

The Emergency Activity of Institutions in Times of Covid-19

L'attività emergenziale delle istituzioni ai tempi del Covid-19

Fabio Corigliano

Abstract

The historical period determined by the health emergency has highlighted the question relating to the emergency laws, and even more the increasingly incisive and pervasive role of non normative acts. As a consequence, a tension between authority and freedom arises. It is now necessary to question the fundamental dimensions and tendencies of that tension.

Il periodo storico determinato dall'emergenza sanitaria ha posto in assoluta la questione relativa alla decretazione d'urgenza, e ancor di più il ruolo sempre più incisivo e pervasivo degli atti di *non normativi*. Come conseguenza, si è manifestata una tensione tra autorità e libertà. È ora necessario interrogare le dimensioni e le tendenze fondamentali di quella tensione.

Keywords

Pandemic, emergency, soft law

Pandemia, emergenza, soft law

Desidero ringraziare, per la sua disponibilità, per i preziosi consigli e l'attenta lettura, il dott. Francesco De Vanna. Il nostro confronto nell'ambito del CRID – Centro di Ricerca Interdipartimentale su Discriminazioni e vulnerabilità di Unimore (www.crid.unimore.it), è stato essenziale per l'affinamento di alcuni concetti esposti in questo articolo.

Introduzione

Come ha notato Herbert L. A. Hart in celebri pagine de *Il concetto di diritto*, ciò che caratterizza le “difficoltà” umane alle prese con le necessità di regolazione della società, è la presenza contestuale di due “svantaggi” pregiudizievoli: «il primo svantaggio è la nostra relativa non conoscenza dei fatti: il secondo è la relativa indeterminatezza dei nostri scopi» (Hart 1965: 151). Sicché, il problema posto dalla cosiddetta *struttura aperta del diritto*, non ha a che fare solamente con quella che lo stesso Hart definisce l’“incertezza ai margini”, che è sostanzialmente dovuta alla caratteristica del linguaggio (e alla sua *qualità*, diremmo noi), ma rappresenta l’unico atteggiamento possibile da parte dell’uomo nell’ambito della sua consapevolezza del mondo. Il diritto (e *pour cause* la politica) non può che avere una *struttura aperta*, dal momento che il mondo in cui viviamo, la vita che vi svolgiamo, le incertezze che la connotano, non sono assolutamente prevedibili, se non con margini molto ampi di errore: «se il mondo in cui viviamo fosse caratterizzato solo da un numero finito di elementi, e questi, insieme ai modi in cui si combinano fra loro, ci fossero conosciuti, allora si potrebbero dare disposizioni in anticipo per ogni possibilità. Potremmo creare delle norme la cui applicazione a casi particolari non richiederebbe un’ulteriore scelta. Si conoscerebbe ogni cosa e, per questo motivo, una norma potrebbe risolvere specificamente in anticipo qualsiasi questione. Questo sarebbe un mondo adatto per la “giurisprudenza meccanica”» (Hart 1965: 151). Un mondo popolato dai giudici-automi di Max Weber, in cui il diritto potrebbe prevedere tutto in anticipo, dal momento che il dispiegarsi del reale sarebbe già compreso nella sua struttura logica, linguistica e normativa — e all’inverso, il dispiegarsi della sua struttura logico-linguistico-normativa sarebbe già comprensivo del reale, dal momento che vi sarebbe un’equivalenza tra la realtà e la sua descrizione linguistica e normativa, tra le parole e le cose, e in modo inedito rispetto alla elaborazione *classica* del tema, tra pensiero ed essere.

Senza il bisogno di scomodare il Camus de *La Peste*, è evidente che il reale non è prevedibile, la vita riserva molte sorprese inaspettate e il giurista, così come il filosofo, il sociologo, e più in generale l’osservatore non può che rimanere sgomento di fronte allo scarto necessario tra le parole e le cose, tra il linguaggio, la norma e la realtà, pur vigilando affinché parole e cose possano seguire una direzione comune, ma sapendo che questa speranza verrà difficilmente attesa. Su questo divario, come insegna Michel Foucault sono state costruite ed elaborate tutte le teorie politiche e giuridiche che conosciamo, il cui fine ultimo consiste sempre nel tentativo di interpretare l’ansia che ovviamente assale l’osservatore a contatto con una realtà non incline all’anticipazione, o meglio ad una totale anticipazione, perché se è vero che nel corso della storia umana gli strumenti di previsione sono stati viepiù rafforzati e raffinati, sino a permettere ampi margini di

intuizione del mondo futuro o delle future azioni, non è d'altra parte da disconoscere quella che lo stesso Hart rappresenta come un'incertezza di fondo. Questa è stata d'altra parte icasticamente riferita da Herbert Simon alla *razionalità limitata* degli esseri umani, i quali non possono ragionare nei termini di un'assoluta possibilità di assoggettamento del *vernunftlos*, come avrebbe voluto la tradizione fichtiana, giunta intatta sino a tutti i positivismi che hanno descritto l'avventura umana per lunga parte del Novecento, inclusa addirittura una teoria peculiare del politico come quella weberiana (Cacciari 2020). Non solo non è possibile subordinare il *vernunftlos* alla prevedibilità, ma nemmeno è possibile racchiudere il contegno degli esseri umani entro griglie precise di calcolabilità, perché il mondo in cui viviamo è spesso inespugnabile anche per l'uomo che lo abita, e le scienze non possono che provare ad effettuarne una descrizione non esauriente, senza poter pretendere di averlo colto una volta per tutte.

Tutto questo discorso, che potrebbe apparire assolutamente ragionevole e quasi rassicurante nei momenti "normali" in cui la vita continua a scorrere sui consueti binari della regolarità, assume una connotazione considerevolmente più impressionante nei momenti di crisi — crisi del singolo individuo o del corpo sociale — in cui cioè le poche certezze sulla discreta regolarità della vita, che acconsentirebbero all'essere umano di badare alle sue consuete attività senza spavento né angoscia, vengono completamente travolte dall'imprevisto.

L'imprevisto, l'inatteso può assumere, come sappiamo, varie morfologie, che intaccano le vite degli uomini, e può avere, com'è evidente, una connotazione positiva o negativa.

Un autore che ha speso tutta la sua forza narrativa nella descrizione degli effetti dell'inatteso è José Saramago. La narrativa di Saramago andrebbe riletta in tutti i momenti di crisi dell'umanità, perché nelle sue osservazioni sul destino dell'uomo, sulla sua "politicalità", sui suoi sentimenti ed emozioni, si ricavano scorci di analisi (fantastica) delle situazioni imprevedute che dovrebbero far riflettere, appunto, sulla fragilità dell'essere umano e delle forme di disciplina sociale, di rappresentanza politica e produzione normativa che lo stesso si è dato.

Inventari

A partire dai primi mesi tragici in cui è iniziata la pandemia in Italia, sino al presente in cui scriviamo, e per un periodo ancora assolutamente incalcolabile del prossimo futuro, a fronte di un enorme stato di insicurezza circa le sorti della sua stessa vita sulla terra (Buscema 2020: 1), l'individuo ha avuto una sola e ferrea certezza: quella della presenza dello Stato (Bin 2020).

Quale presenza e quale Stato, è una questione che andrebbe definita, presumibilmente a partire dall'inquadramento delle tendenze e dei movimenti dell'attuale forma di governo nel più ampio ambito della storia delle dottrine politiche (Scichilone 2020), anticipando peraltro sin d'ora che non è nell'intenzione di chi scrive intervenire nella valutazione complessiva dei fenomeni, il che richiederebbe un'analisi più ampia, strumenti più solidi, e soprattutto un minor debito nei confronti del giorno e dell'ora (Mann 2005: 31), ma semplicemente di proporre una *collezione* degli stessi, un *inventario*. È evidente, come insegna Walter Benjamin, che il collezionista impone sempre agli oggetti collezionati una regola, una legalità differente e differita, sottopone gli oggetti ad una norma che è quella propria della collezione, ma che non deve corrispondere per forza di cose alla regola che riuniva o disuniva quegli stessi oggetti prima di far parte della collezione. Allo stesso modo, è del tutto manifesto che nel presentare in queste pagine una lista di fatti e fenomeni, gli stessi verranno esposti secondo un ordine che è già stato previsto e studiato da parte di chi scrive, dando una forma precipua al sentimento del reale, ma allo stesso tempo, si deve avvertire che non è assolutamente intenzione di questa collezione di proporre una valutazione "etica" o politica dei fenomeni trattati, né di formulare complesse teorie sul modo di essere della statualità, o sul rapporto tra diritto alla salute e diritti fondamentali, ma solamente di descriverne il movimento, solo di guardare, usando la bella immagine di Emanuele Severino, alcune *tendenze fondamentali* delle istituzioni politiche del nostro tempo, come si ricavano dalla loro più recente attività emergenziale (Azzariti 2020). Ancora con le parole di Thomas Mann, si tratta di una sorta di collezione di tendenze, uno «sfogo, promemoria o inventario, diario o cronaca che sia» (Mann 2005: 32).

Si chiedeva: *quale presenza e quale Stato*.

Dal punto di vista delle istituzioni politiche e del diritto dalle stesse prodotto, in questo periodo, com'è stato notato, abbiamo assistito ad un'«alluvionale e, fisiologicamente, disorganica massa di atti normativi», «atti disomogenei sia per forma, sia per rango gerarchico, sia per grado di vincolatività, sia per ambito territoriale di applicazione, sia per materia e, più in generale, per contenuto» (Marini 2020: 1; Massa Pinto 2020). E, come continua a osservare Francesco Saverio Marini, «in modo (...) non sempre coerente e coordinato si sono sommati, nel periodo dell'emergenza, sotto il profilo della forza gerarchica: atti derogatori a previsioni costituzionali, atti derogatori a fonti primarie, fonti secondarie, ordinanze contingibili e urgenti e atti interni all'amministrazione (circolari e note esplicative; quanto alle competenze e all'ambito territoriale: atti statali (in particolare, decreti-legge e leggi di conversione, decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, decreti ministeriali, atti delle autorità indipendenti, atti commissariali), atti regionali (prevalentemente, ordinanze) e atti dei

Comuni e degli altri enti locali (anche in tal caso, prevalentemente ordinanze)» (Marini 2020: 1; Belletti 2020: 180; Calamo Specchia 2020: 156).

È vero che quello che sta accadendo corrisponde assolutamente ai *casi straordinari di necessità e di urgenza* di cui parla l'art. 77 Cost. per giustificare una «deroga provvisoria all'ordine delle competenze legislative, con la traslazione del potere verso il Governo» (Staiano 2020: 2; Mazzaroli 2020: 15), così come è altrettanto vero che quello attuale costituisce un *pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica*, con la conseguenza, prevista dall'art. 120, co. 2 Cost., della legittimazione, in capo al Governo, di sostituirsi anche agli organi apicali delle Regioni per una gestione più incisiva e unitaria della crisi (Allegretti 2020: 459). Ma è altresì vero che tali elementi, che permetterebbero di inquadrare stabilmente la situazione attuale nell'ambito della legalità costituzionale per quanto attiene alla giustificazione emergenziale (Baldini 2020: 894) che imporrebbe al Governo di assumere i «pieni poteri» (Calamo Specchia 2020: 160), non possono far distogliere lo sguardo da un passaggio delle norme adottate per far fronte all'emergenza, che si ritiene oltremodo significativo e indicativo di un certo modo di essere delle istituzioni contemporanee, di una *tendenza politica fondamentale del nostro tempo*.

In particolare (per non semplificare troppo, si può leggere ad esempio Massa Pinto 2020) il decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, all'art. 122 ha previsto in capo al «Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il coordinamento e il contrasto dell'emergenza epidemiologica Covid-19», il potere di «adottare in via d'urgenza (...) i provvedimenti necessari a fronteggiare ogni situazione eccezionale» — provvedimenti dichiaratamente di *natura non normativa* — e il decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19 ha previsto che tutta una serie di misure dettate ovviamente dall'emergenza e debitamente elencate all'art. 1 co. 2, possono essere adottate con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri. Gaetano Azzariti ha definito tali provvedimenti di natura non normativa come «atti di cui è responsabile il Presidente del Consiglio dei Ministri, sentiti altri responsabili politici (Ministri e Presidenti di Regione), senza alcun intervento formale né del Presidente della Repubblica, che non emana tali atti, né del Parlamento, che non converte simili decreti. Dunque, una piena e solitaria assunzione di responsabilità politica del Presidente del Consiglio in carica in materia di diritti fondamentali del cittadino» (Azzariti 2020: III).

Nell'evidente sovrapposizione di decreti-legge, ordinanze, decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, ordinanze delle Regioni e via dicendo, si è venuta a creare quindi una «realità in cui la produzione del diritto è (...) una sorta di flusso per linee spezzate che scaturisce in un delta reticolare» (Staiano 2020: 11), le cui ragioni sono dovute palesemente al protrarsi dell'emergenza — e non, presumibilmente, alla

mancata inclusione dei «giuristi dotati di competenze specifiche nella scrittura delle norme in un quadro sistematico consapevole» nei «folti e non pochi collegi chiamati a far da supporto ai legislatori e agli attuatori delle determinazioni di rango legislativo» (Staiano 2020: 12). Come ha osservato infatti, oramai più di quarant'anni fa Natalino Irti, «al giurista non è data la consolazione della nostalgia, né la serena tristezza di chi scruta il tramonto: egli ha l'ineludibile dovere di 'capire', del ricomporre, tra le rovine del passato ed i labili o incerti segni del futuro, la logica del proprio tempo» (Irti 1979: 45). L'affermazione di Sandro Staiano sopra riportata, infatti, tralasciando il dovere d'ufficio del giurista cui si riferisce Irti, che consiste nella comprensione e nella ricomposizione, rischierebbe di trascurare *pour cause* due fenomeni che sono parallelamente avvenuti nel nostro ordinamento nel corso degli ultimi anni (Massa Pinto 2020) e che ne segnano il movimento, ne costituiscono la *tendenza fondamentale*: da un lato quella che Natalino Irti stesso ha definito la fabbricazione ossessiva e quotidiana di leggi, dall'altro la perdita della centralità del Parlamento a favore del Governo.

Per quanto riguarda il primo punto, è il caso di riportare la densa riflessione che Irti ha recentemente apposto a commento dell'*Elogio del diritto* di Werner Jaeger in tema di *occasionalismo sfrenato e convulso* della "fabbrica delle leggi": «La varietà e vastità delle materie regolate, l'assumere in oggetto di disciplina giuridica i campi di fisica e chimica e medicina e altri àmbiti 'scientifici', imprime alla tecnica normativa un estremo grado di particolarità. Accogliendo dentro di sé la singolarità di innumerevoli materie, ne acquista il ritmo, il linguaggio, l'assidua discontinuità. La normatività non scende più dall'alto, ma nasce, per così dire, dall'interno stesso delle materie regolate, quasi capaci di darsi da sole le leggi del lor proprio stabilirsi ed accrescersi. Ciascuna di esse è dominata da una 'volontà di potenza', che segna gradi di sviluppo sempre più alti, e apre vie sempre più ardue e diverse. Si dischiude così un *campo di innumerevoli possibilità*, dinanzi alle quali il diritto è chiamato a prendere posizione» (Irti 2019: 127), e in cui il ruolo dei *tecnici*, degli *esperti* diviene assolutamente fondamentale nella produzione di un nuovo diritto estremamente particolareggiato – giusta la connessa perdita dei caratteri di generalità e astrattezza della legge.

In secondo luogo non si deve tralasciare di considerare quello che Carlo Ferruccio Ferrajoli ha icasticamente descritto come lo *snaturamento dei meccanismi di responsabilizzazione politica* conseguente alla perdita di peso del Parlamento nel dibattito e nel confronto politico (Ferrajoli 2019: 46) – a cui certo non ha giovato la recente riduzione del numero dei suoi componenti, alla quale sarebbe stata sicuramente preferibile una seria revisione dei Regolamenti parlamentari. Il declino della legittimazione politica delle Camere, della loro capacità rappresentativa e del loro stesso porsi in quanto luogo della discussione, infatti, «risale agli anni Novanta del secolo scorso e va collocato nel contesto della lunga e profonda crisi che, da almeno un quarto di secolo, caratterizza in

Italia la forma di governo parlamentare» (Ferrajoli 2019: 11). Nessuna sorpresa, quindi, se l'organo rappresentativo *sotto shock* (Azzariti 2020: IV) deve trovarsi a fronteggiare «l'irrituale concentrazione dei poteri nell'organo esecutivo (o meglio nella persona del presidente del Consiglio dei Ministri) confinando il Parlamento nel ruolo di mero ratificatore di decisioni assunte dal capo del Governo, dai ministri, dai presidenti di Regione, dai sindaci e dal capo della protezione civile» (Calamo Specchia 2020: 160). La *presidenzializzazione* della nostra forma di governo, cui si riferisce la medesima Marina Calamo Specchia, non può considerarsi inaspettata, dal momento che si tratta di un movimento grossomodo più che ventennale «che di fatto ha trasformato la percezione dei rapporti tra gli organi costituzionali da parte della società civile, ribaltando la relazione tra Parlamento e Governo: è il Governo che viene ormai percepito dalla *communis opinio* come il legislatore per natura, determinando sul piano dell'apparenza giuridica un'inversione della posizione dei due attori istituzionali (Governo e Parlamento). Tale slittamento dalla forma di governo costituzionale si inserisce in un processo di progressiva egemonizzazione della figura del capo del governo all'interno di un'istituzione collegiale, che comporta una trasformazione in senso monocratico della determinazione e attuazione dell'indirizzo politico, e che costituisce oggi una minaccia supplementare alla democrazia rappresentativa» (Calamo Specchia 2020: 166).

In queste pagine, anche per effetto di quanto già osservato, non si cercherà tuttavia di proporre un'analisi formale degli atti adottati dal Governo per far fronte all'emergenza, ma si cercherà solamente di coglierne la tendenza politica e di valutarne i profili, alla luce di un tema che si ritiene assolutamente preminente nella "retorica" sull'utilizzo dei "poteri speciali" da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri: quello della normatività degli atti, o meglio dell'assenza di normatività degli atti adottati dal capo del Governo nell'esercizio delle sue funzioni emergenziali (Calamo Specchia 2020: 158) — seppure, come avvertito dalla maggior parte dei giuristi, in un contesto di sostanziale legalità formale (De Siervo 2020: 301).

Ciò che si cercherà di proporre è un inquadramento di quella che Massimo Luciani ha definito la "catena normativa", spiegando che la stessa deve essere intesa, sulla scorta di Bix, come «una "catena normativa della giustificazione", che si ripercorre a ritroso sino a trovarne il fondamento logico (la kelseniana norma fondamentale) o fattuale (la forza legittimante)» (Luciani 2020: 1).

E quindi, più precisamente, l'interrogativo che anima il presente lavoro è: quale sarebbe il "fondamento fattuale", la "forza legittimante" degli atti non aventi forza di legge che sono stati adottati dal Governo? Si può dire, come fa Vincenzo Baldini, che «la legittimità di un siffatto complesso normativo, che non sembra poter trovare nella Costituzione repubblicana (formalmente) vigente un convincente fondamento giustificativo, di ordine giuridico-positivo, non può dunque che rinvenire un'autonoma le-

gittimazione, emancipata dalla prima, alla stregua di un rinnovato presupposto logico (la nuova *Grundnorm*) che ora può dirsi stare a monte di tale complesso e che vale a conferirgli, in ultima analisi, consistenza e validità di diritto positivo» (Baldini 2020: 900)? E se questo fosse del tutto corretto, quali ne sarebbero le possibili conseguenze di lungo periodo dal punto di vista delle istituzioni politiche? Quale potrebbe essere l'esito di tali *discontinuità* dal punto di vista delle scritture future di una nuova teoria della politica e del diritto?

In fin dei conti l'utilizzo "alluvionale" di provvedimenti non normativi da parte del Governo descrive una traiettoria che il nostro ordinamento giuridico già conosceva, dal momento che tale momento emergenziale pare porsi sempre più in quanto «cartina al tornasole per testare la crisi della politica e dei luoghi della decisione democratica, e che tende a consolidarsi in una prassi che si normalizza, trasformandosi dall'eccezionalità del fatto contingente all'ordinarietà di una transizione senza fine. In questo solco di progressiva normalizzazione della straordinarietà come paradigma dell'azione di governo che domina la politica contemporanea, la quale a gravi minacce (crisi economica globale, terrorismo, ora pandemie) risponde con misure eccezionali che tendono a divenire una condizione permanente dell'agire politico» (Calamo Specchia 2020: 147), si pone il ragionamento sull'attuale forma di governo, e in particolare l'interrogativo circa la sua possibile stabilizzazione.

Al fine di rispondere a queste domande, è necessario svolgere un ragionamento che parta da una teoria della scrittura dell'autorità, per giungere sino alla ricostruzione degli elementi di una "nuova" versione della stessa.

La scrittura dell'autorità

La *chiusura* dell'epoca storico-metafisica caratterizzata dai concetti di scienza e di scrittura è stata debitamente annunciata e teorizzata almeno a partire dagli anni Sessanta del Novecento (Derrida 1998: 21). In particolare, seguendo il corso del discorso derridiano, non si può che notare come l'idea della scienza e della scrittura, così inestricabili, come di una scienza della scrittura (che è l'*analogon* riflesso di una scrittura della scienza), siano a loro volta inestricabilmente connesse all'idea, ancor più "tecnica" (Derrida 1998: 25) di un'autorità legata alla scrittura (e alla scienza della scrittura), e, se si vuol continuare con i riflessi, di una scienza legata alla scrittura dell'autorità.

La *scienza legata alla scrittura dell'autorità*, è naturalmente e tradizionalmente il diritto, che, con un ultimo riflesso, nel suo concetto moderno, non può che svilupparsi e instaurarsi a partire dall'autorità della scrittura, che non coincide con la scrittura dell'autorità. L'autorità della scrittura è il momento aurorale dell'invenzione dell'auto-

rità in chiave moderna, e giunge alla sua elevazione con il “monumento” giacobino alla autorità inalterabile della scrittura (del diritto) nella forma costituzionale e codicistica (Irti 1979). Lì si compie l'apice dell'idea moderna di una scrittura (del diritto) incorruttibile, immutabile, eterna, che in quanto tale, in quanto invariabile, identica, stabile e costante, è dotata di (un')autorità. Si deve utilizzare qui l'articolo indeterminativo, e lo si deve introdurre senza leggerezza, dal momento che l'autorità di cui è dotata la scrittura (del diritto) varrebbe sia in quanto la stessa deve essere riconducibile ad un autore (il Parlamento), sia in quanto produttiva di effetti nell'ordinamento giuridico, secondo la classica definizione della *fonte* del diritto come qualsiasi atto capace di innovare l'ordinamento giuridico.

Si trovano qui riuniti gli elementi dai quali e attraverso i quali si può proporre, seppure brevemente e per cenni, l'analisi del tema delle fonti del diritto dichiaratamente non normative con le quali è stata gestita in questi mesi l'emergenza: in esso sarebbe il caso di rinvenire l'autorità della scrittura in senso “genetico” (l'autore), e in senso positivo, cioè nel senso dell'autorità come indicazione del carattere ordinante del *positum*, del diritto. Qui si arresta la “catena normativa”. Qui si trova il “fondamento fattuale” del nuovo.

La domanda, più precisamente, è: quale sarebbe la scrittura dell'autorità che viene proposta attraverso l'utilizzo di atti che sono stati icasticamente definiti da Gaetano Azzariti come «autoassunzione di un potere *extraordinem* che si legittima per via di necessità» (Azzariti 2020: III; Ruggeri 2020: 211)?

Tendenza *Soft Law*

Sebastiano Licciardello ha notato che «le “raccomandazioni” alla comunità contenute nei DPCM in attuazione del d.l. n. 19/2020 rappresentano il tentativo di un recupero di un modello responsabilmente “condiviso”, più sensibile alla solidarietà ed alla spontanea adesione» (Licciardello 2020: 8), suggerendo una rappresentazione dell'adozione dei suddetti atti non normativi più vicina ad un loro inquadramento *politico*, nell'ambito cioè della storia delle dottrine politiche e giuridiche, e di una filosofia politica e del diritto *propria*, che ad una loro analisi in termini strettamente giuridici.

E in effetti sembra molto utile, al fine di proporre un primissimo inquadramento in chiave politica di tali atti, consideratane la natura estremamente proteiforme, trascurare la loro analisi giuridico-formale, che a conti fatti potrebbe risultare alquanto impervia a meno che non venga svolta esclusivamente mediante criteri empirici (De Lungo 2019), per rivolgerci piuttosto alla più generale questione della elaborazione di strumenti di innovazione dell'ordinamento giuridico attraverso fonti secondarie e

comunque non normative, per captare proprio una generale *tendenza politica* del nostro tempo. È ancora De Lungo ad avvertire infatti che «le statistiche quantitative, le torsioni procedurali e le varianti contenutistiche anche per i DPCM normativi, come per tutte le fonti del diritto, riflettono sovrastrutturalmente i mutamenti in atto a livello della forma di Stato e della forma di governo» (2019: 24). Ora, attraverso una riflessione che tenga presente l'aspetto delle norme contenute nei DPCM, che in molti casi, come ha notato Licciardello sono costituite da raccomandazioni, ma anche linee guida, si potrebbe immaginare, stante la difficile definizione generale di tali atti di *natura ambigua* (Caretti 2020: 296), che gli stessi hanno sicuramente qualcosa in comune, a livello teorico, più che con il concetto di *a-legality* (Lindahl 2013: 37), con il concetto di *de-juridification* di cui parla Joerges (2004: 341), e a livello formale, con gli atti che la dottrina oramai da anni ha denominato di *soft law*, inserendosi in una *complessità dei circuiti decisionali* (De Lungo 2019) e in un sottosistema di fonti che evidentemente connota l'evoluzione della forma di Stato e della forma di governo italiane.

La dottrina ha definito tali atti, a partire dagli anni Novanta, in quanto «rules of conduct which, in principle, have no legally binding force but which nevertheless may have practical effects» (Snyder 1993: 32). Si tratta di un inquadramento che, nella sua brevità, pare descrivere proprio alcuni dei caratteri della produzione del diritto nell'epoca pandemica: atti privi di carattere normativo che producono gli effetti pratici della legge, seppure nella catalogazione generale della *soft law* è stata spesso sottolineata anche la loro genealogia negoziale, nel nostro caso assente.

Nella delimitazione scientifica di tali atti, infatti, la dottrina si è soffermata sulla *soft law* prodotta dalle Autorità Indipendenti italiane (Bucalo 2018), la quale vanta geneticamente e ontologicamente una natura negoziale, a differenza ad esempio delle circolari amministrative o degli altri atti amministrativi non-normativi di cui si discorre in queste pagine (nell'esempio principe, i nostri *DPCM*) che rinviano per definizione all'autorità unilaterale dell'amministrazione che le ha emesse, anche se entrambi i fenomeni appartengono in realtà alle medesime "zone d'ombra" del sistema delle fonti. Roberto Bin si riferisce in tal senso alla "equivocità" del concetto di *soft law*, dal momento che tale categoria potrebbe indicare tutti gli atti e fatti in grado di produrre (oggettivamente e praticamente) il diritto oggettivo; da questo punto di vista, tuttavia, «deviare dalle forme tipiche della produzione di norme generali significa smarrire uno dei capisaldi dello Stato di diritto, la netta separazione tra i documenti che sono abilitati (e legittimati) a produrre regole obbligatorie per la generalità dei consociati e i documenti che sono privi di tali obbligatorietà» (Bin 2009: 34), in una parola, il principio di legalità.

Stando alla definizione di Snyder, integrata con l'osservazione per cui gli atti di *soft law* debbono in ogni caso essere inquadrati in quelle "zona d'ombra" connotate

dalle cosiddette *tertiary rules*, per distinguerle dal sistema della *secondary legislation* in cui invece il fondamento si trova nella fonte di rango primario (Baldwin 1995: 80), sia le circolari amministrative che le FAQ presenti nelle piattaforme funzionali delle pubbliche amministrazioni, le linee guida e le istruzioni, nonché alcune raccomandazioni contenute delle ordinanze contingibili e urgenti, o nei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri potrebbero essere inquadrati nella categoria della *soft law*.

Come abbiamo visto il tema è assunto ad una rilevanza centrale nella vita quotidiana del nostro Paese nel periodo della pandemia, dal momento che, come già evidenziato, si è assistito ad uno spostamento definitivo dell'asse dell'equilibrio dei poteri, dal Parlamento al Governo, dalle leggi del Parlamento agli atti di natura non normativa del Governo, comprese addirittura le delegificazioni della delegificazione già in atto (D'Aloia 2020: 4), in abbinamento ad un'esaltazione del "parere" dei tecnici (ad esempio, il Comitato Tecnico Consultivo), portando alle estreme conseguenze un disegno già presagito (Ferrajoli 2019: 11 ss.), se è vero, come ha osservato Davide De Lungo, che «l'emersione, o meglio l'erompere, dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri rappresenta una delle tendenze più significative registratesi in materia di fonti del diritto negli ultimi decenni» (De Lungo 2019: 2), e che dovrà essere meditato, analizzato e interpretato negli anni a venire per coglierne la precisa tendenza e ancor più le prospettive.

Si tratta di misure che fanno pensare ad alcuni elementi propri della cosiddetta *Governance Theory*, non tanto nella sua versione classica (quella di Rhodes, per intendersi), quanto piuttosto nella trasposizione proposta dal *Libro Bianco sulla Governance* della Commissione Europea. E non è un caso infatti, che proprio il concetto di *de-juridification* di cui si è fatto interprete Christian Joerges rimandi al tema della *governance*, superando la classica dicotomia tra atti legali ed illegali: «the operation of this binary code is now confronted with arrangements that seek to overcome the impasses the legal code has on offer as the 'solution' to a perceived problem. While governance arrangements seek the law's support, they also challenge the law's rule through a de-juridification of the polity» (Joerges 2004: 34).

Nel *Libro Bianco* in effetti si trovano gli ingredienti della tendenza alla *de-juridification* e della rivalutazione del parere degli esperti, che alla prima deve essere assolutamente ricollegato, con una precisione predittiva che pare davvero molto interessante.

Per quanto riguarda l'aspetto della *fiducia nell'opinione degli esperti*, si legge nel documento della Commissione che "gli scienziati e altri esperti svolgono un ruolo di sempre maggior rilievo nella preparazione delle decisioni. Dalla sanità umana e animale sino al diritto sociale, per prendere decisioni e per presentare al pubblico in forma chiara e semplice i rischi esistenti le istituzioni fanno affidamento sulla perizia de-

gli specialisti, così da anticipare e individuare la natura dei problemi e delle incertezze di fronte ai quali si trova l'Unione". Si tratta di quanto aveva già avvertito, peraltro, Natalino Irti nel passaggio sopra riportato de *L'età della decodificazione*. Come è stato notato nei mesi scorsi, «nel passaggio dalle misure più generali a quelle attuative è stato di certo essenziale il ruolo dei tecnici, quali ispiratori delle decisioni via via adottate, le modalità di nomina del comitato tecnico-scientifico e degli altri tecnici coinvolti nella vicenda, sono da considerarsi determinanti, anche alla luce del dibattito che ha visto gli scienziati confrontarsi in una vivace dialettica sull'interpretazione del fenomeno in atto e sulle strategie per contrastarlo» (Massa Pinto 2020). In particolare è stato notato con attenta analisi che «la pandemia generata dal virus SARS-CoV-2 mette in forma un ordine deliberativo tra sapere esperto e decisore politico che consacra un ruolo delle *expertise* mai sperimentato in precedenza. Più nel dettaglio, vi è uno spazio specifico e inedito che la consulenza tecnico-scientifica occupa *dall'interno* nella gestione dell'emergenza, in cui la natura di "forum ibrido" di questi consessi, interpreti di tensioni normative che sono ad un tempo *scientifiche* e *politiche*, si fa vedere appieno» (Farano e Marzocco 2020: 152).

Invece per quanto attiene alle misure deflative della legislazione, è da notare, con Michelle Cini, che il concetto di *soft law* si è proprio sviluppato insieme all'evoluzione delle posizioni della Commissione Europea in materia di aiuti di Stato (Cini 2001), pur dovendosi sottolineare come «that soft post-legislative acts are not a formally recognised category of acts under EU law» (Senden 2013: 62). Nel periodo pandemico in cui stiamo vivendo tali atti sono stati anche definiti «strumenti giuridicamente assai fragili, in quanto impugnabili dinanzi al giudice amministrativo, e in alcune espressioni testuali – evocative più di raccomandazioni e inviti che di veri e propri obblighi e divieti – sono forieri di numerosi dubbi interpretativi» (Massa Pinto 2020).

È interessante notare come questi due elementi che gravitano intorno al concetto di atti non normativi, o con la definizione già riportata, *post-legislative acts*, facciano parte di una piattaforma politica europea che aveva in animo proprio la trasformazione dell'ordinamento giuridico (europeo, ma in prospettiva globale) secondo delle linee guida all'interno delle quali l'utilizzo di strumenti di *soft law* non poteva che assumere un ruolo prioritario, insieme alla partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa e alla trasparenza delle istituzioni – misure di cui il nostro ordinamento si è già fatto interprete.

Si può affermare che l'attuale provvisoria declinazione della nostra forma di governo si stia indirizzando proprio verso quell'obiettivo politico?

Alcune osservazioni conclusive

La *tendenza politica fondamentale del nostro tempo*, che può essere plasticamente rappresentata dall'evoluzione della *soft law* e delle pratiche amministrative ad essa affini non può che essere un *richiamo* dell'autorità, sia nelle forme dell'autorità scritturale che in quelle dell'autorità ordinante che parla attraverso un testo – ed è sempre un testo a ribadire l'obbligatorietà, espandendo, anzi, vieppiù, le modalità di espressione e di scrittura dell'autorità (De Vanna 2020: 6), che in questo caso, sì, riferiscono e rimandano, ancora una volta, schmittianamente, all'autorità della scrittura.

L'autorità nella forma non normativa rischia di divenire ancora più perversa e pervasiva. Invece di rendere *soft* l'esercizio del diritto, lo trasforma in una pratica *hard*: «si dirà: cosa c'è di sbagliato nel fare solo raccomandazioni? In fondo, un invito è preferibile a un ordine. Meglio la *soft law* della *hard law*. Di sbagliato c'è questo: che l'indeterminatezza delle proposizioni lascia spazio alla discrezionalità e a forme coercitive non immediatamente decifrabili» (Casarotti 2020). Tanto più che, parafrasando il pensiero di David Graeber, la “deregolamentazione” a tutti i livelli non fa che aumentare esponenzialmente la burocratizzazione e la “violenza strutturale” del sistema nel suo complesso e le relazioni di dominio, e ha «l'effetto ultimo di incrementare il numero complessivo delle norme, la quantità complessiva delle pratiche cartacee e il numero complessivo dei burocrati al servizio dello stato» (Graeber 2016: 14).

Bisogna tuttavia evitare, formulando un parallelo con l'esperienza politica romana, come fa Azzariti, che attraverso questi strumenti estemporanei la dittatura “commisaria” diventi “sovrana” (Azzariti 2020: V), che si sviluppi, per via di fatto e nondimeno di diritto, uno *Stato di Prevenzione* «la cui logica funzionale è senz'altro antitetica e contrapposta rispetto a quello dello Stato costituzionale di diritto» (Baldini 2020: 902).

Rispetto ai tre scenari rappresentati nell'ambito delle possibili prospettive future (Cacciatore, Di Mascio, Natalini 2020: 6), cioè, quello della prevalenza delle spinte inerziali da parte delle Pubbliche Amministrazioni, ovvero dei mutamenti di rotta dovuti o ad una «ulteriore riduzione della discrezionalità delle amministrazioni pubbliche italiane» (Cacciatore, Di Mascio, Natalini 2020: 7), o all'introduzione di misure di cambiamento strutturali, occorre fare i conti con l'ideologia con la quale le eventuali riforme o gli annunci di revisione verranno adottati. Nel caso in cui prevalesse un indistinto e non del tutto fondato appiattimento su di una mal interpretata versione della *Governance Theory*, ritenendo utile mantenere della stessa esclusivamente i due elementi che già traspaiono nel *Libro Bianco della Governance*, e cioè il riferimento a misure più “leggere” di regolamentazione della società attraverso atti non normativi e altresì il ruolo apicale degli *esperti*, dei *tecnici* (Farano 2020) senza prevedere una reale partecipazione dei cittadini (diretta o mediata attraverso il Parlamento) alla elabo-

razione delle stesse, non si potrebbe che immaginare un unico scenario futuro, realmente e paradossalmente *from governance to government*: quello cioè di un'esplosione dell'autorità ai danni della libertà, in un regime apparentemente discosto da quello dello Stato di diritto. In un disegno di smantellamento della Costituzione che secondo le parole di Marina Calamo Specchia, dovrebbe far riflettere «sul futuro della democrazia che vogliamo lasciare alle generazioni future» (Calamo Specchia 2020: 172) – anche senza indulgere in narrazioni post-agambeniane della pandemia, che nulla dicono, a quanto pare, relativamente alle possibilità di superamento dello stato di crisi delle istituzioni nel cui seno è nata questa tendenza fondamentale del nostro tempo.

Bibliografia

Agamben, G.

2017 *Creazione e anarchia. L'opera nell'età della religione capitalistica*, Vicenza, Neri Pozza.

Allegretti, U.

2020 'Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo', *Forum Quaderni Costituzionali*.

Azzariti, G.

2020 'Editoriale. Il diritto costituzionale d'eccezione', *Costituzionalismo.it*, 1.

Baldini, V.

2020 'Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto', *Dirittifondamentali.it*.

Baldwin, R.

1995 *Rules and Government*, Oxford, Clarendon Press.

Belletti, M.

2020 'La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità', *Osservatorio Costituzionale*, 3/2020.

Bin, R.

2009 'Soft law, no law', in Somma, A. (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, Giappichelli.

2020 'Il ritorno dello Stato e l'importanza del Presidente', *La Costituzione.info*.

Bix, B. H.

2015 *Jurisprudence: Theory and Context*, VII ed., Durham (NC); Carolina Academic Press.

Bucalo, M. E.

2018 *Autorità indipendenti e soft law. Forme, contenuti, limiti e tutele*, Torino, Giappichelli.

Buscema, L.

2020 'Emergenza sanitaria ed ordinamento democratico: questioni di metodo e di valore, Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus', *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*.

Cacciari, M.

2020 *Il lavoro dello spirito*, Milano, Adelphi.

Cacciatore, F., Di Mascio, F., Natalini, A.

2020 'La regolazione dei procedimenti amministrativi e la risposta al COVID-19', *Osservatorio AIR*.

Calamo Specchia, M.

2020 'Principio di legalità e stato di necessità al tempo del COVID-19', *Osservatorio Costituzionale*, 3/2020.

Caretti, P.

2020 'I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di Stato', *Osservatorio sulle fonti*, Fascicolo Speciale 2020. Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19.

Casarotti, L.

2020 'L'emergenza per decreto', *Jacobin Italia*, 13 marzo.

Cini, M.

2001 'The soft law approach: Commission rule-making in the EU's state aid regime', *Journal of European Public Policy*, 8 (2), 1.

D'Aloia, A.

2020 'L'emergenza e... i suoi "infortuni"', *Dirittifondamentali.it*

De Lungo, D.

2019 '*Nihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu*: considerazioni empiriche sui decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri nell'esperienza recente', *Osservatorio sulle fonti*, 2.

Derrida, J.

1998 *Della grammatologia* [1967], trad. it., Milano, Jaca Book.

De Siervo, U.

2020 'Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni', *Osservatorio sulle fonti*, Fascicolo Speciale 2020. Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19.

De Vanna, F.

2020 'Il diritto "imprevedibile": notazioni sulla teoria della necessità a partire dall'emergenza Covid-19', *Nomos. Le attualità del diritto*, 2.

Farano, A.

2020 'La repubblica degli scienziati? Saperi esperti e biopolitica ai tempi del coronavirus, Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus', *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*.

Farano, A., Marzocco, V.

2020 'Expertise tecniche e decisori politici. Razionalità legislativa e uso dell'argomento scientifico nella produzione del diritto emergenziale', in S. Staiano (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, Napoli, Editoriale Scientifica.

Ferrajoli, C. F.

2019 'Le Camere non discutono più. Crisi del dibattito parlamentare e irresponsabilità politica degli organi rappresentativi', *Lo Stato*, 13, pp. 11-53.

Graeber, D.

2016 *Burocrazia. Perché le regole ci perseguitano e ci rendono felici* [2015], trad. it., Milano, Il Saggiatore.

Hart, L. A.

1965 *Il concetto di diritto* [1961], trad. it., Torino, Einaudi.

Irti, N.

1979 *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè Editore.

- 2019 'Destino di Nomos', in N. Irti-M. Cacciari, *Elogio del diritto. Con un saggio di Werner Jaeger*, Milano, La Nave di Teseo.
- Joerges, C.
2004 'Constitutionalism and Transnational Governance: Exploring a Magic Triangle', in C. Joerges e I. J. Sand and G. Teubner (a cura di), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford, Hart Publishing.
- Licciardello, S.
2020 'I poteri necessitati al tempo della pandemia', Osservatorio Emergenza Covid-19, *Federalismi.it*.
- Lindahl, H.
2013 *Fault Lines of Globalization. Legal Order and the Politics of A-Legality*, Oxford, Oxford University Press.
- Luciani, M.
2020 'Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza', *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, Genova, Consulta Online.
- Mann, T.
2005 *Considerazioni di un impolitico* [1918], trad. it., Milano, Adelphi.
- Marini, F. S.
2020 'Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge', *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 22 aprile.
- Massa Pinto, I.
2020 'La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi', *Questione Giustizia*, 18 marzo.
- Mazzarolli, L.A.
2020 «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale, Focus – Osservatorio emergenza Covid-19, n. 1, 13 marzo, *Federalismi.it*.
- Ruggeri, A.
2020 'Il Coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti', *Consulta Online*, 1.
- Scichilone, G.
2020 'La democrazia ai tempi del virus', https://www.treccani.it/magazine/atlante/societa/La_democrazia_ai_tempi_del_virus.html.
- Senden, L.
2013 'Soft Post-Legislative Rulemaking: A Time for More Stringent Control', *European Law Journal*, Vol. 19, No. 1.
- Snyder, F.
1993 'The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques', *Modern Law Review*, 56-1.
- Staiano, S.
2020 'Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia', *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, Genova, Consulta Online.

About the Author

Fabio Corigliano is currently lecturer in Administrative Science at the DiSPeS of the University of Trieste, and in History of political thought at the University of Parma. He is the author of two books and several articles, focusing on administration and transparency, on Leibniz and on law and literature. His latest publications include: *L'eredità inespresa. Una nota sul "fantasma" di Leibniz*, in "Etica & Politica / Ethics & Politics", XXII, 2020, 1, pp. 447-471; *La letteratura come s-piegazione (del diritto)*, in P. Chiarella (a cura di), *Narrazione del diritto, musica ed arti tra modernità e postmodernità*, Univ. degli Studi «Magna Graecia» di Catanzaro – Coll. del Dip. di Giurisprudenza Economia e Sociologia, Esi, Napoli 2020, pp. 81-92; *L'esperienza "neonatale" del diritto, ovvero sul detto we are all in the same boat*, in "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", n. 1/2020, pp. 265-292; *L'affermazione dell'ideologia della trasparenza e la ridefinizione del concetto di pubblicità. Profili giusfilosofici e storico-dottrinari*, in "Jura Gentium", 2/2020, pp. 62-85.

FABIO CORIGLIANO

Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali, Università degli Studi di Trieste.

e-mail: fabio.corigliano@dispes.units.it