituzionale intenzionalmente voluta e dichiarata come "rigida". Ed allora si comprende l'estrema necessità (perché appare utile anche in ordine all'esigenza di garantire il grado di democrazia nell'attuale regime) che non si dia niente più per scontato in ordine alla tematica in questa sede indagata e si passi ad interrogare (starei per dire di nuovo) la Costituzione poiché è quasi elementare pensare che i Costituenti, che hanno avuto in gran conto di attribuire ai componenti del popolo sovrano le libertà, abbiano poi lasciato che la politica (anzi la mera politica) potesse "stravolgerle" sebbene nel clima di calamità. Ultima osservazione esplicativa; si fa notare che ammettendo, ovvero dovendo ammettere che lo stato di necessità si è soliti affidarlo all'esclusiva azione politica (ma su ciò più avanti) ha consigliato l'aggettivazione di "endogena" (nel senso che non sarebbe stato previsto in Costituzione e nasca "autonomamente" nella struttura complessiva della "Istituzione").

2. Impostazione del tema nel regime giuridico pre-costituzionale.
Prima di inoltrarsi nell'indagine, che il presente lavoro si propone, appare molto utile precisare la chiave che si intende adottare ed a tal fine si ricorda quanto si afferma in

ISSN 2036-7821

un'opera del 1853, sul Diritto pubblico e privato del Regno delle due Sicilie, che "la Costituzione di un popolo non è che l'espressione dei suoi bisogni, dei suoi desideri, dei suoi costumi, delle sue abitudini, delle sue tendenze, delle sue virtù, e persino dei suoi stessi vizi…perocché non è a ricercarsi il suo tipo che nella storia civile…senza necessità di frugare negli archivi politici degli altri popoli ed aggiungere nella realtà sociale di epoche precedenti di uno stesso popolo".[3]

Ed è comprensibile allora che le soluzioni in materia risultano prospettate in termini tecnico-giuridici, in assenza però di un preliminare raffronto con il differente ordinamento sopraggiunto, non possono essere trapiantate soprattutto nel nuovo ordinamento informato a principi e valori differenti, rispondenti a differenti gradi di civiltà sociale .

E si rileva che in tema di "stato di necessità", non rinvenendo un esplicito riferimento costituzionale, ci si è orientati con passo sicuro nel riconoscere e giustificare l'intervento normativo, determinato dagli effetti della calamità, come quella della pandemia virale, nella previsione del decreto legge (art. 77 Cost.) ed a volte includendo in tale prospettiva la disciplina vigente, approvata con legge sulla protezione civile (ad es. ordinanze contingibili ed urgenti, ordinanze normative ecc.).

In altri termini ci si orienta ad adottare un istituto che conterrebbe in modo subliminale anche la previsione di disciplina dello stato di necessità. Ma chi scrive avverte la necessità di annotare che il regime istituzionale vigente all'epoca, in cui una tale prospettiva di soluzione ebbe origine, risulta informato a cordinate istituzionali, in termini di dialettica funzionale, del tutto differenti da quelle che attualmente si è costretti a prendere in considerazione.

Sì consideri che l'articolo 3 dello Statuto sancisce che "il potere legislativo sarà collettivamente esercitato dal Re e da due Camere il Senato e quella dei Deputati", il successivo articolo 5 "al Re solo appartiene il potere esecutivo" , l'articolo 6 "il Re nomina a tutte le cariche dello Stato e fa i decreti e regolamenti necessari per l'esecuzione delle leggi…", l'articolo 8…"il Re convoca in ogni anno le due camere, può prorogarne le sessioni…" e l'articolo 10 "la proposizione delle leggi apparterrà al Re …".

Si può dedurre quindi che in un regime di tal fatta al potere esecutivo spettava per competenza, statutariamente riconosciuta, un'ampia area di attività rilevante in campo normativo da impiegare in ogni ipotesi valutata necessaria di una iniziativa da parte del Re capo indiscusso del potere esecutivo (e legislativo), anche se finalizzata nel caso a limitare (o addirittura a cancellare) le "libertà" individuali, infatti è vero che l'articolo 26 sanciva che "la libertà individuale è garantita" ma se un atto comunque con valore ed effetto normativo veniva emanato per limitarla, ovvero per non garantirla il discorso era destinato a chiudersi.

[3] Cfr. C. Marini, Diritto pubblico e privato ecc., Napoli, 1853, 133 ss.

ISSN 2036-7821

A tal punto va ricordato che secondo alcune prospettazioni in dottrina sostenevano che l'atto da ultimo cennato venisse assoggettato, in termini di legittimità, al giudizio di un giudice, ma la prospettiva in esame non sortì la fortuna di essersi diffusa, anche perché nella fattispecie si trattava pur anche di un atto con effetti normativi. Di questa situazione di rilevanti difficoltà si resero ben conto autorevoli studiosi, sensibili alla debole posizione del singolo privato (soprattutto ulteriormente aggravata dalla esistente società oligarchica, vale a dire divisa per classi, che si rifletteva a sua volta anche sui relativi statuti di queste), i quali si attivarono, specialmente con il progredire dell'ordinamento verso mete di maggiore democrazia parlamentare liberale, al fine di approntare più efficienti garanzie della posizione giuridica del singolo prospettando inizialmente che lo "stato di necessità", con effetti negativi per quest'ultimo, trovasse il suo fondamento su di un "principio", per così dire universale, e non poggiante perciò sullo Statuto, come connaturato alla "Istituzione" (pertanto preesistente all'ordinamento allora vigente), alla "ragione di Stato", come denominatore di ogni ordinamento statuale e quindi connesso intimamente alla stessa esistenza di un soggetto Stato, alla teoria del "fatto norma" ed infine sono approdati sul decreto legge la cui garanzia dei privati era assicurata dall'intervento del Parlamento al fine della commutazione in legge.[4]

Va però subito da porre in evidenza come quest'ultima soluzione nel regime politico esistente non era tesa a sostenere che la disciplina di condizionamento delle libertà e/o delle posizioni giuridiche dei privati fosse prevista perciò stesso nell'istituto del decreto-legge (come a volte si finisce per sostenere attualmente) ma soprattutto nell'intento di affrontare una maggiore garanzia del privato cittadino, senonchè, saltando di pari passo il lungo itinerario giuridico-storico, sviluppatosi in coerenza dell'avvento di ideali politici che conducono progressivamente allo Stato parlamentare liberale, la teoria del decreto-legge è stata trasferita nell'ordinamento post-costituzionale come quell'istituto che in sé contiene la stessa previsione (e quindi la legittimazione) dello "stato di necessità" e sarebbero legittimate anche i limiti e le condizioni che la necessità impone di apportare alle libertà riconosciute dalla Costituzione ai cittadini (peraltro titolare della sovranità spettante al popolo).

3. Differenze della ricostruzione giuridica nell'attuale regime costituzionale.

Sì perviene così nel predominante clima della elaborazione giuridica post-costituzionale, nel quale non si rinviene una esplicita previsione dello "stato di necessità", in conseguenza ci si orienta nella prevalente tendenza ricostruttiva a giustificare i notevoli limiti e condizioni all'esercizio dei diritti di libertà, consacrati nella Costituzione, nella disciplina del decreto-legge, in altri termini nell'istituto, adottato in Costituzione dopo il superamento di una serie di dubbi sollevati in

[4] Per una visione di insieme sulla elaborazione in dottrina si rinvia a F. De Vanna più sopra cit., pagg. 3 e ss.

ISSN 2036-7821

Costituente, meramente strumentale a risolvere, secondo il passato regime statutario, l'urgenza di adottare una disciplina normativa specialmente nel periodo fra le due Sessioni, nelle quali le Camere non erano funzionanti. Ed il percorso argomentativo di per sé semplicistico sostiene che se si riconosce al Governo la facoltà di risolvere, sul piano normativo, difficoltà ovvero emergenze con un certo grado di urgenza ed allora tale "urgenza" contiene anche il connotato della "necessità "di intervenire, donde l'implicita previsione dello stato di necessità in esame.

Ma a parte quanto si osserverà più avanti, a chi scrive appare non condivisibile una tesi siffatta perché ritiene (ed in seguito sarà meglio motivato) che una (soprattutto) implicita inclusione nello stato di urgenza per così dire di esplicazione generalissima, nel senso che risulta in concreto azionabile (e /o impiegabile) in molteplici situazioni ed assolve a molteplici scopi (per esempio per l'assenza temporanea della disciplina legislativa, come per il ritardo della relativa adozione di una disciplina ad opera del Parlamento) possa contenere, ancorché implicitamente, il potere di escludere e/o limitare l'esercizio di diritti previsti "esplicitamente" nella Costituzione peraltro rigida. Ed una tale impostazione trova conferma nell'ampia discussione svolta in sede Costituente (Seconda Sottocommissione) nella quale la previsione del decreto-legge fu inizialmente avversato.

Infatti lo stesso relatore On. Mortati osserva che "la questione consiste se deve ammettersi l'adozione di un tale provvedimento da parte del Governo all'infuori delle Camere e se sia il caso di legalizzare questa eventualità e bisognerebbe considerare se la vacanza della Camera sia dovuto a scioglimento o ad aggiornamento" e continua "solo in una percentuale minima è giustificata dall'urgenza, in tutti gli altri casi questa è un pretesto che il Governo e per esso la burocrazia, usa per decretare a sua volontà. Contro questo cattivo uso del potere esecutivo bisogna reagire, vietando al Governo l'emissione autonoma di qualsiasi provvedimento di urgenza.... ma temo che, accogliendo la proposta dell'On. Conti, si corra il pericolo di estromettere il Parlamento proprio dalla sua funzione caratteristica che quella di legiferare". L'Ono. Bozzi "dovrebbe essere vietata al Governo questa facoltà che è stata una delle piaghe del nostro Paese". L'On. Patricolo "si deve rispettare il principio che il potere esecutivo non abbia la facoltà di emettere decreti, ma il principio stesso non può considerarsi violato se il potere legislativo delega ad una sua, sia pure modesta, rappresentanza di intervenire eccezionalmente con provvedimento di urgenza per fronteggiare avvenimenti impreveduti". L'On. Lussu "osserva che la vita moderna ha esigenze democratiche più che liberali, essa è così piena di problemi urgenti che non si può negare che vi siano casi in cui il Governo è obbligato ad intervenire. Vero è che la Camera potrà essere convocata in breve termine e questo potrà avvenire per questioni importanti, ma vi sono infiniti piccoli problemi per i quali non si può convocare il Parlamento e che d'altra parte richiedono la immediatezza di decisioni ". L'On. Uberti "ricorda che dal 1921 si

ISSN 2036-7821

cominciò a legiferare per decreto legge..... occorre modificare il sistema". L'On. Ravagnan sostenne che "occorre preoccuparsi del come provvedere a legiferare in casi di assoluta urgenza nel periodo di sospensione dei lavori parlamentari". L'On. Mortati, dopo aver rilevato che in fatto l'urgenza viene creata dal cattivo funzionamento delle Direzioni generali (ed altro ancora), "insiste nella proposta di abolire la decretazione di urgenza". L'On. Tosato "è anch'egli contrario alla decretazione di urgenza per ragioni teoriche e per ragioni di carattere particolare", "pertanto o si va incontro alla pratica invalsa o stabilire esplicitamente che l'istituto della decretazione d'urgenza è escluso"; l'On. Codacci Pisanelli consiglia di disciplinare l'istituto perché comunque il problema risorgerebbe (e ricorda la legge del 1926). L'Onorevole Perassi, si dichiara in via di principio contrario alla decretazione d'urgenza però concede il suo condizionato voto alla previsione in Costituzione.[5]

In conclusione venne messa ai voti la proposta di impedire la decretazione di urgenza ed essa fu approvata.

Passata la questione in Assemblea Costituente fu illustrata e discussa nell'ambito del generale esame relativo alla configurazione del Governo ed ai suoi poteri e il settore fu introdotto dall'onorevole Gullo, il quale afferma che il potere esecutivo "sia organizzato nella Costituzione in modo che esso tragga la sua necessaria autorità soltanto dalla volontà popolare manifestata attraverso la concessione della fiducia da parte della Camera dei deputati". Con riferimento specifico al potere normativo del Governo, egli dichiara di non voler prendere posizione in termini di teoria giuridica circa, ad esempio, la tesi che alcune particolari situazioni di fatto abbiano di per sé un valore normativo, e rileva "l'impossibilità di stabilire limiti rigidi... e porta fatalmente ad una invadenza dell'esecutivo nella formazione della legge...d'altro canto nell'epoca in cui viviamo si rende possibile provvedere ad una rapida convocazione del Parlamento... tuttavia non sarà grave né pericoloso lasciare che il governo emani sotto la sua precisa responsabilità i provvedimenti necessari che verrebbero ad assumere una efficacia di fatto ", tuttavia egli riafferma "l'assoluto divieto del decreto-legge". Inoltre dichiara che con quanto sostenuto (non significa) "disconoscere le necessità dello Stato moderno le quali derivano dall' ampliamento dell'intervento statale e dal tecnicizzarsi progressivo della legislazione"; più avanti mette in guardia che il "tecnicizzarsi della politica porta ad una invasione del potere esecutivo e pertanto sottolinea la necessità di fissare limiti e condizioni in materia" e chiude la lunga relazione con il ricordare che "il paese sia avviato ad una democrazia sostanziale richiesta nella coscienza e fondata sull'interesse, fattiva ed operosa della più gran parte dei cittadini".

[5] Cfr. La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, Camera dei deputati – Segretariato generale, Vol. VII, pag. 1074 ss.

ISSN 2036-7821

Interviene ancora una volta l'On. Ruini, il quale riassume la disputa sorta tra i differenti orientamenti (anche di esclusiva natura politica) affermando che "vi è una sovranità unica e ne è depositario il popolo. Vi è una delegazione unica di sovranità ed è fatta al Parlamento... così il Governo d'Assemblea, ha tutti i diritti della dittatura senza averne il pregio della responsabilità individuale".
Tra gli interventi in sede di Assemblea si fa riferimento a quello dell'On. Tosato il quale, pur rimanendo contrario alla previsione del decreto legge nella Costituzione, si arrende alla maggioranza però chiede che si "inserisca il principio secondo cui se i decreti non sono convertiti perdono efficacia dal momento della loro emanazione ", che viene approvato dall'Assemblea.[6]
All'intuibile interrogativo perché si sia proceduto ad una siffatta sintesi delle opinioni espresse in ordine all'adozione nella Carta dell'Istituto di cui alla tematica di indagine, si passa subito ad esprimerne le ragioni e si fa notare come l'istituto del decreto-legge, per altro non adottato all'unanimità dei Costituenti, tra i quali autorevoli studiosi di diritto pubblico-costituzionale, sia a causa dell'abuso fattone dalla politica precostituzionale ed in conseguenza del principio approvato nell'articolo 2 Cost. secondo cui i diritti inviolabili e le corrispondenti libertà garantite ad ogni componente del "popolo sovrano" fossero più fedelmente e pienamente garantite se la tutela spettasse al Parlamento da essi eletto, in una società da realizzarsi in futuro non più frazionata in classi (vale a dire non più oligarchica), ma anche allo scopo di rilevare che l'argomento qui indagato non è stato mai discusso con accenno specifico alla necessità di ovviare agli effetti più o meno gravi delle calamità, piuttosto si parlò in termini di ovviare ad ipotesi di "urgenza", specie nelle ipotesi che il Parlamento non fosse stato già convocato (nella vacatio tra la Sessione di primavera e quella dell'autunno; vacatio che ora non sembra più in fatto registrarsi) ed in termini meramente discorsivi si sosteneva che l'ipotesi di urgenza integrava in fatto il connotato della necessità dell'intervento governativo, nella cui visuale, è intuibile, erano ricompresi, perlomeno nella logica del suo concreto funzionamento (e /o applicazione) tutte le ipotesi in cui era notata l'esigenza di disciplinare rapporti e/o situazioni non ancora disciplinati con legge.
Ma c'è un ulteriore grado di motivazione ben più profondo e consiste nel rilevare che mentre nel regime statutario le libertà erano garantite (come si è premesso più sopra) ma una tale proclamazione era labile poiché una legge poteva cancellarne alcune e nessuna conseguenza in termini giuridici conseguiva, contrariamente si pone in evidenza che i Costituenti hanno avuto (l'amorevole) cura di rinforzare al massimo il patrimonio di diritti inderogabili e delle libertà di ogni componente del popolo sovrano, sarebbero stati imperdonabilmente distratti a non prevedere anche forme di tutela di questi cosiddetti vantaggi, specialmente se si fa attenzione che

[6] Cfr. sempre loco cit., nella nota precedente

ISSN 2036-7821

l'intervento di urgenza, approvato sebbene con numerose riserve, avrebbe di per sé avuto la forza (si intende giuridica) di sospendere e/o di limitare il godimento, sia pure temporaneo, di diritti che erano specificamente normativizzati nella stessa Costituzione, il che ove fosse stato rilevato nei lavori della Costituente avrebbe probabilmente suggerito altri limiti e condizioni di cui all'articolo 77 Cost., a maggior ragione se si considera che proprio in funzione di garanzia delle prerogative di cui alla prima parte della Costituzione i Costituenti operarono con potenziato grado di attenzione nel configurare la disciplina della 2° Parte (e tale orientamento è rilevabile con la semplice consultazione dei verbali dei lavori); però se quanto affermato pare esatto e giustificato allora deve dedursi che il decreto-legge costituisce solo uno strumento che può essere impiegato allo scopo ma il potere che nella specie è esercitato deve essere stato previsto in altra parte della Carta come si dimostrerà di qui a poco.

4. Conclusione in termini di "adeguamento dinamico" scandito nel tempo delle libertà riconosciute ai singoli

Al fine di avviarsi sulla strada aperta dalle argomentazioni introdotte con una maggiore convinzione occorre ancora precisare preliminarmente il senso reale delle due ultime considerazioni.

Si sarà compreso che lo strumento del decreto-legge può essere impiegato per sopperire alle esigenze conseguenti a calamità, e questo si può ammettere, ma in esso non contiene la previsione implicita dello stato di necessità e tale conclusione è provata dal fatto che l'orientamento dei Costituenti fu molto tiepido nel prevederlo in Costituzione e finirono per adottarlo al fine di soddisfare la generale esigenza della "urgenza" di adottare comunque una "disciplina" non preesistente e quindi non già adottata dal Parlamento. D'altronde con la diffidenza espressa nei confronti dell'intervento governativo potevano mai dimostrarsi favorevoli ad affidare a quest'ultimo la facoltà di intervenire, per di più in termini restrittivi, in materia di diritti inderogabili e quindi di libertà riconosciute ai singoli e già conformate in termini giuridici (vedi ad esempio il diritto alla salute, ecc.) ed ancor più dopo l'adozione del principio secondo cui "la Repubblica si prometteva di riconoscere e garantire i diritti della persona sia come singolo sia nelle formazioni sociali" (articolo 2 Cost.), in altri termini era tracciato con ciò un programma di azione futura funzionale a realizzare la società inclusiva, solidale di individui uguali.

Ed in considerazione della buona riuscita di siffatto programma rivolsero la massima attenzione sulla dialettica dei poteri pubblici istituzionali, precisandone una serie di tratti del loro esercizio al fine che fossero funzionali allo scopo e fedeli al compito affidatogli. Una conseguenza negativa ai fini della compiuta conoscenza della Carta discende dal rilievo che anche la dottrina, in considerazione del fitto apparato tecnico-giuridico introdotto nella seconda parte della Costituzione, ha finito

ISSN 2036-7821

per porre maggiore (se non esclusiva) attenzione su questa parte e non sempre ha proceduto nel "conservare" il necessario collegamento con la prima, che costituisce il sistema dei principi e valori filosofico-politici che fissano l'indirizzo che il potere pubblico doveva (anzi avrebbe dovuto) rispettare nella sua futura azione politica.

Per converso la prima parte della Costituzione è rimasta nell'opinione diffusa come se si trattasse di una semplice dichiarazione di intenti, come del resto in un primo momento si pensò di far precedere il testo costituzionale. Inoltre va anche notato che in più occasioni i Costituenti precisarono che non si parlava di libertà (ancora) nel senso giusnaturalistico (aspetto che erroneamente viene ancora seguito) e quindi esse non dovevano essere ancora considerate come "libertà negative" vale a dire come zona franca garantita dal sistema ordinamentale, bensì vanno configurate e così ritenute come "libertà positive" nel senso che l'ordinamento giuridico-costituzionale procede a conformarle (pur lasciando una libertà di autodeterminazione nell'esercizio) ma vanno esercitate nel rispetto di quegli scopi di cui ai doveri di concorrere al progresso civile, economico e politico, in altri termini a favore della "infrastruttura" di quel popolo ormai divenuto (politicamente) sovrano.

Ed allora appare più chiaro che nelle ipotesi delle libertà negative (giusnaturalistiche) risulta più agevole condizionarle nell'interesse pubblico (si ricordi quanto premesso sul regime statutario), viceversa in ordine alle libertà positive già oggetto di conformazione giuridica (con riflessi anche sull'esercizio dei relativi doveri non certo soltanto etici) poteva mai il Costituente disinteressarsi che nel futuro potessero essere soggette a "illegittime intromissioni della politica" perdendo in conseguenza la loro diramazione dal sistema originario dei principi e dei valori (di qui la particolare attenzione prestata all'esercizio dei poteri pubblici disciplinati nella seconda parte di cui è parola più sopra).

A questo punto ci si limita ad accennare che in un siffatto quadro infrastrutturale della dialettica istituzionale va inquadrato senza alcun dubbio la disposizione di cui all'articolo 23 Cost., inserita nel Secondo Titolo sui Rapporti civili, il quale pone il principio categorico dell'intervento della "legge", diversamente da quanto sembra generalmente ritenersi anche in alcune argomentazioni giuridiche (ma su ciò si tornerà).

Sulla scia di siffatti presupposti è ora di portare il discorso sul nucleo problematico della presente indagine. In conseguenza il discorso induce ad individuare il principio primo costituzionale della competenza di conformazione dei diritti inviolabili da riconoscere (e garantire) ai componenti del popolo sovrano e l'attenzione viene ancora una volta tratta sull'articolo 2 Cost. una volta che, come si è appena detto, si era escluso di premettere un "preambolo" alla Carta, ed è proprio nell'articolo citato che è da rinvenire (per così dire) il "genoma" della previsione del potere di conformare i diritti inviolabili; infatti l'articolo 2 testè citato contiene, sia pure redatto sotto forma verbale semplice e piana, una sorta di "reazione nucleare" che in modo

ISSN 2036-7821

"inesorabile" detta la direttiva politica alle forze politiche che si alterneranno alla guida del Paese.[7]

In tal senso ogni dubbio deve cedere di fronte a quanto risulta dichiarato nei lavori della Costituente, come "(si) propone una riforma della struttura sociale ed anche politica dello Stato. L'ideale da proporsi in una società pluralista e appunto questo ideale organico per cui ogni uomo abbia una funzione ed un posto nel corpo sociale, funzione e posto che dovrebbero essere definiti... e che fissa le posizioni di tutti" (La Pira); "questo concetto fondamentale dell'anteriorità della persona, della sua visione integrale e dell'integrazione che essa subisce in un pluralismo sociale, che dovrebbe essere gradito alle correnti progressiste" (Dossetti); "il fine di un regime democratico è quello di garantire un più ampio e più libero sviluppo della persona umana" (Togliatti); "si tratta di uno sforzo verso la solidarietà sociale in senso antiindividualista" (Basso); "i primi articoli della Costituzione…direttive indicate al legislatore, come un solco in cui egli debba camminare come affermazione delle finalità cui la democrazia tende" (Basso); "in uno statuto non si può che ammettere i principi generali senza scendere al dettaglio" (Lombardi) e ciò dopo aver definito la prospettiva in cui procedere "occorre mettere da parte la filosofia e le ideologie che ci dividono ad interessarsi della Costituzione che ci unisce"(Mancini).[8]

In conseguenza con quanto premesso resta anche fissata la prospettiva della presente indagine e si deduce che la Repubblica riconosce e "garantisce" i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia "nelle formazioni sociali" e "richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà.....", e si deve dedurre che in questa dizione viene prevista la "competenza" che la Repubblica si riserva di disciplinare e conformare i diritti di cui è parola in modo che siano "disponibili " ad assolvere ai doveri di cui è altrettanto parola.

Occorre anche precisare che le "formazioni sociali " richiamate non trattasi di un mero canto alle stelle, bensì un riconoscimento della loro rilevanza giuridica, la quale comporta che già come tale attribuisce anche rilevanza giuridica (una sorta di proprietà transitiva) agli interessi diffusi (o soprindividuali, come alcuni definiscono) per così dire, allo stato puro, però se la Repubblica intende anche "garantire" oltre che al solo riconoscimento, può procedere a disciplinarli (perlomeno alcuni di questi) al fine di rinforzare siffatta garanzia in termini giuridici di "diritti soggettivi", così come ha per così dire proceduto per quei diritti che sono stati disciplinati nei tre Titoli della

[7] E' necessario ricordare che chi scrive è intervenuto in più occasioni in tema di "formazioni sociali", come da ultimo "Nell'attuale crisi che ha causato ulteriore attenuazione della "coscienza sociale" la Corte Costituzionale incrementa il suo ruolo di supremo garante della Costituzione ravvivando l'attenzione sull'apporto giuridico delle "formazioni sociali" ai fini del sindacato sulla costituzionalità delle leggi, in pubbl.; cui adde (4) Premessa alla ristampa, per i tipi della Giappichelli, Torino, dal Volume "Indirizzo politico statale e autonomia comunale. Tratti di una parabola concettuale".

[8] La Costituzione della Repubblica, già cit., vol. VI, pag. 316 e ss.

ISSN 2036-7821

prima parte (ivi compreso il diritto alla salute, articolo 32), infatti questi ultimi, ritenuti dai Costituenti di maggiore rilievo nel tracciare la via verso la società inclusiva organica e solidale, sono una sorta di "archetipo "di quel genoma di cui all'articolo in esame.

Ma non è tutto. Va anche rilevato che dalla conclusione, cui si perviene in questa sede, può anche mettersi in rilievo che nella conformazione a diritto soggettivo rimane o può rimanere individuato il connesso "dovere" di partecipazione (che in concreto si configura come dovere civico e non meramente morale) ed è qui che la precedente osservazione in ordine all'articolo 23 Cost. assume il massimo rilievo ricostruttivo poiché "nessuna prestazione personale" può imporsi se non prevista dalla legge, e va anche ricordato che la "prestazione" vuole significare l'attività richiesta o fornita da una persona e pertanto assume rilievo sul piano dell'intervento legislativo di conformazione del diritto-dovere di cui all'articolo 2 in esame;[9] nella specie trattasi di adeguamento dinamico scandito nel tempo.

Ed allora si può concludere affermando come in un quadro così disegnato in Costituzione con tratti abbastanza netti di essenza politico-giuridica deve escludersi che lo "stato di necessità" possa configurarsi, come nel passato regime di democrazia liberale, come una forza (qui definita) endogena della Istituzione, esso infatti rientra in questo quadro e da esso ottiene rilevanza giuridica, ma anche in esso ritrova l'indirizzo operativo, con ciò non si vuole negare che anche il decreto legge trovi un suo proprio ambito di manovra ma in termini esclusivi di strumento per (sua) natura di attivare una sollecita e pronta "decisione parlamentare" (ed in questi limiti resiste la sua storica esistenza). In estrema conclusione lo "stato di necessità" va inserito nella collegata complessiva disciplina di cui al collegamento funzionale degli artt. 2 e 23 Cost..

Si conclude e a chi scrive rimane soltanto, in considerazione dell'attuale clima politico, di augurarsi che l'ottimismo della ragione non ceda al pessimismo della volontà.

[9] Cfr. Spagna Musso, cit., in Commentario breve alla Costituzione, a cura di Crisafulli e Paladin, 1990, 23 (nel Commento all'art. 2 Cost.).

ISSN 2036-7821